

2022
n. 1
Vol. X

P.A.
Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti

Comitato di direzione

Antonio Barone, Università di Catania; Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Christine Ferrari-Breeur, Université Lyon III Jean Moulin; Francesco Follieri, Università LUM Giuseppe Degennaro; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid; Massimo Monteduro, Università del Salento; Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Nicola Pignatelli, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria; Ewald Wiederin, Universität Wien.

Redattori centrali

Marina Roma, Università di Genova
Donato Vese, Università di Pisa

Comitato di redazione

Filippo Alario; Adrian Bedford, Noelia Betetos Agrelo; Angelo Bonaiti; Raffaella Dagostino; Giovanni D'Elia; Maximilian Denicolò; Viviana Di Capua; Andrea Gemmi; Benedetta Giordano; Roberto Franco Greco; Alberto Marcovecchio; Clara Napolitano; Salvatore Palumbo; Antonio Saporito; Gloria Sdanganelli; Jacopo Vavalli.

Comitato internazionale scientifico e di referaggio

Marcos Almeida Cerreda, Universidad de Santiago de Compostela; Sandro Amorosino, Università Telematica Internazionale "UniNettuno"; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid; Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paolofisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University Delaware; Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco; Francesca Di Lascio,

Università di Roma Tre; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli “Federico II”; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale “Luigi Bocconi”; Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Università telematica Pegaso; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole; Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani; Pierdomenico Logroscino, Università di Bari “Aldo Moro”; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mamelì, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole; Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana; Nino Paolantonio, Università di Roma “Tor Vergata”; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense; Sergio Perongini, Università di Salerno, Università di Bari “Aldo Moro”; Aristide Police, Università di Roma “Tor Vergata”; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law; Anikó Raisz, Miskolci Egyetem; Margherita Ramajoli, Università di Milano; Renato Rolli, Università della Calabria; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio; Stefano S. Scoca, Università per stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem; Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tigano, Università di Catania; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università “Ca’ Foscari” di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo; Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin; Diego Vaiano, Università della Tuscia; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile; Stefano Villamena, Università di Macerata; Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines; Alberto Zito, Università di Teramo.

Direttore responsabile

Francesca Mineo

Managing Editor

Giovanni D’Elia

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione

Prof. Alberto Clini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza

via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)

Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230

email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Urbino University Press

Settore Biblioteche di Ateneo

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo
e-mail: uup@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell'Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Settore Biblioteche di Ateneo.

ISSN 2610-9050. Registrata al Tribunale di Urbino.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale.

SOMMARIO

SEZIONE I

Biagio Giliberti, Appunti per una riflessione in tema di stabilità giudicato nel processo amministrativo	p. 1
Guido Greco, Giudicato nazionale e necessità “comunitarie”: i casi più critici.....	p. 21
Marcello Clarich, Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere.....	p. 33
Fabio Francario, Il contrasto tra giudicati.....	p. 41
Antonio Cassatella, Altre note sulle ripercussioni del giudicato amministrativo nel processo penale.....	p. 59
Michele Trimarchi, Brevi osservazioni sulle astreintes nel processo amministrativo.....	p. 77
Francesco Follieri, Disapplicazione dell'atto amministrativo e giudicato.....	p. 95
Stefano Vaccari, Attività amministrativa vincolata e giudicato.....	p. 127
Francesco Rota, Giudizio di ottemperanza: giudicato amministrativo a formazione progressiva?.....	p. 145
Luca Longhi, Sovranità giurisdizionale e giudicato.....	p. 169
Luca R. Perfetti, Processo e potere nel prisma del giudicato amministrativo: l'asimmetria ribaltata. Rileggendo la voce «Giudicato Amministrativo» di Feliciano Benvenuti.....	p. 181

SEZIONE II

Nino Longobardi, Equivoci in tema di autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine.....	p. 209
Barbara Mameli, La responsabilità per mancata attuazione del fine pubblico, uno strumento a tutela delle libertà e diritti fondamentali.....	p. 229
Edoardo Caruso, i contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri.....	p. 285
Sabrina Tranquilli, I conflitti e le liti tra Pubbliche Amministrazioni.....	p. 351
Ippolito Piazza, L'imparzialità amministrativa come diritto. Osservazioni sul “rapporto complesso” tra cittadini e pubblica amministrazione.....	p. 405
Antonello Lo Calzo, Il nuovo “perimetro” dell'autodichia degli organi costituzionali. Recenti tendenze della giustizia domestica dopo la svolta delle sentenze della Corte costituzionale n. 120/2014 e n. 262/2017.....	p. 457
Maria Esmeralda Bucalo, Riflessioni su soft law e Autorità Indipendenti anche nella prospettiva di alcune recenti pronunce giurisprudenziali.....	p. 519
Gabriele Serra, Il bilanciamento tra il diritto d'accesso ai documenti nelle procedure di gara e i segreti tecnici e commerciali: natura dell'attività amministrativa e tecniche di tutela.....	p. 558
Edoardo Giardino, Lo sviluppo delle infrastrutture prioritarie: I ritardi, i limiti e le prospettive di riforma.....	p. 592
Marta Pecchioli, quando il rimedio è peggiore del male: il decreto-legge n. 76/2020 e l'inefficace lotta alla “paura della firma”.....	p. 645
Valentina Cingano, Ampiezza e limiti del sindacato del giudice penale sull'atto	p. 725

amministrativo ampliativo e su quello restrittivo: vizi macroscopici ed elemento soggettivo; vizi non invalidanti ed elemento oggettivo del reato.....	
Donato Vese, Health crisis, legal framework and economic issues: Rethinking the administrative power of the WHO.....	p. 759
Renato Rolli e Mariafrancesca D'Ambrosio, Consenso e accountability: i poli del commercio dei dati personali online.....	p. 783
Alice De Nuccio, Administración Pública y apoyo a la natalidad en el Ordenamiento Jurídico español.....	p. 801
Olena Yara et al, Legal principles of activities of public administration entities, which carry out measures in the field of prevention and control of domestic violence.....	p. 827
Rostyslav A. Kaliuzhnyj, Advantages and disadvantages of local government reform in Ukraine and foreign countries: a comparative legal analysis.....	p. 851
Iurii G. Barabash et al, Comparative analysis of social protection models of the European Union and Ukraine.....	p. 873
Oleg M. Yaroshenko et al, Alternative resolution of public law disputes in administrative proceedings of European Union member states.....	p. 901

SEZIONE III

Giuseppe Tropea, Spunti di riflessione dalla lettura del libro di Riccardo Ursi sulla sicurezza pubblica.....	p. 928
Carmela Robustella, Cristina Evanghelia Papadimitriu, spunti ricostruttivi in tema di smart contracts, tra innovazione tecnologica e regola giuridica.....	p. 963
Enrico Mauro, Il merito, il bisogno e il bisogno di non confondere merito e bisogno...	p. 997

SEZIONE I

BIAGIO GILIBERTI

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Mercatorum

bgiliberti@quorumlegal.com

APPUNTI PER UNA RIFLESSIONE IN TEMA DI STABILITÀ GIUDICATO NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

NOTES FOR A REFLECTION ON JUDICIAL STABILITY IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS

SINTESI

Il contributo intende prospettare spunti di riflessione metodologici in merito al tema della sensibilità del giudicato alle sopravvenienze indotte da interessi della parte soccombente. A tal fine rivisita la teoria della separazione dei poteri, alla ricerca del suo significato originario, in parte sopraffatto da una visione istituzionalista del principio, essenzialmente volta a preservare l'equilibrio tra i tre tradizionali poteri dello Stato. Queste osservazioni sono svolte al fine di evidenziare che, negli equilibri costituzionali, agli interessi generali incarnati dalla pubblica amministrazione fa da contraltare uno statuto di sovranità dell'individuo che partecipa necessariamente alla costruzione dell'ordinamento, frapponendo limiti ai poteri e potenzialmente condizionandone la conformazione.

ABSTRACT

The essay puts forward methodological insights on the subject of the sensitivity of the res judicata to contingencies induced by interests of the losing public party. To this end, it revisits the theory of the separation of powers, searching its original meaning, partly overwhelmed by an institutionalist vision, essentially aimed at preserving the balance between the three traditional powers of the State. This is made in order to emphasize that, in constitutional balances, the general interests embodied by the public administration are counterbalanced by the sovereignty of the individual who necessarily participates in the construction of the processual legal system, placing limits on public powers and potentially conditioning their conformation.

PAROLE CHIAVE: *giudicato amministrativo – separazione dei poteri – sovranità dell'individuo – stabilità del giudicato*

KEYWORDS: *separation of powers - sovereignty of the individual - res judicata - stability of the res judicata - due process*

INDICE: 1. Introduzione; – 2. Principio della separazione dei poteri e struttura del processo amministrativo; – 3. Struttura del processo amministrativo nell'equilibrio tra poteri costituzionali; – 4. Sovranità della persona e principio di separazione dei poteri. Miscellanea: sindacato di merito e stabilità del giudicato.

1. Introduzione

È un fatto che il diritto amministrativo e il suo processo siano caratterizzati da un ciclico ed in molte ipotesi ininterrotto ritorno della dottrina sulle tematiche di teoria generale. Come ebbe ad insegnare anni orsono un insuperabile studioso discorrendo di discrezionalità amministrativa ¹, ciò si spiega in grossa parte considerando che non esiste un solo diritto amministrativo (inteso come sistema organico di istituti consolidati storicamente e sempre uguali a sé stessi) ma una pluralità di diritti amministrativi. Ciò può dirsi sicuramente *ratione materiae*, se e vero, come si ritiene, che, pur nell'ambito dell'unitarietà della stessa materia (il diritto amministrativo appunto), medesimi istituti di teoria generale si dispiegano operativamente secondo meccaniche differenti a seconda dello specifico contesto di regole amministrative in cui sono chiamati ad operare. Si pensi, per stare a degli esempi, alla discrezionalità amministrativa se osservata nel contesto del diritto di polizia, in quello della contrattualistica pubblica o in quello dell'urbanistica ed edilizia. Questo genere di osservazioni (l'idea dell'esistenza di una pluralità di diritti amministrativi) vale anche, e verrebbe da dire a maggior ragione, *ratione temporis*, con ciò volendo riferirsi alla fisiologica mutevolezza non tanto delle regolamentazioni positive, che pure è riscontrabile ma, a monte, al loro assetto teorico, ovvero sia oggi ed in ultima analisi alla loro percezione costituzionale. Come si è ricordato, storicamente non esiste una sola discrezionalità, perché riavvolgendo i nastri del tempo è possibile constatare che le sembianze dell'istituto, nel corso degli anni, hanno evidentemente subito evoluzioni significative (a partire dalla possibilità di controllo processuale

¹ Ci si riferisce evidentemente a A. PIRAS, (voce) *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss..

su di esso, rispetto all'idea dell'esistenza di un merito comunque insindacabile²); al contempo, le maglie della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, sia pur in maniera ondivaga, sono state ampliate a dismisura a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, come testimoniano gli approdi di due recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria in tema di *vicinitas* e di accesso al processo amministrativo da parte di associazioni e comitati di cittadini a tutela di interessi diffusi³. Gli esempi potrebbero continuare, ovviamente risalendo alla nozione forse più qualificante della specialità amministrativa: l'interesse legittimo⁴.

Quel che è certo, in ogni caso, è che la succitata mutevolezza, come testimoniato anche dall'interesse che costantemente riceve in giurisprudenza⁵ e in dottrina⁶, ha interessato l'istituto del giudicato amministrativo, che si pone – evidentemente non in via esclusiva – sul crinale dei rapporti tra poteri dello Stato e di quelli tra quest'ultimi e le persone che invocano e che, anzi, hanno sovente specificamente ottenuto tutela. Queste indicazioni, al netto di alcune questioni più moderne, quale quella delle *astreintes*, si sono primariamente concentrate sul tema della stabilità degli effetti del giudicato tra le parti del processo, quali eventuali limiti, se del caso conformativi, ad un futuro riesercizio del potere; rimandano, altresì, alla dimensione soggettiva del giudicato, alla sua ca-

2 Sia consentito il rinvio a B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

3 Si veda sul tema -: S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2019, *passim*; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, *passim*; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale, Neutralità metodologica e giustizia amministrativa "Per una piena realizzazione dello Stato di diritto"*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, *passim*. Con specifico riguardo alla legittimazione ad agire degli enti esponenziali, non si prescinda da C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012, *passim*. Per riflessioni critiche, non si prescinda da G. TROPEA, *Amministrazione per fini pubblici e giurisdizione*, in *PA – Pers. e Amm.*, 2021, 319 ss.; L. FERRARA – F. ORSO, *Sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo. A proposito di due recenti monografie*, in *Dir. Pubbl.*, 2020, p. 717 ss..

4 Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017.

5 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 maggio 2021, n. 8.

6 Cfr. da ultimo S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè, Milano, 2017; A. CASSATELLA, *Le ripercussioni del giudicato amministrativo di annullamento nel processo penale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, p. 492; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 213 ss.. Non si prescinda da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Cedam, Padova, 1989; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam, Padova, 2005.

pacità di dispiegare regole e preclusioni anche nei confronti di chi parte del processo non sia stata.

È evidente che simili questioni non siano esclusive del diritto processuale amministrativo, perché i temi della sensibilità alle sopravvenienze in fatto e diritto e dell'efficacia soggettiva del giudicato configurano questioni di teoria generale del processo e, certamente, del suo paradigma principale, ovverosia il processo civile. Sono, però, tematiche specifiche del processo amministrativo, nonostante il fatto che il processo civile, negli anni, è certamente assunto sempre più convintamente a modello cui ispirare la costruzione di un processo amministrativo finalmente concepito quale processo di parti equi ordinate.

Ad onta di un comprensibile e auspicato avvicinamento, nei limiti del possibile, della struttura del giudizio amministrativo a quello civile in nome del principio della parità tra le parti, permane nell'impostazione di ogni studio di siffatti temi una specificità ineluttabile. Essa si sostanzia nel fatto che una parte del processo amministrativo è portatrice di esigenze di carattere generale, le quali materialmente ben possono sopravvivere al giudicato, fino a supportare l'idea di un ragionevole statuto di clemenza – che si sostanzia nella sopravvivenza del potere al giudicato –, pur a fronte di errori commessi dalla parte pubblica nell'adozione del provvedimento annullato in giudizio. Un tema, in ultima analisi, di accondiscendenza “costituzionale” verso il potere pubblico a fronte di un ricorrente vittorioso, essendo chiaro – al contempo – che l'utilità ottenuta da questo molto spesso può essere qualcosa di ben diverso e meno soddisfattivo del bene della vita, alla cui protezione aspirava ultimativamente.

Al tempo stesso, e venendo così al tema dell'efficacia soggettiva del giudicato amministrativo, non può non osservarsi – ancora una volta solo per segnalare le specificità dei contesti che si esaminano – che le amministrazioni sono obbligate all'imparzialità dei propri comportamenti fin dalla Costituzione e ciò non può non rilevare circostanziatamente nell'ambito di riflessioni che si interrogino sulla possibilità di una persona, che non abbia affrontato un pro-

cesso ma che si trovi in situazione analoga a quella di un caso coperto da giudicato amministrativo, di avvalersi della regola prodottasi con quel giudicato. Quello dell'efficacia soggettiva del giudicato non è comunque questione affrontata in questa sede.

Si tratta, ad ogni evidenza, di esigenze specifiche che oggi chiamano direttamente in causa la questione degli equilibri, necessariamente costituzionali vista la posta in gioco (la stabilità degli istituti – il giudicato – in nome della pienezza della tutela), tra potere pubblico e persona.

Non può essere revocato in dubbio che l'intera storia del processo amministrativo – dalla sua genesi fino al vigente codice – sia la storia di un lento percorso di parificazione tra le parti di quel procedimento; cionondimeno una certa percezione del potere pubblico rispetto all'individuo continua a sorreggere una pluralità di peculiarità del processo amministrativo. Gli esempi, tra i molti, sono quelli già posti in evidenza in materia tema di sindacato sulla discrezionalità, di accesso al processo alla luce di determinate visioni positivistiche della legittimazione ad agire e del rapporto tra potere pubblico e giudicato, senza dar conto delle specificità del regime istruttorio a tutt'oggi vigente ai sensi del codice del processo amministrativo.

Si tratta di questioni che solo in alcuni casi specifici si presentano apertamente quali tematiche normative; si pensi alle disposizioni del codice che riguardano la possibilità di definire in giudizio il rapporto tra le parti prevista per i soli casi di discrezionalità, anche tecnica, assente o esaurita. In altri casi, i riferimenti normativi sono assai scarni, se non assenti (è il caso della legittimazione e del giudicato). Predomina, nella visione delle già menzionate peculiarità processuali, al di là di tutto una componente teorica – per non dire ideologica – che ha fondamenta antiche. Queste fondamenta possono essere ricercate da prospettive differenti e, ad esempio, l'esame dell'impianto costituzionale può certamente offrire ben più che mere indicazioni. Vi è però che l'assetto del processo amministrativo – almeno nella sua matrice fondamentale dalla quale le già men-

zionate peculiarità originano – ha origini ben più datate, che risalgono fino alla legge abolitiva del contenzioso amministrativo e alle riforme che subito dopo dovettero essere congegnate. Il dibattito teorico e parlamentare che portò a quella normativa fu certamente un dibattito costituente, sebbene non formale, perché quella discussione venne dominata da argomenti costituzionali. Quella legge e quelle immediatamente successive, tuttavia, per quanto ispirate da intenti veritieramente garantisti, costruirono un assetto giuridico rispondente a logiche tipiche degli stati liberali e, come tali, disposte ad accordare tutta la tutela possibile ma pur sempre in un perimetro di facoltà per il giudice coerente con una stringente visione del principio di separazione dei poteri.

Risalendo alla sua essenza – almeno montesqueuiana – quest'ultimo, al netto di evidenti asimmetrie tra la parte pubblica e quella privata, non avrebbe dovuto porsi quale contrappeso ad una evoluzione paritetica dei rapporti processuali di diritto amministrativo, perché il principio sottintende ed effettivamente, nell'esperienza nazionale, realizzò valori di tutela della persona e dei suoi beni avverso l'arbitrio di una giustizia nell'amministrazione.

Ciò, tuttavia, è quello che è accaduto, perché effettivamente – per le ragioni che si vorranno osservare – il principio di separazione dei poteri, tra legge abolitiva del contenzioso e legge Crispi, condizionò in senso autoritativo la conformazione del processo amministrativo; un assetto che la legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali non stravolse e che solo le riforme del 2000 e del 2010 hanno innovato.

E' quindi necessario, nel descrivere i connotati originari del processo amministrativo, riflettere specificamente del modo in cui venne inteso il principio della separazione dei poteri perché è dalla sua odierna rivisitazione – che come si dirà assumerà le sembianze di recupero degli originari significati – che possono discendere interessanti spunti ricostruttivi vuoi in generale per il processo amministrativo, vuoi sul tema della stabilità del giudicato amministrativo, verso

l'avvicinamento, almeno nei rispettivi valori costituzionali, delle parti del processo amministrativo.

2. Principio della separazione dei poteri e struttura del processo amministrativo

Come accennato, la genesi del processo amministrativo italiano fu effettivamente ispirata da intenti garantisti, nella convinzione che non fosse oltremodo accettabile, in un uno stato autenticamente ispirato a valori liberali, che all'amministrazione andasse riservato il privilegio di un proprio foro. Allo stesso tempo, salvo voci isolate, non venne mai messo in dubbio che la tutela del cittadino avverso le amministrazioni (che esercitassero poteri discrezionali) potesse dispiegarsi unicamente in coerenza e nei limiti della separazione dei poteri, ovverosia con l'ideologica impermeabilità dell'esecutivo rispetto al giudiziario.

In questa prospettiva, particolare attenzione deve essere prestata non solo ai poteri decisorii del giudice amministrativo, che nella previsione del sindacato per eccesso di potere contenevano potenzialità che oggi appaiono imponenti nella logica della parità delle parti, ma a quelli istruttori. Assumendo di fondo l'idea che potere esecutivo e giudiziario non dovessero mai sovrapporsi, o meglio che quest'ultimo non dovesse invadere la sfera del primo, fu deciso che il massimo possibile da accordarsi al giudice in termini di istruttoria fosse la facoltà di rivolgere all'amministrazione unicamente la richiesta di “*nuovi schiarimenti*”, di produrre ulteriori documenti o di svolgere “*nuove verificazioni*”. In nome della separazione dei poteri, si favorì, dunque, l'affermazione di una specialità processuale amministrativa e a questo processo, coerentemente con la struttura cassatoria del giudizio di legittimità⁷, fu dato il nome di giudizio

⁷ Cfr. P. COTZA, *Il “merito amministrativo”. Contenuto, rilievo giuridico e correlata “giurisdizione”*, Napoli, 2012, p. 21: “*La coeva speculazione non era in grado di render conto univocamente delle implicazioni, in punto di cognizione, di quell’“approdo” politico: limitandosi a prenderne atto a fronte del principio di riparto dei poteri dello Stato; con conseguente radicamento del tendenziale divieto, per i giudici amministrativi, di procedere a valutazioni avulse da quelle di “obiettiva legalità” dell’atto.*”

sull'atto⁸, proprio a segnalarne il carattere formalistico-cassatorio⁹. Al sistema venne data una intima coerenza - ideologica e strutturale -, se si pensa che nell'ambito della giurisdizione estesa al merito, al giudice amministrativo si riconosce il potere di ordinare, all'occorrenza, qualunque altro mezzo istruttorio e di definire il rapporto tra le parti. È evidente, infatti, che la previsione di una (così significativa) eccezione - data dalla tassatività delle ipotesi di giurisdizione di merito (e dalla sua voce più qualificante, ovvero l'ottemperanza al giudicato, in cui la sostituzione del giudice amministrazione poteva spiegarsi in nome di condotte di quest'ultima omissive o elusive dello stesso principio della separazione poteri) - ebbe quale conseguenza il rafforzamento teorico della regola: se il giudizio sul rapporto è solo quello della giurisdizione di merito, il giudizio di legittimità non può che essere qualcosa di sensibilmente diverso a tutti i livelli¹⁰.

8 Per considerazioni ulteriori e connesso corredo bibliografico sul tema sia consentito il rinvio -.

9 Espressione in merito alla quale molte indicazioni importanti possono ritrarsi dalla lettura di M. CLARICH, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, p. 525 ss.. Si veda M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 223: "L'atto amministrativo campeggia in questo processo in quanto esso è, come è stato già detto, un processo di impugnazione dell'atto amministrativo, un processo di demolizione giuridica (di demolizione, cioè, dell'atto amministrativo invalido), cioè, in definitiva, un processo all'atto. [...] Il processo amministrativo presenta questa natura sia nei giudizi di mera legittimità che in quelli di sindacato "anche in merito"". Successivamente alla codificazione del 2010, considerazioni critiche in ordine alla strutturazione del processo amministrativo di legittimità come giudizio cassatorio si rinvennero in G. VERDE, *L'impianto del codice nella prospettiva (ancora non pienamente realizzata) della parità delle parti*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, 2012, p. 79: "nel processo giurisdizionale l'amministrazione non è portatrice di un potere incompressibile, ma difende il potere esercitato. Il giudice amministrativo, pertanto, quando decide che il potere è stato esercitato male, ha nelle mani tutti i tasselli per stabilire quale sarebbe stata soluzione se il potere fosse stato esercitato correttamente, così che l'unico ostacolo ad intervenire con un suo provvedimento sostitutivo potrebbe essere dato dall'applicazione di un generale principio, in base al quale il giudice può disporre il risarcimento per equivalente soltanto quando "la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore". [...] C'è una sola eccezione. Quando il procedimento amministrativo non abbia avuto luogo o si sia svolto scorrettamente (in particolare, per violazione del principio del contraddittorio), la decisione del giudice non può essere altra che quella di un annullamento secco. [...] Ciò non vuol dire che il processo e il suo esito consumino il generale e permanente potere dell'Amministrazione di provvedere, senza del quale cesserebbe di essere tale. La vicenda processuale e il suo esito restano sempre subordinati alla clausola rebus sic stantibus, così che mai potrebbero impedire all'Amministrazione nuovi interventi, che ove passassero per la via dell'annullamento d'ufficio o della revoca, dovrebbero comunque garantire a chi li subisce un giusto indennizzo".

10 Cfr. A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 105.

Restava, però, quale intrinseca contraddizione logica la possibilità di sindacare per eccesso di potere, ovvero sia di addivenire – attraverso a canoni sostanziali, quali lo sviamento di potere e le sue “figure sintomatiche” – ad un controllo sostanziale circa la “bontà” dell’azione amministrativa. Cionondimeno siffatte potenzialità vennero intenzionalmente minimizzate, per non dire avversate, almeno negli intenti teorici, mediante la già osservata struttura dell’istruttoria processuale (quasi fosse pensata apposta per ostacolare l’operatività dell’eccesso di potere, limitando l’accesso del giudice al fatto), l’idea che le patologie di quest’ultimo dovessero sempre risultare manifeste (onde rimarcare che l’intervento del giudice potesse giustificarsi unicamente in ragione di una evidente frattura del rapporto istituzionale tra i poteri) e, non certo da ultimo, attraverso la coeva elaborazione della nozione di interesse legittimo, quale posizione giuridica soggettiva occasionalmente protetta.

Ecco, dunque, che un principio, evidentemente pensato quale architrave di garanzie contro l’arbitrio, venne piegato – invero non del tutto sorprendentemente rispetto all’uso che ne venne fatto nella sua dimensione politica – a logiche primariamente istituzionali, nella convinzione che il principio della separazione dovesse prima curarsi di preservare se stesso, garantendo l’equilibrio tra poteri (e delle retrostanti classi sociali) nei rigidi termini in cui veniva allora concepito e solo dopo rivolgersi alla realizzazione delle residue tutele possibili alle condizioni date. Ovviamente, una indagine retroattiva non deve portare ad esasperare simili affermazioni rispetto alle possibilità, anche solo concettuali, del tempo in cui furono elaborate; resta, però, parimenti il fatto che gli umori innanzi descritti attorno alla separazione dei poteri si ritrovano molto nitidamente negli scritti della dottrina del tempo, rileggendo la quale si apprezza quanto radicata fosse la convinzione dell’esistenza di una prevalenza di una delle parti nel processo, tale per cui il giudice amministrativo dovesse “*giudicare le controversie dal punto di vista dell’interesse generale e da tribunali penetrati dal principio che*

nel dubbio è l'interesse generale che deve predominare”¹¹. Il giudice amministrativo, dunque, quale giudice dell'interesse pubblico, in un contesto ordinamentale costruito per consentire l'esercizio non tanto della funzione pubblica ma dell'autorità amministrativa sulle persone, in quanto istituzione pari ordinata solo agli altri poteri della compagine statale.

Si realizzò, così, nella costruzione dell'ordinamento processuale amministrativo, una chiara retrocessione delle persone rispetto all'autorità pubblica che ben potette giustificare non tanto l'idea di un merito insindacabile, quella di limitate possibilità di accesso al processo amministrativo in termini di legittimazione in base alla teoria normativa¹² e, per quanto di interesse in questa sede, quell'ancora della facoltà della parte pubblica di superare il giudicato amministrativo quanto piuttosto la convinzione della loro indispensabilità sistematica.

Questa impostazione presentava – come osservato – un fattore di ineluttabile contraddizione nella figura dell'eccesso di potere (capace di ribaltare, come in molta parte accaduto, i predetti rapporti di forza, rendendosi volano di paritarietà), eppure è rimasta ben salda nell'impianto del processo.

È rimasta ben salda ad onta del fatto che la Costituzione, pur non rinunciando ed anzi ratificando la dimensione democratica, collettiva e partecipativa degli individui e la funzione costituzionale dell'amministrazione come potere dello Stato, riconosce – con ricchezza inusitata alla storia del diritto, almeno nazionale – uno statuto di sovranità alla persona con la quale il processo amministrativo e prima ancora il principio della separazione dei poteri nei rispettivi connotati storici non possono non esser messi nuovamente a confronto.

Un confronto, invero, forse non indispensabile nella semplice prospettiva della paritarietà delle parti del processo eppure necessaria considerando le caratteristiche storiche di quello amministrativo.

¹¹ Cfr. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1909, Vol. I, 62.

¹² Si consentito il rinvio a B. GILBERTI, *Vicinitas e interessi diffusi. Legittimazione ed interesse ad agire nel processo amministrativo alla luce di due recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria*, in *Urb. & App.*, 2022, p. 168.

3. Struttura del processo amministrativo nell'equilibrio tra poteri costituzionali

Non può essere revocata in dubbio la dimensione costituzionale del potere pubblico, ovverosia la possibilità – di soggetti formalmente pubblici o, anche, semplicemente pubblici in senso oggettivo – di conformare unilateralmente posizioni individuali, vuoi in senso favorevole, vuoi determinando soccombenze.

Questa dimensione di potere può confermarsi nonostante le potenzialità sistematiche offerte dal principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.), dal momento che quand'anche concepdone la più pronunziata prossimità alle persone e finanche distribuendolo tra queste, il potere pubblico presenta un nucleo di tematiche qualificanti. Ci si riferisce almeno all'indispensabilità della sua matrice legale (il principio di legalità) e a quella dei percorsi attraverso cui è possibile che si dispieghi (il procedimento amministrativo). La prima, invero, potrebbe spiegarsi in continuità con l'istituzionalismo che è stato osservato innanzi in ordine alla separazione dei poteri, eppure una simile impostazione renderebbe torto al formante che ispirò quella stessa elaborazione (la tutela delle persone avverso l'arbitrio) e al tempo stesso non spiegherebbe l'irrinunciabilità costituzionale del procedimento amministrativo (art. 29 l. 7 agosto 1990, n. 241).

La Costituzione rammenta e garantisce l'esistenza di un ulteriore fattore capace di condizionare, determinandolo, l'assetto istituzionale dello Stato e, a cascata, del processo amministrativo¹³. Un fattore solo limitatamente disponibile ai tradizionali poteri dello Stato. Se è vero, infatti, che la sovranità popolare concettualmente porta con sé le ragioni della prevalenza degli interessi generali sulle posizioni individuali, è nulla più che una semplice constatazione osservare che la Costituzione è disseminata di limiti all'esercizio del potere, quali presidi della libertà individuale. Si ritrova, infatti, incardinato negli artt. 2 e 3 Cost. e

¹³ Cfr. M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale, Neutralità metodologica e giustizia amministrativa "Per una piena realizzazione dello Stato di diritto"*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, p. 184.

disseminato in molti dei suoi luoghi, un unitario statuto di libertà e riconoscimento e valorizzazione della persona, che assurge ad elemento fondativo dell'intero disegno costituzionale¹⁴. In questo riconoscimento giuridico di inestimabile valore si ritiene che possa essere rintracciata un'unitaria e fondamentale posizione legittimante l'individuo avverso il potere pubblico, quale espressione della sua preesistenza giuridica rispetto all'ordinamento.

La dottrina che in passato meglio si dedicò allo studio del principio di separazione dei poteri significativamente evidenziò, in una prospettiva di assetto istituzionale ma pur sempre nella convinzione della indispensabilità del principio quale presidio di garanzie¹⁵, che tale dovesse essere considerato “*ogni istituzione in grado di rivendicare il riconoscimento di uno status costituzionalmente garantito nel suo complesso*”¹⁶. Questa osservazione induce a chiedersi se alla luce dell'impianto costituzionale, considerati – come in estrema sintesi fatto innanzi – i presidi che contornano e valorizzano la persona in Costituzione, anche rispetto a quest'ultima possa parlarsi di entità titolare della prerogativa di “*rivendicare il riconoscimento di uno status costituzionalmente garantito nel suo complesso*”. Un quarto potere, dunque, capace di determinare – assieme agli altri – l'assetto complessivo dell'ordinamento giuridico, non solo limitando il potere pubblico ad ogni li-

14 Come osservato in altra occasione (si consentito il rinvio a -) l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce la “personalità” dell'essere umano e dei luoghi ove essa si svolge. L'art. 3 Cost. incarica la Repubblica di rimuovere ogni sovrastruttura che, nei fatti, si risolva in una limitazione della “libertà” delle persone, impedendone il “pieno sviluppo” e, a seguire, molteplici altri indizi in Costituzione ne rimarcano la radice personalistica. Vengono in rilievo le disposizioni dell'art. 38 Cost. per cui l’“assistenza privata è libera”, quelle dell'art. 41 Cost. per le quali l’“iniziativa economica privata è libera”, dell'art. 42 Cost. per il quale “la proprietà privata è riconosciuta e garantita”, i limiti posti dall'art. 43 Cost. all'intervento pubblico nell'economia. Si pensi, ancora, ripercorrendo a ritroso la Costituzione, al suo art. 33 che vuole libera “l'arte e la scienza” e il loro “insegnamento”, nell'ambito del riconoscimento di un generale regime autonomistico delle istituzioni di alta cultura e delle università (le quali “hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi”). Ed ancora, non possono non essere ricordate la libertà religiosa dell'art. 8 Cost. (“Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge”), la libertà personale che è “inviolabile”, secondo l'art. 13 Cost., quella di associarsi dell'art. 18 Cost. e tutte le altre forme di libertà che la Costituzione nel Titolo I della parte I riconosce.

15 Cfr. G. SILVESTRI, (voce) *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 710: “*Inserita nel più ampio contesto della concorrenza di una serie complessa di sistemi parziali, la teoria contemporanea della separazione dei poteri riproduce, nelle mutate condizioni odierne, le stesse istanze di garanzia e di libertà che erano proprie della dottrina montesquieuiana*”.

16 Cfr. G. SILVESTRI, (voce) *Poteri dello Stato*, cit., p. 710.

vello di espressione (legislativo o amministrativo o giudiziario che sia) ma anche conformando, dettando cioè dei livelli di pretese costituzionalmente irrinunciabili o, comunque, giustificando costituzionalmente la legittimità di scelte del legislatore primario. Resta il fatto che all'atto della sua genesi – e, in una prospettiva storicizzata, nonostante tutto quanto osservato innanzi, anche nel suo articolato invero nel diritto positivo – il principio della separazione dei poteri venne ispirato proprio a quella medesima trama di valori. Quel principio, infatti, nella raffigurazione teorica più nota¹⁷, fu pensato come presidio di diritto contro l'arbitrio, quale tutela della persona e dei suoi beni contro l'inarrestabilità del potere quando concentrato in uniche mani.

Siffatta dimensione costituzionale della persona, come accennato, pervade la costruzione dell'intero ordinamento giuridico e, quindi, condiziona anche la conformazione del processo amministrativo, quale luogo di tutela effettiva (art. 111 Cost.) delle posizioni giuridicamente rilevanti delle persone avverso vicende di potere pubblico (art. 24 Cost.).

Queste considerazioni risultano, invero, dense di potenzialità ricostruttive a partire dalla osservazione di base secondo la quale tra le parti del processo amministrativo, fermi i valori invalicabili della persona, dovrebbe postularsi una specificità di esigenze ma non certo anche alcuna asimmetria da cui far discendere l'idea di un'ontologica e aprioristica prevalenza di una sull'altra; si tratta, infatti, di soggetti portatori di essenze costituzionali sovente in contrapposizione e da conciliare, anche individuando nelle soluzioni legislative vuoi una prevalenza, vuoi i relativi contro bilanciamenti. Nell'istituto del merito amministrativo e, infine, in quello del giudicato possono rinvenirsi distinti esempi di quanto si prova a dire.

4. Sovranità della persona e principio di separazione dei poteri. Miscellanea: sindacato di merito e stabilità del giudicato

¹⁷ Si veda nt. 2.

Su alcune questioni si è provato a dire altrove¹⁸, sicché in questa sede si svolgeranno solo circoscritte considerazioni, volte ad evidenziare l'idea di un'unitaria linea ricostruttiva per una serie di tematiche del processo che, di contro, tecnicamente, presentano delle oggettive peculiarità.

Relativamente al merito amministrativo, conseguenziale ai ragionamenti svolti circa la considerazione che la Costituzione fa della persona è l'idea della implausibilità dell'esistenza di luoghi giuridici eppure imperscrutabili al giudice amministrativo vuoi in termini di accesso al fatto (non a caso la Corte Europea dei diritti umani¹⁹ da anni ammonisce dell'impossibilità di configurare un diritto delle amministrazioni all'*ipse dixit*²⁰), vuoi in termini di controllo della "qualità" dell'azione amministrativa alla luce di alcuni principi valoriali che devono conformare l'attività della pubblica amministrazione (ragionevolezza e proporzionalità, *in primis*). Questa prospettiva si avvalora empiricamente della parabola storica del vizio di eccesso di potere che testimonia proprio, a partire dal vizio

18 Cfr. G. SILVESTRI, (voce) *Poteri dello Stato*, cit., p. 711: "La garanzia rimane sempre quella di Montesquieu: la corrispondenza dell'atto ad uno schema normativo controllata da una autorità indipendente"; "Nessun ordinamento si presenta come rigorosa e coerente applicazione del principio della separazione dei poteri. Questo ultimo deve però rappresentare il punto di attrazione di ogni ordinamento che voglia mantenere un minimo di libertà concreta" (720).

19 Sul punto non si prescinde da M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, p. 569; ID., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, p. 267; ID., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo*, Editoriale Scientifica, Torino, *passim*.

20 Cfr. M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, p. 1602. L'autrice analizzando il tema dal versante dell'art. 6 della CEDU afferma che "Insomma, la tecnicità della fattispecie non esime dal pieno accesso ai fatti, primo e irrinunciabile significato del concetto di "full jurisdiction". [...] non sono accettabili forme di accertamento definitivo da parte dell'autorità governativa, ossia non è ammissibile un approccio giudiziale che riconosca una sorta di "ipse dixit" in capo all'amministrazione: "the right guaranteed to an applicant under article 6 § 1 of the convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the ipse dixit of the executive". [...] Non a caso, da ultimo, la stessa Corte di Strasburgo ha richiamato la sentenza *Menarini* per riaffermare che la "full jurisdiction" non può tollerare restrizioni in quanto al pieno (e sostitutorio) accesso ai fatti e, in genere, a tutti i punti di fatto, e di diritto rilevanti, di qualunque natura essi siano; nella sentenza *Segame Sa c. France*, si legge, significativamente, che "parmi les caractéristiques d'un tel organe judiciaire [ossia del giudice dotato di "full jurisdiction"] figure le pouvoir de réformer en tous points la décision entreprise rendue par l'organe inférieur. il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi".

di difetto di istruttoria, la propensione del giudice ad operare il proprio sindacato sulla discrezionalità.

Questa propensione riposa in termini strettamente tecnici e sull'idea che non possa esservi funzione giurisdizionale che non passi attraverso il controllo sui fatti posti a fondamento di una decisione contestata in giudizio e sulla presenza nell'ordinamento di principi che riempiono l'esercizio delle discrezionalità di contenuti giuridici garantistici, di modo che il potere non sia solo conforme al modello legale (al cui presidio sono destinati i vizi di incompetenza e violazione di legge) ma risponda ad un paradigma sostanzialistico conforme al significato costituzionale dei contendenti (esprima in sostanza buon andamento – art. 97 Cost., quale canone al contempo relazionale (volto a tutelare la persona specificamente interessata di una vicenda di potere) e autoreferenziale dell'azione esecutiva (come tale oggettivo)). E' evidente come tutto questo, in ragione della giuridicità che esprime, sia qualcosa di ben diverso dall'idea di uno stretto isolamento del potere esecutivo da quello giudiziario e che, piuttosto, si disveli chiaramente come, riportata nell'agone del processo (o meglio di un processo amministrativo improntato ad una visione che oggi appare costituzionalmente necessitata), ogni idea della separazione dei poteri rigidamente declinata dia luogo a costrutti quanto meno artefatti (fintanto che opereranno, in nome del valore riconosciuto alla persona umana, possibilità di sindacato per eccesso di potere). Il giudice, piuttosto, in nome di quel valore, non può che avere accesso al fatto controverso e compiti di giudizio sulla qualità dell'azione amministrativa²¹, sicché ad oggi la vera essenza della separazione dei poteri sembra rinvenirsi non tanto nel momento cassatorio (in cui è, realisticamente, solo tendenziale in quanto in ultima analisi rimessa al prudente apprezzamento del giudice circa la ragionevolezza e proporzionalità della decisione controversa), quanto nella possibilità di definire ultimativamente il rapporto controverso.

21 *Cfr.* Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 4 marzo 2014, n.18640.

La risposta ad una istanza di tutela del cittadino, tuttavia, non necessariamente – *id est* non costituzionalmente – sembra imporre l'epilogo della definizione giudiziale del rapporto controverso, specie una volta che si sia considerato che le esigenze di cui è portatrice l'altra parte del processo, quali pubblici interessi, ben potrebbero sopravvivere alla decisione di annullamento, nonostante gli errori compiuti dall'amministrazione. Al tempo stesso, una evoluzione in tal senso, l'idea – cioè – della possibilità di immaginare la generale sostituibilità del giudice all'amministrazione, una volta registrata una patologia del provvedimento impugnato ed anche in caso di poteri discrezionali non potrebbe che avere quale significato la sostanziale archiviazione del principio della separazione dei poteri ed indirettamente il suo portato di garanzie. Significativamente, non può ignorarsi che la stessa Corte Europea dei diritti umani lascia alla decisione degli Stati l'individuazione di chi tra amministrazione e giudice, a fronte di una decisione di annullamento, debba definire il rapporto con il ricorrente vittorioso ma al tempo stesso sembra parimenti sottintendere l'idea che nei contesti connotati da elevati tassi di discrezionalità (*e.g.* scelte urbanistiche) spetti primariamente all'amministrazione il compito di definire le regole²². Nell'ambito dell'ordinamento nazionale, indicazioni si rinvencono nel codice del processo amministrativo, nella parte in cui stabilisce che, nelle generali vicende di potere, al giudice spetti la definizione del rapporto controverso mediante il pronunciamento di una regola amministrativa unicamente nei casi di discrezionalità amministrativa o tecnica assente o esaurita. Questa posizione si muove, innovandola, nel solco della tradizionale ritrosia del legislatore ad immaginare in senso assoluto interferenze giudiziarie nelle vicende di potere amministrativo propriamente dette (quelle dominate, cioè, da discrezionalità). Di

²² Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., p. 314 che evidenzia che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa all'art. 6 CEDU avrebbe riconosciuto “che l'intrinseco della scelta amministrativa possa, a certe condizioni, non essere ripetibile nemmeno in sede di “full jurisdiction”; tuttavia, trattandosi di un'eccezione alla regola, tende poi a relegare gli spazi di insindacabilità assoluta alle sole scelte amministrative più democraticamente rilevanti (dal punto di vista del principio di sovranità popolare), perché investenti le questioni fondamentali di governo della comunità come quelle di indirizzo e pianificatorie (tramite le quali vengono predeterminate le linee di sviluppo dell'azione amministrativa successiva), ovvero perché coinvolgenti profili di regolazione o di macro-organizzazione”.

contro, solo ove l'azione amministrativa presenti tratti di unilateralità ma non anche di discrezionalità (in qualunque senso intesa) sono stati rimossi i vincoli del passato. La scelta è chiara: innovare, preservando precise convinzioni teoriche del passato. Una decisione, infatti, che si muove nel crinale della effettività della tutela, preservando unicamente l'idea di potere più ortodossa (quello discrezionale) non tanto, come si è visto, in termini di insindacabilità, quanto di riesercizio del potere. Va però evidenziato – con valenza di mero spunto di riflessione sulle possibilità del legislatore ad ordinamento costituzionale dato – che i valori in gioco, e segnatamente il principio di effettività delle tutele processuali, parrebbero giustificare ulteriori contrazioni della riserva d'amministrazione connessa alla separazione dei poteri, soprattutto in caso di discrezionalità tecnica e, anche, in caso di tassi di discrezionalità non immediatamente interferenti con l'esercizio di funzioni amministrative democratiche (e.g. pianificazione urbanistica e programmazione sanitaria)²³.

Questo assetto di cose – specie alla luce delle previsioni oggi rinvenibili nell'art. 10 *bis* l. 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui *“in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato”* – presenta evidenti connessioni con il tema della stabilità

23 Cfr. Corte Europea dei diritti umani, Sez. II, 27 Settembre 2011, n. 43509/08, A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia: “63. la corte rileva che, nel caso di specie, i giudici amministrativi hanno affrontato le varie questioni di fatto e di diritto della società ricorrente. Hanno poi esaminato gli elementi di prova raccolti dall'AGCM. Inoltre, il Consiglio di Stato ha ricordato che, quando l'amministrazione dispone di un potere discrezionale, anche se il giudice amministrativo non ha alcun potere di sostituirsi all'autorità amministrativa indipendente, può tuttavia controllare se l'amministrazione ha fatto un uso appropriato dei suoi poteri. 64. Pertanto, la Corte rileva che la competenza del giudice amministrativo non si è limitata ad un semplice controllo di legittimità. i giudici amministrativi hanno potuto verificare se, in relazione alle particolari circostanze del caso, l'AGCM aveva fatto un uso appropriato dei suoi poteri. Hanno potuto esaminare l'adeguatezza e la proporzionalità della misura dell'AGCM e anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico. 65. Inoltre, il controllo effettuato sulla sanzione è stato di piena giurisdizione nella misura in cui il Tar e il Consiglio di Stato hanno potuto verificare l'adeguatezza della pena all'infrazione commessa e, ove necessario, avrebbero potuto sostituirla (v., contrario, *silvestro boreca service c. belgio*, n. 47650/99, § 28, 4 marzo 2004). 66. In particolare, il Consiglio di Stato, andando al di là di un controllo “esterno” sulla coerenza logica della motivazione dell'AGCM, ha eseguito un'analisi dettagliata dell'adeguatezza della sanzione in relazione a parametri rilevanti, come la proporzionalità della sanzione stessa. 67. La decisione dell'AGCM è stata sottoposta a un controllo a posteriori da parte di un giudice avente giurisdizione estesa al merito, pertanto nessuna violazione dell'articolo 6 § 1 della convenzione può essere rilevata nel caso di specie”.

del giudicato, ovverosia con l'esigenza di considerare fino a che punto sia ammissibile che il potere, una volta cassato in giudizio, sopravviva ai propri stessi errori in regione della sua natura rappresentativa dei pubblici interessi²⁴.

L'impianto tradizionale risulta ancora una volta ben chiaro: è nell'ambito del giudizio di ottemperanza che è concettualmente possibile riconoscere al giudice la facoltà di chiudere le vicende di diritto amministrativo, sottintendendo che la competenza giurisdizionale in quei casi muove dal presupposto della violazione da parte dell'amministrazione di turno degli equilibri istituzionali tra poteri, per via della violazione o elusione del giudicato²⁵. Rilevano poi, al di fuori del contesto del giudizio di ottemperanza, le tradizionali ipotesi di giudicato in grado di attribuire un preciso bene della vita (tipico e possibile in caso di attività vincolata) e di giudicato conformativo (connaturale all'attività discrezionale). Per quanto differenti le une dalle altre, si tratta di ipotesi che risalgono al medesimo schema concettuale: da un lato, si trova la persona con tutto il suo portato di sovranità (nei termini innanzi illustrati) per la quale, concettualmente, il processo non dovrebbe essere, quando vittorioso, sostanzialmente privo di utilità, dall'altro, esigenze collettive incarnate dalla pubblica amministrazione e rinvenibili in uno schema concettuale sempre propenso, nonostante gli errori commessi, a dar cura a quelle esigenze.

Questo conflitto di interessi è stato per anni regolato dal dogma della inesauribilità del potere, capace di estinguersi solo nel conflitto dei poteri a fronte, cioè, di comportamenti dell'amministrazione contrastanti con l'assetto

24 Cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018: "L'immagine di un flusso continuo, sempre efficiente, è approssimativa come lo sono tutte le metafore riferite ai fenomeni giuridici; ma rende bene l'idea del fenomeno di cui si tratta. L'inesauribilità è un carattere intrinseco al potere amministrativo, una qualità che gli è naturalmente propria e che determina o conforma il regime dell'attività amministrativa, non è (soltanto, o tanto) una espressione descrittiva di una certa disciplina giuridica".

25 Cionondimeno si tengano a mente le puntualizzazioni presenti in M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018: "La natura esecutiva del giudizio di ottemperanza comporta che neppure esso possa pervenire alla determinazione definitiva dell'assetto del rapporto, se la sentenza di cognizione l'aveva rimessa al potere amministrativo".

istituzionale della separazione dei poteri (ovverosia nei casi di violazione ed elusione del giudicato).

In realtà, la valorizzazione del valore che la Costituisce riconosce alla parte privata, in luogo di una visione unilateralmente orientata a ricostruire l'ordinamento processuale alla luce delle esigenze incarnate da quella pubblica consente di valorizzare l'idea che concepisce il potere come funzione con limitate connotazioni ontologiche e, in ogni caso, soggetto alla legalità, ovverosia alla conformazione datane volta a volta dal legislatore; come tale esso si presenta plasmabile vuoi in ragione di singoli specifici contesti ordinamentali, vuoi – per quanto di interesse – in ragione del quanto di garanzia e stabilità si intende riconoscere alla persona vittoriosa in giudizio²⁶. Di un simile approccio costituiscono riprova le norme della l. 241/1990 in materia di poteri di secondo grado, le quali testimoniano proprio che il potere, pur unitariamente proteso alla realizzazione del pubblico interesse, non è sempre uguale a sé stesso, perché in sede di riesercizio non può non tenere in considerazione le posizioni giuridiche sostanziali per come si sono evolute proprio in ragione di un precedente loro esercizio.

Sul tema della stabilità del giudicato amministrativo, l'ordinamento pare muovere passi incerti, se è vero come pare che indicazioni possono ritrarsi essenzialmente e indirettamente da una previsione sostanziale (art. 10 *bis* l. 241/1990), nemmeno contenente tutte le ipotesi di rilievo, come attentamente osservato²⁷. Al tempo stesso, dalle considerazioni innanzi svolte circa il valore

²⁶ Cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 305: “D'altra parte, se si muove dalla premessa teorica e metodologica che l'inesauribilità del potere deve essere affermata o negata in ragione del diritto positivo, senza poter essere acriticamente desunta da una immaginaria “natura” del potere stesso, non si può che assegnare un peso decisivo alla circostanza che dopo il codice del processo amministrativo non permane nel diritto positivo alcuna disposizione dalla quale si possa desumere che, dopo il giudizio, il rapporto controverso rientra nella disponibilità della pubblica amministrazione, se non per i profili strettamente esecutivi”.

²⁷ Cfr. M. CLARICH, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in corso di pubblicazione in questa rivista: “Va menzionato l'articolo 10-bis della legge 6 agosto 1990 n. 241, modificato dal d.l. 16 luglio 2020 n. 76, con l'introduzione di una sorta di preclusione procedimentale, peraltro mal congegnata e probabilmente imperfetta nella sua formulazione, anche perché, come si dirà, non idonea a coprire tutte le ipotesi?”.

costituzionale della persona e dal raffronto con le soluzioni presenti nell'ordinamento circa i poteri di secondo grado, pare plausibile ritenere che i vantaggi conseguiti da un ricorrente nel processo amministrativo vengano pensati correlati da una presunzione di stabilità e, nel caso, da ristori indennitari in caso di necessario loro superamento per ragioni di pubblico interesse.

GUIDO GRECO

Professore emerito di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Milano

guido.greco@unimi.it

GIUDICATO NAZIONALE E NECESSITÀ “COMUNITARIE”: I CASI PIÙ CRITICI

NATIONAL JUDGEMENT AND ‘COMMUNITY’ NEEDS: THE MOST CRITICAL CASES

SINTESI

L'articolo è dedicato allo specifico aspetto del superamento del giudicato amministrativo per esigenze e necessità del diritto dell'Unione europea. In particolare, esso sostiene che il più grave “vulnus” all'istituto del giudicato, così come configurato dall'articolo 2909 del codice civile, sia stato inferto dal diritto “comunitario” e dalle necessità che si reputa scaturiscano da tale ordinamento sovranazionale.

ABSTRACT

This article is devoted to the specific aspect of the overcoming of the administrative judgement by the requirements and needs of European Union law. In particular, it argues that the most serious 'vulnus' to the institution of res judicata, as configured by Article 2909 of the Civil Code, has been inflicted by 'European Union' law and the needs that are deemed to arise from that supranational system.

PAROLE CHIAVE: Giudicato, processo amministrativo, Unione Europea.

KEYWORDS: Judgement, administrative process, European Union.

Indice: 1. Il superamento del giudicato amministrativo per esigenze e necessità del diritto dell'Unione europea – 2. Giudicato in materia di aiuti di Stato - 3. La sentenza Kühne-Heitz.

1. Il superamento del giudicato amministrativo per esigenze e necessità del diritto dell'Unione europea

Il mio articolo è circoscritto allo specifico aspetto del superamento del giudicato amministrativo per esigenze e necessità del diritto dell'Unione europea.

Non credo, infatti, sia azzardato affermare che il più grave “vulnus” all’istituto del giudicato, così come configurato dall’art. 2909 cod. civ., sia stato inferto dal diritto “comunitario” e dalle necessità che si reputa scaturiscano da tale ordinamento sovranazionale. La Corte di giustizia, infatti, pur avendo proclamato reiteratamente che la certezza del diritto è un valore che è rispettato dal diritto dell’Unione non meno che dagli Stati membri e pur avendo individuato nella figura del giudicato una delle massime espressioni di tale esigenza di certezza del diritto (come diceva Ulpiano, “*quia res iudicata pro veritate accipitur*”), non si è peritata in varie occasioni di disporne o imporne il superamento: il tutto per superiori necessità del diritto dell’Unione, rese sovente più pressanti da inadempimenti degli organi giurisdizionali degli Stati membri o da insufficienze del relativo sistema processuale, idonee a rendere troppo difficile la tutela giurisdizionale del singolo.

La sentenza Lucchini (Corte giust., Grande Sez., 18 luglio 2007, in causa C-119/05) e la sentenza Olimpiclub (Corte giust., Sez. II, 3 settembre 2009, in causa C-2/08) sono espressione di tale superamento, così come le varie altre rese a proposito degli aiuti di Stato. L’art. 2909 cod. civ. deve essere in tali casi disapplicato, con buona pace della irretrattabilità della sentenza che, in un modo o nell’altro, ha acquisito autorità di cosa giudicata.

In passato ho avanzato varie perplessità in ordine a detta giurisprudenza. Infatti, l’istituto del giudicato pare rispettare pienamente i criteri di equivalenza ed effettività, che, com’è noto, costituiscono parametri necessari da osservare per accertare la compatibilità di istituti nazionali con le necessità del sistema UE.

Eppure la Corte ha diversamente opinato, almeno nel già menzionato caso di Olimpiclub, ove ha stigmatizzato una particolare interpretazione del

giudicato (e cioè il c.d. giudicato esterno, che comporta l'estensione del giudicato ad altro giudizio, che si riferisca al medesimo rapporto giuridico e che dipenda dalla soluzione di un punto fondamentale comune ad entrambe le cause). Tale interpretazione, infatti, renderebbe eccessivamente difficoltosa la tutela dei diritti dell'Unione, perché l'eventuale errore, nell'applicazione del diritto UE, della sentenza passata in giudicato si ripercuoterebbe ineluttabilmente anche nei successivi giudizi.

Ora, se è pur vero che l'applicazione del criterio di effettività presenta un margine di opinabilità superiore a quello di equivalenza (quando un istituto processuale rende difficoltoso, o troppo difficoltoso, l'esercizio di un diritto?), a me pare che in generale i dubbi possono essere fugati solo che si compari l'istituto nazionale con l'analogo istituto del diritto dell'Unione. Nel senso che, se l'istituto nazionale si attesta a *standard* di garanzie non inferiori a quello del diritto UE, il requisito di effettività dovrebbe essere per ciò solo soddisfatto, dato che la giurisprudenza della Corte ha più volte proclamato l'idoneità e la satisfattoria degli istituti processuali previsti appunto dal diritto dell'Unione.

Tale declinazione del principio di effettività, costituita appunto dal raffronto con istituti dell'Unione e che in altra occasione ho chiamato come di "equivalenza verticale", non è certo stata utilizzata dalla Corte a questo proposito. Eppure dovrebbe essere immanente al sistema (complessivamente considerato) per ovvie esigenze logiche.

Se, infatti (come è stato più volte conclamato dalla stessa Corte di Giustizia), il regime previsto dai Trattati a tutela delle posizioni giuridiche comunitariamente protette è conforme alle esigenze complessive del diritto dell'Unione europea e se il regime nazionale di un istituto accorda a tali posizioni una analoga e, comunque, non inferiore tutela, si deve convenire che anche quest'ultimo sia conforme a tali esigenze e pienamente satisfattorio come e quanto il primo.

E così, ad esempio, non si sarebbe mai dovuto dubitare che un termine di impugnazione di 60 giorni (quale è quello del ricorso al Giudice amministrativo) renda estremamente difficile la tutela di una posizione comunitariamente protetta. Se si considera, infatti, che esso è pressoché identico all'analogo termine (di due mesi) previsto per ricorrere avverso le decisioni delle Istituzioni dell'Unione (art. 263, TFUE), si dovrà convenire che il rispetto del requisito dell'effettività è per ciò solo assicurato.

Una impostazione analoga sembra potersi ricavare anche da una Risoluzione del Parlamento, diretta a sollecitare la Commissione a fornire una proposta di regolamento sul procedimento amministrativo delle Istituzioni dell'Unione. In tale occasione il Parlamento non ha ommesso di precisare che *“la giurisprudenza della Corte di giustizia ha elaborato principi procedurali consolidati che si applicano alle procedure degli Stati membri nelle materie europee e che, a maggior ragione, dovrebbero applicarsi all'amministrazione diretta dell'Unione”* (Risoluzione del Parlamento in data 15 gennaio 2013). Il che dimostra, per converso, che gli istituti dell'Unione devono attestarsi al più alto livello di garanzie e pertanto possono costituire, a loro volta, parametro per valutare l'effettività degli analoghi istituti nazionali.

Se si accetta, dunque, tale approccio interpretativo, si deve constatare che l'istituto nazionale del giudicato è del tutto identico a quello del sistema di giustizia dell'Unione e sottende le medesime necessità di immodificabilità e di irrettrattabilità (per mancata impugnazione della sentenza di primo grado o per l'esaurimento comunque dei mezzi di ricorso), che contribuiscono a fornire certezza nelle relazioni giuridiche. Pertanto, almeno in linea di principio si deve riconoscere sicura effettività anche all'istituto nazionale.

Sicché non deve stupire che anche di recente la Corte di giustizia abbia riconosciuto che *“Occorre ... ricordare l'importanza che riveste, sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione che negli ordinamenti giuridici nazionali, il principio dell'autorità di cosa giudicata. Infatti, al fine garantire tanto la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici quanto una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali dive-*

nute definitive dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione ...

Pertanto, il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono forza di giudicato a una decisione giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto..." (Corte giust., sez. IV, 11 settembre 2019, in causa C-676/17, punti 25-28. Cfr. anche Corte giust. 29 luglio 2019, in causa C-620/17, punti 54-56 e 60).

Ciò nondimeno, come si diceva, la Corte ha imposto il superamento del giudicato nazionale in alcuni casi molto significativi, relativi soprattutto al settore degli aiuti di Stato. Ma non si deve dimenticare neppure la giurisprudenza Kühne-Heitz (Corte giust. 13 gennaio 2004, in causa C-453/00), che riguarda casi che coinvolgono l'esercizio di poteri amministrativi (passati indenni al vaglio del Giudice nazionale, con sentenza passata in giudicato) e che interessano, dunque, da vicino il diritto amministrativo nazionale.

Di tali casi val la pena, dunque, brevemente di parlare, per meglio comprendere le ricadute che ne derivano, appunto, nel diritto amministrativo nazionale. Ritengo, infatti, più utile e più consono, non già soffermarmi sulle criticità della giurisprudenza della Corte in proposito, bensì sulle dimensioni del fenomeno, sull'impatto dello stesso e sui modi che consentano di circoscriverlo e prevenirlo.

2. Giudicato in materia di aiuti di Stato

In materia di aiuti di Stato il superamento del giudicato è giustificato dalla Corte, assumendo che si tratterebbe di una indebita invasione della competenza esclusiva della Commissione. Tuttavia il riparto dei compiti tra Commissione e Giudice nazionale non è così netto e necessita di una qualche puntualizzazione.

Infatti, se è vero che spetta solo alla Commissione valutare la "compatibilità" di un aiuto con il mercato interno (art. 107, par. 3), è vero d'altra parte

che la valutazione dell'“esistenza” dell'aiuto è di competenza sia della Commissione, sia del Giudice nazionale (così Comunicazione della Commissione “*relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*” (2021/C 305/01), punti 34, 43, 57).

La criticità della disciplina scaturisce dalla circostanza che (concettualmente e di solito anche temporalmente, almeno nei casi di aiuti c.d. “nuovi”) la fase di valutazione dell'esistenza dell'aiuto precede quella della compatibilità. Con la conseguenza che l'accertamento del Giudice nazionale sull'esistenza dell'aiuto, rischia di precludere la valutazione della compatibilità da parte della Commissione.

In alti termini, la pur riconosciuta competenza del Giudice nazionale comporta in caso di errore (o comunque di diversa valutazione -anche successiva- operata dalla Commissione), sempre e comunque una lesione alla competenza della Commissione. Inoltre la sua sentenza è suscettibile di essere verificata e, in ipotesi, anche superata da una diversa valutazione della Commissione stessa: si tratta, dunque, di una sentenza e di un giudicato “cedevole”.

L'inconveniente deriva, come si diceva, dalla contemporanea e parallela competenza del giudice nazionale e della Commissione in ordine all'accertamento dell'esistenza dell'aiuto di Stato. E la recessività del giudicato nazionale, rispetto ad una contraria decisione della Commissione, scaturisce, in definitiva, dal primato del diritto dell'Unione e dalla insuperabilità dei suoi atti “obbligatori” e immediatamente vincolanti, ai sensi dell'art. 288 del TFUE: la decisione della Commissione rientra, infatti, tra tali atti.

Per evitare, dunque, l'inconveniente del superamento del giudicato il Giudice nazionale dovrebbe avvalersi, credo, di tutti gli strumenti di coordinamento preventivo messi a sua disposizione dalla normativa di settore. Mi riferisco, in generale, alla possibilità di adire la Corte di giustizia con il consueto rinvio pregiudiziale, ma mi riferisco soprattutto, proprio in materia di aiuti di

Stato, alla possibilità di acquisire un parere preventivo dalla stessa Commissione.

Il primo istituto è da tutti conosciuto e non è il caso di parlarne. Qualche annotazione merita, viceversa, il secondo istituto, perché si tratta indubbiamente di una peculiarità, che arricchisce notevolmente gli strumenti processuali del Giudice nazionale e in molti casi potrebbe essere risolutivo.

Infatti, nel settore degli aiuti di Stato -e sulla falsariga dell'art. 15 del Regolamento CE n. 1/2003 in tema di concorrenza-, il Regolamento UE 2015/1589 prevede, all'art. 29, che la Commissione, nell'ambito della cooperazione con i giudici nazionali, possa trasmettere (su richiesta) informazioni, fornire pareri, presentare, anche di propria iniziativa, osservazioni scritte in giudizio o addirittura, previa autorizzazione del Giudice, osservazioni orali.

Ora, la trasmissione di informazioni non è certo uno strumento processuale innovativo, né rispetto al giudizio civile (art. 213 c.p.c.), né rispetto a quello amministrativo (art. 63, c. 1, c.p.a.). L'unica peculiarità è data dalla circostanza che in questo caso l'"amministrazione", che fornisce, su richiesta, l'informazione, non è un'amministrazione dello Stato membro, bensì un'Istituzione dell'Unione, che è la massima espressione del potere esecutivo dell'Unione medesima.

Sicuramente più caratterizzante è lo strumento delle osservazioni scritte o orali (già previsto dal Regolamento antitrust per le Autorità nazionali sulla concorrenza), che implica un intervento "*motu proprio*" della Commissione in qualità di *amicus curiae* e che richiama alla mente anche l'intervento (facoltativo) del Pubblico Ministero nel processo civile (ovviamente nell'interesse della legge). Tuttavia, indipendentemente dalla frequenza o meno di tale intervento (che presuppone comunque che la Commissione abbia avuto notizia del processo pendente in sede nazionale), esso è uno strumento di cui il Giudice nazionale non ha la disponibilità e, dunque, che non amplia gli strumenti istruttori a sua disposizione.

L'istituto, viceversa, che appare particolarmente incisivo ai fini istruttori è quello della richiesta di parere. Si tratta di un istituto innovativo, perché altro è richiedere informazioni (che sono manifestazione di conoscenza), altro è richiedere pareri (che implicano un'espressione anche di opinione od di giudizio), che non sono altrimenti previsti né nel processo civile, né in quello amministrativo.

Si potrebbe, per la verità, instaurare un raffronto con la "verificazione" del processo amministrativo o con la consulenza tecnica d'ufficio del processo civile e amministrativo. Ma si tratterebbe di un raffronto inadeguato, perché non è certo rappresentativo della competenza esclusiva della Commissione in tema di aiuti di Stato e, così, della autorevolezza della propria valutazione.

Ma proprio per quest'ultimo motivo la richiesta di parere alla Commissione può costituire, da un lato, un formidabile strumento di cooperazione e, d'altro lato, può salvaguardare il Giudice nazionale (e le sue sentenze) da successivi superamenti e travolgimenti.

Nell'ambito degli aiuti di Stato, infatti, il coinvolgimento della Commissione consente di acquisire preventivamente la sua valutazione in proposito, ponendo il giudizio al riparo da eventuali sorprese, collegate ad aspetti non dedotti dalle parti, ovvero ad apprezzamenti eventualmente erronei. Tenuto conto che i "pareri" della Commissione comportano un'assunzione di responsabilità della stessa, che non potrebbe successivamente discostarsene: anche perché si tratterebbe di un caso di scuola in cui (del tutto eccezionalmente) si potrebbe ben a ragione invocare l'affidamento ingenerato.

L'uso di tale strumento di cooperazione, dunque, dovrebbe essere imprescindibile in ogni controversia in cui vi sia, sia pur lontanamente, il sospetto della presenza di un aiuto di Stato. E tale strumento potrebbe essere preferito anche al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, non solo perché consente una risposta più rapida, ma anche perché non comporta la sospensione del giudizio in attesa della pronuncia della Corte: sicché potrebbe essere utilizzato in modo

ben più frequente e sistematico, anche per i casi per così dire “esonerati” dal rinvio pregiudiziale, in base alla giurisprudenza Cilfit (Corte giust. 6 ottobre 1992, in causa C-283/81).

Inoltre, poiché il parere della Commissione non vincola giuridicamente il Giudice nazionale, nulla vieta astrattamente allo stesso Giudice nazionale di discostarsene. Tuttavia, per evitare ancora una volta il pericolo della disapplicazione del giudicato, cautela imporrebbe in tal caso di richiedere prima l'intervento conforme della Corte, attraverso il consueto rinvio pregiudiziale: solo così, almeno, il giudicato nazionale potrebbe essere posto al riparo da sgradevoli “superamenti”.

3. La sentenza Kühne-Heitz

Se si prescinde dal settore degli aiuti di Stato, un giudicato amministrativo può inoltre essere superato quando risultino soddisfatte le condizioni stabilite dalla sentenza Kühne-Heitz. La quale è tornata di recente alla ribalta, perché è stata richiamata (anche se poi, in definitiva, non applicata), dalle ben note sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in ordine alle c.d. concessioni balneari.

La sentenza Kühne-Heitz, confermata ed integrata (per aspetti, peraltro, che non rilevano in questa sede) dalla sentenza Kempter (Corte Giust., Grande Sezione, 12 febbraio 2008, in causa C-2/06), ha deliberato ed ha finito per disciplinare una fattispecie particolare, costituita da una decisione amministrativa divenuta “definitiva” a seguito di una sentenza del Giudice nazionale di ultima istanza, basata su una interpretazione erronea del diritto dell'Unione e adottata senza che la Corte fosse stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale: in tal caso, ove vi sia un istituto nazionale che consenta il ritiro degli atti e ove l'interessato si sia rivolto all'amministrazione subito dopo aver conosciuto l'interpretazione (successiva) fornita dalla Corte in altra occasione, la stessa amministrazione deve riesaminare la propria decisione “tenendo conto” di tale interpretazione.

In questo caso vi è superamento del giudicato, perché l'amministrazione in sede di autotutela non potrebbe di per sé disattendere il giudicato favorevole sulla legittimità di un provvedimento amministrativo, né potrebbe, in tal caso, annullare d'ufficio un provvedimento amministrativo rivelatosi in contrasto con la normativa UE immediatamente applicabile. La dottrina Kühne-Heitz supera tale limite e consente all'amministrazione di esercitare il proprio potere di autotutela, indipendentemente, e persino contro, quanto giudicato dal giudice nazionale, avvalendosi dell'interpretazione fornita successivamente dalla Corte in altri contenziosi, ma riguardanti la medesima normativa di riferimento.

Il superamento del giudicato pare giustificato essenzialmente dal mancato rinvio alla Corte, che ha reso particolarmente difficile (ed anzi ha pregiudicato) la tutela giurisdizionale del cittadino. Il quale viceversa avrebbe meritato piena soddisfazione, in base all'interpretazione della normativa pertinente, operata da una successiva sentenza della medesima Corte su una vicenda analoga.

In altri termini, in questo caso il superamento del giudicato non pare derivare (soltanto) da un'astratta applicazione del principio del primato del diritto UE. Se così fosse, infatti, l'obbligo di riesame (a domanda dell'interessato) dell'atto amministrativo dovrebbe riguardare anche gli atti amministrativi divenuti definitivi a seguito di sentenza di conferma di un giudice non di ultimo grado (passata in giudicato) e, ancora a maggior ragione, dovrebbe riguardare gli atti amministrativi divenuti inoppugnabili per semplice decorso del termine di impugnazione (per i quali non sussisterebbe neppure lo schermo del giudicato).

Viceversa proprio la giurisprudenza Kühne-Heitz dimostra che sono ben diverse le conseguenze di una sopravvenuta sentenza interpretativa della Corte in tali casi. E dimostra che neppure il principio di leale collaborazione impone in detti casi l'intervento in autotutela dell'autorità amministrativa per ripristinare la legalità eurounitaria. A maggior ragione dimostra che, al di fuori del giudizio *a quo*, una sentenza interpretativa della Corte non produce effetti vincolanti

e/o innovativi sugli atti amministrativi emessi in violazione del diritto UE (e sui relativi effetti), indipendentemente dalla circostanza che la loro “definitività” sia scaturita o meno da una sentenza passata in giudicato.

Tutto ciò conferma che la *ratio* della giurisprudenza Kühne-Heitz risieda da un lato nella stigmatizzazione del mancato rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza e, d'altro lato, nella garanzia della tutela da parte del cittadino, che ha inutilmente esperito tutti i mezzi processuali consentiti, facendosi altresì parte diligente nel chiedere il ritiro dell'atto amministrativo, una volta sopraggiunta l'interpretazione della Corte, che ne ha messo a nudo l'antigiuridicità comunitaria.

Si tratta, dunque, di casi tutto sommato eccezionali e particolarmente qualificati dalle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale del cittadino, ingiustamente pregiudicate. Ed entro questi precisi limiti il superamento del giudicato credo sia accettabile, dato che non conculca gravemente il principio del giudicato, comunque formatosi sulla base di un grave inadempimento del giudice di ultima istanza (il mancato rinvio alla Corte di giustizia) e dato che, proprio per tale ragione, non si potrebbe proporre un raffronto col sistema processuale dell'Unione, che certo non contempla l'istituto del rinvio pregiudiziale.

MARCELLO CLARICH

Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

marcello.clarich@uniroma1.it

LIMITI OGGETTIVI E SOGGETTIVI DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO E RIESERCIZIO DEL POTERE

OBJECTIVE AND SUBJECTIVE LIMITS OF THE ADMINISTRATIVE JUDGEMENT AND RE-USE OF POWER

SINTESI

L'articolo analizza i limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e il riesercizio del potere, mediante l'esame di alcune importanti novità legislative.

ABSTRACT

The article analyses the objective and subjective limits of the administrative judgement and the re-exercise of power by examining some important legislative innovations.

PAROLE CHIAVE: Giudicato amministrativo, potere, riesercizio.

KEYWORDS: administrative adjudication, power, re-exercise.

Quello dei limiti del giudicato amministrativo è un tema classico, ma sempre attuale e che presenta sempre elementi di novità.

Sul rapporto tra giudicato amministrativo e nuovo esercizio del potere ci sono una serie di innovazioni anche legislative rilevanti che devono essere prese in considerazione.

Tra di esse, va menzionato l'articolo 10-*bis* della legge 6 agosto 1990 n. 241, modificato dal d.l. 16 luglio 2020 n. 76, con l'introduzione di una sorta di preclusione procedimentale, peraltro mal congegnata e probabilmente imperfetta nella sua formulazione, anche perché, come si dirà, non idonea a coprire tutte le ipotesi. Secondo tale disposizione, l'amministrazione quando

esercita nuovamente il potere in seguito a una sentenza di accoglimento di un ricorso contro un proprio atto non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato. Si crea, dunque, un collegamento molto stretto tra procedimento e processo che si traduce in una sorta di preclusione. Senza entrare nei dettagli dell'articolo 10-*bis*, già ampiamente commentato in dottrina e anche oggetto delle prime pronunce giurisdizionali, conviene soffermarsi sul problema (forse più astratto e teorico) della preclusione che si può creare nel rapporto tra procedimento e processo.

Un'altra novità legislativa che può essere rilevante per la questione è la tendenza del procedimento amministrativo a diventare sempre più un giusto procedimento, soprattutto ove venga applicato con rigore il principio di correttezza e buona fede, inserito nella legge n. 241/90, nella novella recentissima.

Si tratta di un principio che presenta enormi potenzialità laddove applicato al rapporto giuridico amministrativo. Infatti, tenuto conto delle opportune distinzioni rispetto al rapporto giuridico civilistico, va ricordato che anche nella relazione che si instaura all'interno del procedimento ci sono due parti: (i) un soggetto privato che, prendendo a riferimento l'ipotesi degli interessi pretensivi, è colui che presenta l'istanza e che aspira all'acquisizione di un bene della vita e (ii) la pubblica amministrazione che, attraverso l'esercizio del potere, può attribuire o non attribuire il bene della vita. È essenziale dunque che già nel procedimento entrambe le parti si comportino secondo questo paradigma e alla violazione di tale dovere possono ricollegarsi varie conseguenze giuridiche (per esempio, sulla scorta della giurisprudenza anche recente della Corte di cassazione, sotto forma di risarcimento del danno).

Il principio di correttezza e buona fede, trasposto dai rapporti giuridici civilistici a quelli di diritto amministrativo, dovrebbe in realtà assumere una pregnanza maggiore. Ciò in quanto, per esempio, il privato dovrebbe potersi

fidare della pubblica amministrazione più di quanto occorre in una relazione paritaria contrattuale dove vale il principio “*caveat emptor*”. Allo stesso modo, anche la pubblica amministrazione, in un modello teorico, dovrebbe potersi fidare di più del cittadino, pretendendo da quest’ultimo un comportamento che corrisponda a uno *standard* più elevato di correttezza. In tal senso, per esempio, si ritrova qualche indizio normativo in materia di DIA, SCIA e silenzio assenso, nell’ambito dei quali non si consente di conformare l’attività alla legge se il privato ha indotto in errore, con dichiarazioni mendaci, la pubblica amministrazione. Si sanziona così la violazione del dovere di correttezza con una impossibilità di conseguire il bene della vita anche nell’ipotesi in cui la conformazione dell’attività alla legge risulti in concreto possibile.

In applicazione del principio di correttezza e buona fede, ci si può aspettare che chi presenta l’istanza “giochi a carte scoperte”, cioè metta a disposizione dell’amministrazione in sede istruttoria tutti gli elementi e tutti i fatti costitutivi, in modo tale da poter accertare in modo completo i presupposti e i requisiti per l’esercizio del potere.

A questo si accompagna l’onere del responsabile del procedimento, oggi contenuto nella legge n. 241/1990, di aiutare il privato a completare l’istanza, anche modificandola, in modo tale da agevolare una decisione positiva.

Da un lato, infatti, in accordo con il principio di completezza dell’istruttoria, questa deve estendersi a tutti i presupposti e i requisiti previsti dalla legge per il rilascio di un determinato titolo autorizzativo.

Dall’altro, rispetto all’art. 2 della legge n. 241/1990, è stato affermato il principio secondo il quale, a fronte di un’istanza manifestamente irricevibile ma anche manifestamente infondata, l’amministrazione può limitarsi ad accertare il solo motivo fondamentale che rende manifestamente infondata l’istanza e non è quindi tenuta a compiere un’istruttoria più approfondita, dispendiosa in termini di tempo e di attività amministrativa.

Sussiste dunque una contraddizione tra la nuova formulazione dell'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990 e il principio dell'economicità assoluta dell'istruttoria. Sussiste infatti una tensione interna tra principi difficilmente conciliabili.

Ad ogni modo, in una visione più aggiornata e più ispirata al principio di correttezza e buona fede, la prospettiva per affrontare il tema è quella di ampliare al massimo l'accertamento in concreto della spettanza di un bene della vita da parte di chi propone l'istanza, che può avere come sede naturale, in prima battuta, il procedimento e, in seconda battuta, svolgersi anche nel processo, proprio allo scopo di esaurire, nella dialettica tra procedimento e processo, tutti i momenti essenziali per il giudizio di spettanza.

Pertanto, quanto più si arricchisce di contenuto di accertamento l'atto amministrativo che presenti o neghi l'autorizzazione, estendendolo a tutti i fatti costitutivi del potere, requisiti e presupposti di legge; tanto meno si andrà a caricare il ruolo del giudice nel momento in cui verifica l'operato della pubblica amministrazione. Naturalmente, nel momento di connessione tra procedimento, atto impugnabile e processo, anche il ricorrente dovrebbe – essendo suo onere - articolare i propri motivi in modo tale che anche il contenuto di accertamento davanti ai giudici risulti completo. Si tratta di una scelta individuale e soggettiva, che si concretizza anche nella possibilità di graduazione dei motivi di ricorso. Se la formulazione dei motivi è incompleta, non ci si potrà poi dolere che la sentenza risulti non pienamente soddisfatta della pretesa, essendo noto che il giudice non può pronunciare *ultra petita*.

Se, quindi, all'esito del procedimento dell'istruttoria e dell'emanazione dell'atto amministrativo il contenuto di accertamento è più ampio e più ricco, viene agevolato anche il compito del giudice, in quanto in ogni caso il nucleo residuo, la discrezionalità, non può essere superato, poiché la valutazione degli interessi pubblici, che costituisce l'essenza della discrezionalità amministrativa, spetta sempre all'amministrazione.

Dunque, la linea di confine tra amministrazione e giurisdizione è dettata essenzialmente dal fatto che deve essere riconosciuta una riserva di discrezionalità in capo all'amministrazione. Chiaramente nel procedimento e nel processo tale discrezionalità può via via ridursi, ma in ogni caso, nell'ordinamento italiano come anche nell'ordinamento tedesco con riferimento alla *Verpflichtungsklage*, l'accertamento della fondatezza della pretesa del giudizio non può mai spingersi oltre il limite della discrezionalità.

Quindi l'azione di annullamento si conclude, in presenza di una discrezionalità non consumata e in qualche modo via via ridotta, con la sentenza che rimette all'amministrazione il compito di compiere quell'ultimo passo per portare a termine l'accertamento che non si è potuto completare in sede procedimentale e processuale. Questo è un punto che sarebbe difficile superare senza far collassare completamente la distinzione tra potere amministrativo e potere giurisdizionale.

Dunque, nella visione classica del processo come processo sull'atto, questo è il punto di arrivo, non si può andare oltre, anche con la gamma di azioni che ormai sono state incluse nel codice del processo amministrativo.

Se invece passassimo all'altra prospettiva, da tanti anni proposta in dottrina, del giudizio sul rapporto (Aldo Piras), forse alcune cose potrebbero cambiare, soprattutto se si applicasse la preclusione del dedotto e del deducibile, valida nell'ambito del processo civile.

Nel giudizio sul rapporto, il problema che si pone sul piano anche teorico è che andando fino in fondo nella direzione del giudizio sul rapporto, si svaluta necessariamente il procedimento amministrativo e l'attività posta in essere prima dell'atto amministrativo che conclude il procedimento. Se, infatti, l'atto amministrativo è soltanto l'occasione per il giudice di esaminare una controversia, allora cioè che è accaduto nell'ambito del procedimento diventa irrilevante e si scarica tutta l'attività di accertamento sul giudizio amministrativo.

In questa direzione, innanzi al giudice civile in materia di sanzioni amministrative pecuniarie secondo la legge n. 689/1981, giurisprudenza anche recente della Corte di cassazione, costruito il giudizio come giudizio sul rapporto (cioè sul diritto e obbligo a corrispondere e a pagare una somma di denaro a titolo di sanzione), ha svalutato sia l'obbligo di motivazione del provvedimento sanzionatorio, potendosi recuperare questo momento anche nel processo, sia le garanzie di partecipazione, poiché la parte è in ogni caso presente nel processo con tutti i suoi poteri processuali.

Da questo punto di vista, la logica del giudizio sul rapporto non appare del tutto condivisibile, in quanto potrebbe portare appunto a uno svuotamento del procedimento. Peraltro, anche la Corte di cassazione, da ultimo, con la sentenza sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4521, ha preso atto che il procedimento non può essere svilito oltre un certo limite. Ha statuito infatti, pur mantenendo il modello del giudizio sul rapporto in materia di sanzioni pecuniarie, che, ad esempio, la violazione della corrispondenza tra contestazione dell'illecito e il provvedimento che irroga la sanzione, violando le garanzie minime del contraddittorio, costituisce un vizio grave, tale da dover condurre senza dubbio all'annullamento del provvedimento. Anche questa visione manca di coerenza, ma ha il pregio di riconoscere una ineliminabile rilevanza del procedimento amministrativo. Dunque, nella logica del giudizio sul rapporto, ciò che è importante è che il giudice abbia gli strumenti per colmare, laddove possibile, il mancato accertamento di elementi nell'ambito del procedimento.

A tal riguardo, le soluzioni proposte anche in dottrina sono varie. Per esempio, si è proposto di prevedere la possibilità di emanare ordinanze istruttorie che richiedono all'amministrazione di completare l'accertamento, scontrandosi però con il noto principio del divieto di integrazione della motivazione in corso di giudizio. Tale principio, forse, potrebbe essere ripensato. In qualche modo, infatti, se emergessero carenze di accertamento

nell'ambito del procedimento, si potrebbero anche immaginare degli strumenti per indurre l'amministrazione a colmare le attività che non ha svolto correttamente nell'ambito del procedimento con un provvedimento integrativo. *De jure condito* accade talvolta che il giudice integri in qualche modo le risultanze procedimentali disponendo una verifica che faccia emergere elementi atti a confutare i vizi dedotti.

Quanto al modello della preclusione di cui all'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990, occorre prestare particolare attenzione, in quanto la preclusione è un fatto meccanico, anche contingente, occasionale, che non consente di stabilire per quale motivo l'istruttoria non sia stata completa o il provvedimento non abbia rilevato tutti gli elementi utili all'accertamento.

Pertanto, la preclusione può prestarsi anche a collusioni, perché, per esempio, nell'ipotesi in cui nell'ambito del procedimento e dell'istruttoria sussistano sia un motivo di diniego fondato e insuperabile, sia uno che invece potrebbe essere superato in sede giurisdizionale, l'amministrazione collusa potrebbe inserire nel suo provvedimento solo questo secondo motivo, prefigurando che nel processo venga accertata l'illegittimità del provvedimento di diniego in relazione a questo, in modo tale da far scattare la preclusione processuale rispetto al vero motivo di diniego che, stando almeno alla lettera dell'art. 10-*bis*, sarebbe coperto dalla preclusione.

L'art. 10-*bis* comunque non è una soluzione pienamente soddisfacente anche fuori da ipotesi, per così dire, anomale. Infatti, se si preclude il nuovo esercizio del potere, la preclusione non appare poter comunque coprire anche l'eventuale provvedimento di annullamento d'ufficio del provvedimento che è stato emanato, dato che l'annullamento d'ufficio è legato ad altri presupposti e non è simmetrico all'esercizio del potere in via fisiologica nell'ambito del procedimento. Dunque, anche nell'ipotesi di anomalia, la via di salvezza rispetto a una preclusione potrebbe rinvenirsi in un ripensamento sotto forma di annullamento d'ufficio. In modo quasi speculare, è lo stesso problema che

pone il silenzio-assenso che comunque non garantisce l'acquisizione del bene della vita essendo anche il silenzio-assenso suscettibile di un annullamento d'ufficio.

In conclusione, al momento non sembrano esserci soluzioni soddisfacenti in relazione alle criticità della riedizione del potere amministrativo e i tentativi del legislatore sul punto appaiono anche un po' goffi.

Peraltro, come già rilevato in dottrina, l'art. 10-*bis* non copre tutte le ipotesi, per esempio il silenzio oppure gli elementi fattuali non acquisiti all'istruttoria.

In definitiva, l'ordinamento dovrebbe puntare a rendere il più completo possibile l'accertamento nell'ambito del procedimento e solo in via secondaria, nei limiti del possibile, nell'ambito del processo, anche con nuovi strumenti processuali, per indurre l'amministrazione a esaurire in tutti gli aspetti l'esercizio del potere, fermo restando il limite della discrezionalità e ciò al fine di non far collassare la distinzione tra amministrazione e giurisdizione.

FABIO FRANCARIO

Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena

fabio.francario@unisi.it

IL CONTRASTO TRA GIUDICATI

THE CONTRAST BETWEEN THE JUDGED

SINTESI

Il saggio analizza il tema del contrasto tra il giudicato amministrativo vuoi al suo stesso interno e vuoi nel rapporto con altre giurisdizioni (sovrnazionali, civile e penale). L'analisi svolta mostra come la riflessione sia resa problematica anzitutto per via della dilatazione dei confini del giudicato alla luce dei metodi di motivazione della sentenza, che passano – per previsione espressa del codice del processo amministrativo - da motivazioni molto sintetiche a decisioni che investigano integralmente tutte le domande, con obiter dicta sovente eccessivi. A complicare un quadro già complesso vi è poi l'affermazione dell'idea che nel rapporto tra giurisdizioni debba operare il principio di autonomia, in luogo di quello dell'unicità, perché questa impostazione comporta che la ricerca dei limiti tra giudicati non debba più pensarsi in termini unidirezionali (per cui un giudicato prevale sugli altri) ma di reciproco condizionamento. Il tema è poi analizzato alla luce delle peculiarità storiche del processo amministrativo, ancora sostanzialmente modellato sul giudizio tipico di legittimità, con un'istruttoria in molti casi soltanto eventuale, sicché nel processo amministrativo può dirsi che non sempre si produce un vero e proprio accertamento dei fatti. In questa prospettiva si giunge a ritenere che la ricerca di una efficacia esterna del giudicato amministrativo dovrebbe conseguire alla verifica dell'effettivo accertamento dei fatti, che – per quanto visto – non è scontato ma è comunque possibile se è vero come è vero che, differentemente dal passato, nel processo amministrativo non ci sono più sostanziali limitazioni ai mezzi di prova. Il saggio passa poi ad analizzare il tema dell'efficacia esterna del giudizio di diritto, per evidenziare

che se il giudicato amministrativo non viene limitato al solo dedotto e lo si concepisce come esposto a un continuo divenire, diventa difficile affermare che possa fare stato nei confronti degli accertamenti operati da altri ordini giurisdizionali.

ABSTRACT

The essay analyses the theme of the contrast between the administrative judgement both internally and in its relationship with other jurisdictions (supranational, civil and criminal). The analysis carried out shows how the reflection is problematic due to the dilation of the boundaries of the judgement in light of the methods of motivation of the sentence, which pass - by express provision of the Italian code of the administrative process - from very synthetic motivations to decisions that fully investigate all the questions, with obiter dicta often excessive. The idea that in the relationship between jurisdictions the principle of autonomy between judgments operates instead of that of the uniqueness of jurisdiction complicates an already complex picture, because this approach implies that the search for the limits between judgments must no longer be thought in unidirectional terms (whereby one judgment prevails over the others) but in terms of reciprocal conditioning. The subject is then analyzed in the light of the historical peculiarities of the administrative process, still substantially modelled on the typical judgement of legitimacy, wherein the control on facts is only eventual, so that it can be said that in the administrative process a true ascertainment of facts does not always take place. In this perspective, the essay points out that the search for an external effectiveness of the administrative judgement should follow – case by case - the verification of the actual ascertainment of the facts, which shall not taken for granted but is nevertheless possible in the light of the circumstance that, unlike in the past, in the administrative process the means of proof are no longer limited. The essay analyses not only the issue of the ascertainment of facts but also that of the external efficacy of the decision of law, in order to highlight that if the administrati-

ve judgement is not limited to the deducted and is conceived as exposed to a continuous becoming, it becomes difficult to affirm that it can anyhow limit the ascertainties in law made by other jurisdictional orders.

PAROLE CHIAVE: contrasto tra giudicati – certezza giuridica - giudizio

KEYWORDS: contrast between judged - legal certainty - judgment

INDICE: 1.- Premessa. 2.- Certezza giuridica e giudicato. 3. Comando e giudizio. 4.- Il contrasto tra giudicati nell'ambito della giurisdizione amministrativa. 5.- Il contrasto tra giudicati di diverse giurisdizioni: a) il contrasto con le pronunce di corti sovranazionali (CEDU e CGUE). 6. (segue) b) Il contrasto con il giudicato penale o civile nell'ambito dell'ordinamento nazionale. 7.- Notazioni conclusive.

1. Premessa

Quello del “*contrasto*” tra giudicati è un tema particolarmente delicato perché tocca il fine ultimo dell'esercizio della funzione giurisdizionale, che è innanzi tutto quello di creare “*certezza giuridica*” in ordine ad un fatto o episodio della vita rispetto al quale sono controverse le regole del dover essere¹.

Oltretutto, è un tema che non si presta ad essere affrontato in maniera unitaria perché trova risposte differenti a seconda dei giudicati che vengano presi in considerazione. A seconda cioè che il giudicato si formi su sentenze rese nell'ambito di una medesima giurisdizione o proprie di giurisdizioni diverse; e, in quest'ultimo caso, con soluzioni differenziate anche a seconda del fatto che si tratti di giurisdizioni nazionali o sovra nazionali.

Dovendo circoscrivere il campo dell'indagine, preciso pertanto che cercherò di rispondere essenzialmente a due domande:

- se l'Ordinamento tollera o meno che possano aversi giudicati contrastanti tra loro e quale sia quindi il principio vigente *in subiecta materia*;

1 A. Falzea, *Accertamento (teoria generale)*, Enc. Dir., I, 205 ss ; M.S. Giannini, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, VI, 769 ss; Id., *Accertamento (diritto costituzionale ed amministrativo)*, *Enc. dir.*, I, 219. Tra i contributi più recenti sul tema si segnalano gli atti del convegno di Modanella dell'8 – 9 giugno 2018 raccolti nel volume “*Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*”, Napoli, 2018, tra i quali v. in ptcl F.Francario, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo* e M.A. Sandulli, *Conclusioni di un dibattito sul principio della certezza del diritto*. V. anche gli atti del convegno annuale AIPDA di Napoli del 3 – 4 ottobre 2014, pubblicati in *Annuario AIPDA 2014, L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015. Sul tema in generale v. anche M.A. Sandulli, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Federalismi*, 2014 e in *Diritto e società*, 2015.

- quali siano nel caso i rimedi esperibili (o, meglio: come si coordinano i possibili rimedi della revocazione e sospensione per pregiudizialità).

Si rendono necessarie due osservazioni preliminari sull'efficacia della cosa giudicata, utili a precisare come tale nozione condensi la finalità ultima della funzione giurisdizionale e cosa esattamente di una sentenza passi in giudicato.

2. Certezza giuridica e giudicato

La prima considerazione preliminare è volta a chiarire che il giudicato è lo strumento che serve a garantire certezza ai rapporti giuridici.

Come detto, quello del “contrasto” tra giudicati è un tema particolarmente delicato perché tocca il fine ultimo dell'esercizio della funzione giurisdizionale, che è innanzi tutto quello di creare “certezza giuridica” in ordine ad un fatto o episodio della vita rispetto al quale sono controverse le regole del dover essere². La antigiridicità di un dato fatto, atto o comportamento è meramente asserita in *limine litis*, ma, alla fine del giudizio, deve risultare certa, in un modo o nell'altro. *Ne cives ad arma veniant*. Per questo tutte le sentenze sono, nel loro contenuto minimo, delle sentenze di accertamento. La sentenza può poi limitarsi a questo contenuto minimo (e rimane sentenza di puro accertamento), oppure può aggiungere al contenuto di accertamento l'effetto di creare, modificare o estinguere tra le parti un rapporto giuridico (e diventa una sentenza costitutiva), oppure ancora può aggiungere al contenuto di accertamento l'ordine, rivolto alla parte rimasta soccombente in giudizio, di tenere un ben determinato comportamento, può cioè determinare anche il *faciendum* (sentenza di condanna)³.

La certezza giuridica non coincide necessariamente con la realtà storica. Anzi. L'accertamento della realtà storica è per sua natura esposto alla scoperta

2 E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, 26, ripubbl. come *Efficacia ed autorità della sentenza: ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Milano, A. Giuffrè, 1962.

3 Cfr F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir proc amm.*, 4/2016, 1030 ss e F. Francario, *Il giudizio di ottemperanza: origini e prospettive*, in *Il processo*, 3/2018, 171 ss.

di nuove prove o acquisizioni che possono portare a riscrivere completamente l'episodio di vita in qualsiasi momento. La verità storica non può avere l'autorità della cosa giudicata. L'accertamento della realtà giuridica non tollera invece questa possibilità di ricostruzione infinita della realtà delle cose, e ritiene bastevole e necessario il raggiungimento di una verità politicamente accettabile, accettabile cioè, in un momento dato, dalla *polis* e dai *cives* tutti⁴.

Il giudicato è l'istituto, lo strumento al quale l'Ordinamento ricorre per garantire tale certezza; per blindare l'accertamento operato nella sentenza rispetto alle parti e allo stesso giudice.

Ciò che al fondo differenzia la sentenza dagli atti tipici degli altri pubblici poteri che sono espressione della sovranità statale, la legge e l'atto amministrativo, non è altro che questa attitudine a creare certezza in ordine ad un rapporto giuridico controverso. Un atto legislativo o un atto amministrativo, atti pur sempre dotati d'imperatività, sono pur sempre modificabili da un successivo atto dotato di pari forza; altrettanto non può dirsi invece per la sentenza, una volta che abbia acquistato la caratteristica che solo essa può acquisire: l'autorità della cosa giudicata⁵.

Già solo questo primo chiarimento dovrebbe consentire di rispondere negativamente alla prima domanda, nel senso che la finalità connaturata alla funzione giurisdizionale dovrebbe esser di per sé tale da escludere la possibilità che si abbiano giudicati tra loro contrastanti. In linea di principio, l'Ordinamento non può cioè tollerare l'esistenza di giudicati contrastanti. Tale risposta, tuttavia, come vedremo, non può ritenersi sempre e del tutto scontata.

3. Comando e giudizio

Sempre preliminarmente, occorre poi chiarire su cosa si forma esattamente il giudicato. Ovvero cosa passa in giudicato della sentenza. Chiarimento

⁴ Cfr G. Montedoro, *Il diritto pubblico tra ordine e caos, I pubblici poteri nell'età della responsabilità*, Bari, 2018, 73 – 86.

⁵ *Amplius* v. F. Francario, *Riservizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi*, 8/2017,

evidentemente essenziale per definire i termini di valutazione di un ipotetico contrasto tra giudicati.

E' noto infatti che con la sentenza il giudice irroga (o nega) la misura giurisdizionale richiesta.

Così com'è noto che la sentenza si articola in un comando preceduto da un giudizio⁶.

Il comando s'identifica col *dictum*, contenuto nel dispositivo.

Il giudizio è espresso nella motivazione: il giudice deve innanzi tutto ricostruire la situazione di fatto, in base alle allegazioni e alle prove; sulla situazione di fatto così accertata si modella il giudizio di diritto, la valutazione dei fatti in base alle norme sostanziali⁷.

Il contenuto di una sentenza può sempre venir ridotto al seguente schema: una premessa (o una serie di premesse) di fatto; una premessa (o una serie di premesse) di diritto; una conclusione consistente nell'applicazione del diritto al fatto.

L'accertamento si distribuisce quindi tra motivazione e dispositivo, ed è molto discusso cosa effettivamente "passi in giudicato" di una sentenza. Se solo il dispositivo o anche la motivazione (e quindi anche le premesse di fatto e di diritto della decisione)⁸.

Sul piano della teoria generale, il fenomeno è ampiamente ed approfonditamente studiato nell'ambito della teoria della pregiudizialità, ed in linea di principio porta ad escludere dall'ambito oggettivo della cosa giudicata la questione pregiudiziale che venga decisa nell'ambito del medesimo processo senza trasformarsi in una vera e propria causa pregiudiziale. A rigore, quindi, ciò che rappresenta un antecedente logico della decisione e che rimane soltanto tale nell'ambito del processo senza divenire oggetto di un autonomo giudizio, che

6 E. Fazzalari, *Sentenza civile*, in *Enc. dir.* XLI, 1246 ss.

7 F. Patroni Griffi, *La sentenza amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, Milano, 2003, 4476 ss

8 Per tutti v. B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989. Più di recente v. anche G.A. Primerano, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Torino, 2017, 95 ss.

rimane cioè una questione soltanto pregiudiziale, non verrebbe coperto dall'efficacia della cosa giudicata che può acquistare la sentenza che chiude un determinato processo. Sul punto in dottrina c'è forse un po' di confusione, ma non vera e propria discordia⁹.

La ricostruzione teorica è tuttavia seguita solo in parte soprattutto nella prassi giudiziaria, che è solita fare comunque una distinzione, nell'ambito del fenomeno della pregiudizialità, tra questioni che sono semplicemente un antecedente logico giuridico della decisione, e quelle che rappresentano un presupposto logico "necessario" del dispositivo; distinzione che ha l'effetto di comprendere queste ultime nell'ambito della cosa giudicata sostanziale¹⁰.

Questo è quanto rende problematico il nostro tema in una maniera che non avrebbe ragion d'essere se il giudicato riposasse sul solo dispositivo della sentenza, sul solo comando del giudice, a prescindere dalla motivazione.

4. Il contrasto tra giudicati nell'ambito della giurisdizione amministrativa

Esaurite le premesse, veniamo dunque al tema principale: se e quali rimedi siano dati per evitare il contrasto tra giudicati e come si coordinino.

Se si rimane nell'ambito della giurisdizione amministrativa, non v'è dubbio alcuno che l'Ordinamento non tollera la possibilità che si abbiano giudicati contrastanti e che il principio è che il contrasto tra giudicati sia inammissibile.

A tal fine concorrono due distinti rimedi: il primo volto a prevenire la formazione di accertamenti contrastanti; il secondo, a rimuovere l'accertamento già consumato. La sospensione "necessaria" del processo è contemplata dall'art 295 c.p.c. (*"il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa"*; rinvio fatto dall'art 78 c.p.a.)¹¹. L'ipotesi della sentenza contraria ad

⁹ Il classico studio di riferimento rimane sempre A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 168 ss

¹⁰ Per tutti v. S. Menchini, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, 2 ed., 67 ss. e G.A. Primerano, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, cit., ed ivi ulteriori riferimenti.

¹¹ Per tutti v. E. Parisi, *Le sospensioni del processo amministrativo*, Napoli, 2020, in ptcl 138 ss e ivi ulteriori riferimenti.

altra sentenza precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata è espressamente annoverata tra i casi tipici e nominati di revocazione elencati dall'art. 395 c.p.c. (l'art 106 c.p.a. rinvia sul punto)¹². Fin qui, lo stesso discorso vale parimenti anche se fatto per la giurisdizione ordinaria, sia civile, che penale; e, in ogni caso, non pone particolari problemi se e finché l'efficacia di cosa giudicata rimane circoscritta al dispositivo, blindato nella sua certezza dal principio per cui in punto di motivazione viene coperto tanto il dedotto quanto il deducibile.

I problemi nascono nel momento in cui la nozione di cosa giudicata abbandona il ristretto, ma certo, confine del dispositivo della sentenza, la conclusione del sillogismo in cui si esprime la logica della sentenza, per estendersi alle sue premesse, alla parte motiva della sentenza. E, nel caso del processo amministrativo, si acuiscono a dismisura per via delle eccessive fluidità ed elasticità della nozione di giudicato¹³.

Ciò è dovuto non tanto al fatto che nel processo amministrativo è pacifica l'affermazione che occorre guardare alla motivazione della sentenza per ricostruire il *dictum* del giudice, quanto piuttosto al fatto che essa si accompagna ad altre affermazioni quali sono quella che nel giudizio di legittimità il giudicato copra comunque solo i vizi dedotti e non quelli deducibili; che la motivazione possa essere integrata nell'ambito del giudizio di ottemperanza "al giudicato", completando in questa stessa sede l'accertamento mancante nella sentenza; o (si accompagna) al dato esperienziale di una prassi che origina motivazioni prolisse, eccessivamente articolate e complesse, che troppo spesso rendono assolutamente labile ed evanescente il confine tra un *obiter dictum* e ciò che è un antecedente logico necessario della decisione e al fatto che questa prassi è per altro verso dissonante dall'esplicito riconoscimento legislativo della possibilità di

12 Cfr. F. Francario, *Giudicato e revocazione*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2018*, Torino, 2018, 697 ss e ivi ulteriori riferimenti.

13 L'attuale stato dell'arte è ben delineato da S. Menchini, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir proc amm.*, 4/2020 805 e ss pubblicato anche in C. Cudia (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, 2020, 215 ss.

pronunciare sentenza in forma semplificata, ovvero con “*sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero al precedente conforme*” (art 74 c.p.a.).

Allo stato attuale, quasi a dispetto di ogni possibile ricostruzione sistematica che possa rispondere ad un suo principio informatore, nel processo amministrativo la nozione di “cosa giudicata” si presenta talmente fluida e incerta da rendere estremamente problematica la trattazione del tema del contrasto tra giudicati. Se il giudicato viene esteso alla motivazione della sentenza, se la motivazione rimane di per sé esposta ad un perenne rimaneggiamento da parte del giudice medesimo nella fase di ottemperanza, se il giudice nasconde sempre più il presupposto logico necessario del dispositivo in una motivazione prolissa e poco trasparente in manifesta violazione anche del principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali e se, per converso, la motivazione “semplificata” può essere limitata solo ad alcune parti della *causa petendi*; tutto ciò rende sicuramente improba, se non proprio arbitraria, la ricostruzione di un parametro certo di valutazione. Non è certamente un caso che la critica maggiore che viene fatta al giudice amministrativo dalla società civile e dagli operatori economici, a tutti i livelli, internazionale compreso, è quella della sempre crescente imprevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo.

Se si è arrivati a questo punto, un po' di autocritica parrebbe doverosa, da parte di tutti i protagonisti della scena. A cominciare dalla dottrina, che dovrebbe recuperare maggior rigore scientifico nella ricostruzione degli istituti di diritto processuale amministrativo, evitando di rifugiarsi nella mera ricognizione del formante giurisprudenziale o nella prospettazione di modelli teorici che rischiano di non avere senso finché la nostra architettura costituzionale disegna un sistema dualista di giurisdizione fondato sulla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo. Personalmente non credo che la prospettiva della *full jurisdiction* aiuti in tal senso, in quanto tende inevitabilmente ad appiattire la tutela dell'interesse legittimo su quella del diritto soggettivo e rinuncia a cogliere e valorizzare la differenza dei bisogni di tutela sottesi alle due figure, impoveren-

do la tutela di cittadini e operatori economici nei confronti della PA ed alimentando la confusione e l'incertezza. Ma chiudo immediatamente la parentesi perché ci porterebbe molto lontano¹⁴.

Voglio solo dire che in un sistema processuale le regole devono essere chiare e certe e che bisogna pertanto essere consapevoli delle ricadute sul sistema delle scelte che si fanno. Si può anche dire che il giudicato si estende alla motivazione, ma bisognerebbe essere poi coerenti con tutto il resto. Altrimenti si risolve un problema e se ne aprono altri mille. Così come si può attribuire al giudice amministrativo il potere di condannare l'Amministrazione ad un fare specifico; ma, se l'attribuzione rimane fine a se stessa, sganciata da un obbligo di accertamento del rapporto e a volte persino dalla stessa domanda di parte, se cioè lo stesso accertamento del rapporto rimane sganciato dai vincoli della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e della necessaria previa istruttoria¹⁵, forse sono più i problemi che si creano, che non quelli che si risolvono.

5. Il contrasto tra giudicati di diverse giurisdizioni: a) il contrasto con le pronunce di corti sovranazionali (CEDU e CGUE)

Considerato all'interno della giurisdizione amministrativa (o comunque di un dato sistema giurisdizionale nazionale), il tema del contrasto tra giudicati diventa dunque problematico se e nel momento in cui si estende l'ambito della cosa giudicata alla motivazione della sentenza; ma non v'è dubbio che il principio sia nel senso di ritenere inammissibile il contrasto, come testimoniano l'esperibilità del rimedio della revocazione e la possibilità di disporre la sospensione del processo nei casi in cui essa sia ritenuta necessaria dal giudice.

14 Per ulteriori spunti in tal senso v. F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *Questione Giustizia*, 1/2021 e in *GiustiziaInsieme*, 24 maggio 2021.

15 Il dato è generalmente sottolineato negli studi sull'istruttoria successivi alla codificazione; *ex multis* v. G. D'Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo tra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in (a cura di) C. Cudia, *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, 2020, 265 ss; M.A. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Diritto e società*, 2/2020, 196 ss; A. Giusti, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 175 ss.

Se il giudicato riguarda invece sentenze rese da giudici appartenenti a diversi sistemi o ordini giurisdizionali, bisogna fare innanzi tutto una distinzione a seconda che ci si riferisca a sentenze rese da Corti sovranazionali (accomunato di seguito, per ragioni prevalentemente di comodità espositiva, le pur differenti situazioni riferibili alla CEDU e alla CGUE), o da giudici appartenenti a giurisdizioni nazionali diverse da quella amministrativa (ordinaria: civile e penale).

Con riferimento alle Corti sovranazionali, si possono fare almeno quattro osservazioni, per la gran parte comuni tanto all'esperienza CEDU, quanto a quella CGUE:

1. rimane fermo il principio per cui il contrasto tra giudicati è ritenuto inammissibile;
2. i rimedi non sono cumulabili;
3. la esperibilità del rimedio revocatorio rimane comunque controversa stante la non riconducibilità ad uno dei casi tipici di revocazione, ordinaria o straordinaria;
4. la sospensione per pregiudizialità diventa necessaria.

E' noto che le pronunce CEDU possono esser rese solo se e in quanto siano state previamente esperite tutte le vie di ricorso previste dall'Ordinamento interno. In linea di principio si può oggi affermare che il contrasto non è tollerato e che è ormai ritenuto esperibile il rimedio revocatorio, ma si tratta dell'approdo attuale di un percorso abbastanza tormentato¹⁶. Le pronunce

16 Ex multis: E. Romani, *Il processo amministrativo e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: l'istituto della revocazione "convenzionale" prefigurato dalla l. 26 novembre 2021 n. 206*, in *Federalismi*, 16/2022; G. Montedoro, *Esecuzione delle sentenze CEDU e cosa giudicata nelle giurisdizioni nazionali* e A. Police, *Giudicato amministrativo e sentenze di corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, relazioni al convegno di Modanella 19 – 20 maggio 2017 pubblicate entrambe in F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), *“La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi”*, Napoli, 2018, 199 ss e 181 ss; F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato. Prime considerazioni su Corte cost. 26 maggio 2017 n. 123*, in *Federalismi*, 6/2017; A. Travi, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 3/2017, 1260 ss; R. Conti, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU nei processi non penalidopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consultaonline*, 2/2017, 333 ss; A. Carbone, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 531 ss; R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Atti del XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, “Corti europee e giudici nazionali”*, Verona,

CEDU non sono integrate nel sistema processuale nazionale come se fossero un quarto grado di giudizio e non rimuovono di per sé gli effetti lesivi derivanti dalla sentenza dichiarata ingiusta, ma fanno comunque sorgere in capo allo Stato aderente alla Convenzione l'obbligo di *restitutio in integrum* e di conformazione ai sensi degli articoli 46 e 41 della Convenzione. Le sentenze CEDU hanno comunque forza vincolante ed i singoli Stati sono tenuti ad osservare le sue pronunce, ma conservano il potere di autodeterminarsi nella scelta delle modalità dell'osservanza, non essendo affatto esclusa l'ipotesi che la *restitutio in integrum* venga ritenuta impossibile nell'ordinamento interno e che venga pertanto surrogata da una ristorazione per equivalente. La scelta dipende dunque dall'Ordinamento nazionale, e nel caso dell'Italia ha finora ricevuto soluzioni differenti a seconda che si sia trattato di processo penale, civile o amministrativo. La Corte costituzionale è intervenuta con tre differenti pronunce, introducendo nell'ordinamento nazionale, con pronuncia additiva, la possibilità di revisione del processo penale già definito con sentenza passata in giudicato in caso di contrasto con successiva pronuncia della corte di giustizia europea (Corte cost 113/2011); ed escludendo l'incostituzionalità della mancata previsione della revocazione per contrasto della sentenza del giudice nazionale con pronuncia CEDU con riferimento al processo civile, prima (Corte cost 238/2014), e amministrativo, poi (sentenza n 123 del 26 maggio 2017)¹⁷. Il problema sembrerebbe essere stato adesso affrontato e risolto con chiarezza e uniformità dalla legge delega per la riforma del processo civile, che ha espressamente vincolato il legislatore delegato a “*prevedere che, ferma restando l'esigenza di evitare duplicità di ristori, sia esperibile il rimedio della revocazione previsto dall'articolo 395 del codice di procedura civile nel caso in cui, una volta formatosi il giudicato, il contenuto della sentenza sia successivamente dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario, in tutto o in parte, alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fonda-*

25-26 settembre 2009, Bologna, 2011.

17 Per approfondimenti sia consentito rinviare a F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, cit., e *Giudicato e revocazione*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2018*, Torino, 2018, 697 ss.

mentali ovvero a uno dei suoi Protocolli e non sia possibile rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente” (art 1 co. 10). Per il rinvio dinamico operato dall’art. 106 c.p.a., la previsione avrà effetti equivalenti nel processo amministrativo.

Il problema si pone in termini diversi per le pronunce della Corte di Giustizia. Anche in tal caso l’Ordinamento non tollera che possano aversi pronunce contrastanti, ma il rimedio è diverso da quello dell’impugnazione della pronuncia resa dal giudice nazionale innanzi alla Corte di giustizia stessa o tramite un giudizio di revocazione. Si cerca di prevenire la formazione di giudicati contrastanti riservando l’interpretazione delle norme eurounitarie alla Corte di giustizia e rendendo doverosa la sospensione del processo e la rimessione della questione pregiudiziale sull’interpretazione della norma eurounitaria alla Corte di giustizia¹⁸.

C’è da osservare, tuttavia, che il meccanismo del rinvio pregiudiziale non riesce tuttavia sempre a impedire del tutto il fenomeno del possibile contrasto (non proprio del giudicato ma) delle pronunce del giudice di vertice della giurisdizione amministrativa, il Consiglio di Stato, con le pronunce della CGUE. Non è tanto il caso *Randstad Italia spa*, deciso da CGUE 21 dicembre 2021 C-497/20, ad essere esemplare sotto questo profilo. In linea di principio la Corte di giustizia ha escluso che l’ordinamento nazionale debba necessariamente prevedere in tal caso l’impugnabilità della decisione del Consiglio di Stato in Cassazione e che i rimedi siano quelli (ben più gravi) dell’azione di responsabilità verso lo Stato e dell’obbligo di disapplicazione della pronuncia contrastante con la sentenza CGUE da parte dei giudici nazionali¹⁹. Ma va sottolineato che il

18 Sul tema in generale *ex multis* v. G. Trisorio Liuzzi, *Processo civile italiano e rinvio alla Corte di Giustizia della Comunità Europea*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003; R. Murgia, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di Giustizia C.E.*, in *Dir proc amm.*, 2006, 441 ss; S. Foà, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell’interpretazione conforme*, Napoli, 2011; R. Romboli, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 3/2014; S. Spuntarelli, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv trim dir pubbl.*, 2018, 985 ss; R. Ricciardo Calderaro, *L’integrazione amministrativa e la tutela dei diritti. Problemi e prospettive alla luce della crisi sistemica dell’Unione europea*, Torino, 2020

19 Cfr. F. Francario, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di giustizia UE 21 dicembre 2021 C-497/20 Randstad Italia spa*, in *Federalismi*, 9.2.2022.

problema si è posto anche con riferimento all'ammissibilità del giudizio di revocazione in casi in cui si è lamentato il contrasto della pronuncia resa dal Consiglio di Stato, con la pronuncia CGUE, proprio nell'ambito del medesimo giudizio riassunto a seguito della decisione della pregiudiziale comunitaria. In termini propri la questione è stata recentemente rimessa alla Corte di giustizia dalla Sesta Sezione con l'ordinanza n. 2327 del 18 3 2021, chiedendo di chiarire se il rimedio del ricorso per revocazione possa essere impiegato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia *“e in particolare con i principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale”*.

Nell'attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, allo stato rimane dunque ferma la scelta di sistema, di prevenire la formazione di giudicati in contrasto con pronunce della Corte medesima, unicamente attraverso il meccanismo della sospensione necessaria del processo e del rinvio pregiudiziale, con esclusione della possibilità d'intervenire successivamente a mezzo del rimedio revocatorio. Al riguardo merita di essere peraltro ricordato che la Corte di Giustizia (sentenza della Grande Sezione, 24 ottobre 2018 – C-234/17 , Austria c. XC) ha già avuto modo di precisare che *“il diritto dell'Unione non esige che, per tener conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente di tale diritto offerta dalla Corte posteriormente alla decisione di un organo giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, quest'ultimo ritorni necessariamente su tale decisione”*.

Dunque, se stiamo alle corti sovranazionali, abbiamo in entrambi i casi chiaramente affermato il principio per cui non possono tollerarsi accertamenti contrastanti. I rimedi previsti non sono però cumulabili, essendo in un caso previsto quello della revocazione, nell'altro quello della sospensione necessaria per pregiudizialità.

6. (segue) b) Il contrasto con il giudicato penale o civile nell'ambito dell'ordinamento nazionale

Lo scenario sicuramente più problematico è quello che si apre in ambito nazionale prendendo in considerazione il tema con riferimento al contrasto tra giudicati propri di sentenze rese da giudici appartenenti a diverse giurisdizioni. In questo caso il problema investe infatti non tanto il profilo dei rimedi esperibili, quanto proprio il fatto se, in linea di principio, il contrasto tra giudicati sia tollerato o meno dall'Ordinamento.

Se finora abbiamo visto come il principio (che non possano aversi giudicati tra loro contrastanti) possa ritenersi pacifico tra pronunce rese all'interno della giurisdizione amministrativa o di una medesima giurisdizione nazionale o con riferimento alle corti sovranazionali (CEDU e CGUE), non può dirsi altrettanto se i termini di riferimento diventano sentenze rese da giudici nazionali appartenenti a giurisdizioni diverse.

Nel passato, nemmeno troppo remoto, non v'era dubbio sul fatto che l'Ordinamento non tollerasse il contrasto tra giudicati anche se formati su sentenze rese da giudici appartenenti a diversi ordini giurisdizionali. Così come tuttora avviene per prevenire la formazione di giudicati contrastanti con l'interpretazione del diritto dell'Unione data dalla Corte di Giustizia, il sistema anteriore alla riforma del c.p.p. del 1988 privilegiava infatti l'impiego della tecnica della sospensione del processo per consentire la previa risoluzione, con forza di giudicato, della questione pregiudiziale (v. artt. 18, 19 20 e 21 c.p.p.). Tale soluzione, sicuramente in grado di assicurare coerenza ed uniformità degli accertamenti, è stata però ritenuta tale da incidere in modo eccessivamente gravoso sulla speditezza processuale e sul principio della ragionevole durata dei processi ed è stata conseguentemente abbandonata²⁰, ritenendo preferibile l'impiego della tecnica della cognizione incidentale, che per definizione è volta ad operare un accertamento privo dell'efficacia di cosa giudicata,

Nel sistema attuale, Cassazione e Consiglio di Stato concordano nel ritenere che "*dalla disciplina del nuovo codice di procedura penale si desume che il nostro ordi-*

20 E. Parisi, *Le sospensioni del processo amministrativo*, cit., 145 ss; R. Vaccarella, *I rapporti tra arbitrato e processo penale*, in *Riv. arb.*, 2/2020, 231 ss.

namento non è più ispirato al principio dell'unità della giurisdizione, ma a quello dell'autonomia di ciascun processo e della piena cognizione da parte di ciascun giudice, dell'uno e dell'altro ramo, delle questioni giuridiche o di accertamento dei fatti rilevanti ai fini della propria decisione"; e che "pertanto, tranne alcune particolari e limitate ipotesi di sospensione del processo (civile previste dall'art. 75 c.p.p. nuovo terzo comma) da un lato il processo civile deve proseguire il suo corso senza essere influenzato dal processo penale e dall'altro il giudice civile deve procedere ad un autonomo accertamento dei fatti" (Cass. civ., sez. III, 10 agosto 2004 n. 15477; id., sez. II, 25 marzo 2005 n. 6478); ovvero che "a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale è stato espunto dall'ordinamento l'art. 3 del previgente c.p.p. il quale prevedeva la possibilità della sospensione del processo civile o amministrativo, conseguentemente i due giudizi sono attualmente dominati dalla regola dell'autonomia" (Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2004 n. 1462; Id., sez. IV, 1 giugno 2004 n. 465). L'inversione di rotta sul tema della pregiudizialità apre dunque un nuovo scenario informato al principio dell'autonomia delle singole giurisdizioni e mette in discussione non tanto la scelta del rimedio più appropriato per evitare il contrasto tra giudicati, ma la vigenza stessa di un principio che vuole venga evitato il contrasto tra giudicati.

L'interrogativo principale, a questo punto, diventa se l'affermazione di un principio di autonomia faccia venire del tutto meno il principio di unicità della giurisdizione e giungere fino al punto di consentire che giudici diversi possano ricostruire "verità" diverse solo perché appartenenti ad ordini diversi; sino al punto cioè di tollerare l'esistenza di giudicati contrastanti solo perché prodotti da giurisdizioni diverse²¹.

Credo però che non si possa arrivare fino a questo punto. Penso cioè che il principio di autonomia non possa essere spinto sino al punto di far ritenere

21 Non sempre il profilo problematico è colto nei rari contributi specificamente dedicati al tema del rapporto tra giudicati. V. ad es. A. Cassatella, *Le ripercussioni del giudicato amministrativo di annullamento sul processo penale*, in *Dir proc amm.*, 3/2021, 492 ss. Diversamente, prestano maggiore attenzione al profilo E. Follieri, *L'autonomia e la dipendenza tra i processi in materia di responsabilità pubbliche*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 391 ss; E. Picozza, *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile ed in quello penale*, in *L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti. Atti del convegno di Lecce del 27-28 aprile 2012*, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, 2012 294 ss

che l'esigenza di assicurare la ragionevole durata del processo faccia venir meno anche il più generale principio che vuole assicurata la coerenza e non contraddittorietà degli accertamenti giurisdizionali²². Principio la cui esistenza, detto per inciso, non può essere semplicisticamente negata per il fatto di non essere esplicitamente affermato dal legislatore. Come dovrebbe esser noto a qualsiasi cultore del diritto, i principi generali si ricavano anche e proprio dall'insieme delle norme esistenti in un dato ordinamento. Il fatto che quest'ultimo abbia oggi abbandonato la tecnica della sospensione necessaria del processo impone certamente di ripensare la regola del rapporto tra giudicati, in termini diversi dalla unilaterale rilevanza extra penale del giudicato e a favore della reciproca interferenza, ma la persistenza del rimedio revocatorio è già di per sé sola sufficiente a giustificare la persistenza del principio di coerenza e non contraddittorietà degli accertamenti giurisdizionali.

7. Notazioni conclusive

L'analisi svolta mostra come il tema sia reso problematico essenzialmente da due fattori: la dilatazione dei confini del giudicato alla motivazione della sentenza e l'introduzione di un principio di autonomia in luogo di quello di unicità della giurisdizione. In entrambi i casi, la giurisdizione amministrativa sconta la già sottolineata mancanza di rigore e di certezza che contraddistingue la ricostruzione degli istituti del processo amministrativo.

La motivazione passa in maniera quasi schizofrenica dalla eccessiva sinteticità della sentenza in forma semplificata di cui agli articoli 60 e 74 c.p.a., che consente di evitare di pronunciare su tutta la domanda; alla motivazione prolissa e dissertativa della sentenza – trattato, spesso ricorrente nella prassi, che nasconde o confonde nelle pieghe degli *obiter dicta* la vera *ratio decidendi* della pronuncia. Le difficoltà sono ancora maggiori nel momento in cui occorre ripen-

²² Al riguardo mi sia consentito rinviare a F. Francario, *L'accertamento del fatto illecito nel giudizio amministrativo e nel giudizio penale: problemi e interferenze*, in *Pubblica amministrazione, diritto penale e criminalità organizzata (atti del convegno)*, Milano, 2008, 93 ss e F. Francario, *Illecito urbanistico e cosa giudicata. Spunti per una ridefinizione della regola del rapporto tra processo penale e amministrativo*, in *Riv giur edil.*, 4/2015, 100 ss.

sare la regola del rapporto tra giudicati, che non può più essere pensata unicamente in chiave di regolazione della rilevanza extra penale del giudicato penale²³, ma di definizione dei limiti del “reciproco” condizionamento.

Non è del tutto casuale che nella disciplina del processo amministrativo non si rinvenga una disposizione analoga a quella recata dall'art. 654 c.p.p., volta a regolare il reciproco condizionamento in punto di accertamento del fatto storico. A tutt'oggi, il processo amministrativo è ancora sostanzialmente modellato sul giudizio tipico di legittimità, e prevede un'istruttoria soltanto eventuale: assolto l'onere dell'istanza di fissazione, la causa viene chiamata in decisione e solo “se l'istruttoria è incompleta” si svolge un'attività istruttoria. Non sempre c'è un vero e proprio accertamento dei fatti, spesso surrogato dalla pura e semplice verifica della logicità della ricostruzione operata dall'Amministrazione in sede di procedimento amministrativo²⁴. Sotto il profilo del giudizio di fatto, è dunque pienamente comprensibile che di norma la sentenza amministrativa non possa avere “efficacia di giudicato” nel giudizio penale (o civile). Ma non è detto che ciò non possa accadere, anche perché diversamente dal passato, in linea di principio non ci sono più limitazioni ai mezzi di prova ammissibili ed assumibili nel processo amministrativo. Il fatto però che si è in presenza di una facoltà del giudice, piuttosto che di un dovere, non aiuta a risolvere il problema. Lo stesso è a dirsi per il giudizio di diritto.

Se il giudicato amministrativo non viene limitato al solo dedotto e si propone come un mutante esposto a un continuo divenire, è difficile che possa fare esso stato nei confronti degli accertamenti operati da altri ordini giurisdizionali.

23 La regola è codificata dall'art 654 c.p.p. nei seguenti termini : « *la sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo quando in questo si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, purché i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e purché la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa* ».

24 V. *ante*, *sub* nota 15.

ANTONIO CASSATELLA

Professore associato di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università di Trento

antonio.cassatella@unitn.it

ALTRE NOTE SULLE RIPERCUSSIONI DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO NEL PROCESSO PENALE

FURTHER REMARKS ON THE IMPACT OF ADMINISTRATIVE JUDGMENTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

SINTESI

Il saggio ripercorre il problema dell'efficacia del giudicato amministrativo nel processo penale, apparentemente negata dagli artt. 2 e 3 c.p.p. ma sovente riconosciuta dalla giurisprudenza di Cassazione. Si considerano, dapprima, i principi che imporrebbero di attribuire efficacia preclusiva al giudicato di annullamento o di rigetto dell'azione di annullamento, qualora l'accertamento del giudice amministrativo cada sulle modalità di esercizio del potere. Si critica la tendenza a ricondurre l'efficacia alla tutela dell'affidamento del ricorrente imputato in sede penale circa la favorevole ripercussione del giudicato amministrativo; lo stesso per quella volta a giustificare ogni ripercussione sulla base del principio di non contraddizione. Si propone di risolvere il problema a partire dagli effetti della sentenza di annullamento o di rigetto: erga omnes per quanto concerne l'accertata illegittimità o legittimità della condotta dalla p.a.; inter partes per quanto concerne le conseguenze ripristinatorie e conformative del giudicato. Sulla base di questa ricostruzione si affronta il problema della ripercussione in malam partem del giudicato amministrativo, giustificandola in rapporto alla perdurante autonomia del giudice penale in ordine all'accertamento dei profili di reato concernenti l'individuazione degli apporti causali sulla formazione di atti illegittimi ed al giudizio di colpevolezza.

ABSTRACT

The essay deals with the issue of the effects of the judicial review of administrative acts in the criminal process. The influence of administrative sentences is apparently denied by art. 2 and 3 c.p.p. but often recognized by criminal courts. First of all, the essay analyzes the principles which would require that *res judicata* be given “preclusive effect” of administrative sentences. Both the protection of legitimate expectations as regards the favourable consequences of the administrative judgment and the principle of “non contradiction” between different sentences are criticised. It is proposed to fix the issue by the point of view of the effects of the administrative sentence: they are “*erga omnes*” in relation to the established illegality or legitimacy of the conduct by the public administration and “*inter partes*” in relation to the other consequences of the *res judicata*. The last part of essay deals with the issues of the consequences in *malam partem* of the administrative judgment, justifying it in relation to the autonomy of the criminal court with regard to the assessment of the objective and subjective profiles of the offence.

PAROLE CHIAVE: giudicato amministrativo, efficacia della sentenza, accertamento, efficacia *erga omnes*, processo penale, questioni pregiudiziali amministrative.

KEYWORDS: judicial review, *res judicata*, criminal process, legitimate expectations, public administration, due process

INDICE. 1. Il problema e gli orientamenti della giurisprudenza. 2. I fondamenti assiologici della giurisprudenza: buona fede in senso soggettivo o principio di non contraddizione? 3. La proposta ricostruttiva: l'efficacia *erga omnes* degli effetti eliminatori della sentenza di annullamento. 4. Le implicazioni assiologiche della proposta formulata: il problema della ripercussione *in malam partem* ed il perdurante valore della certezza del diritto.

1. Il problema e gli orientamenti della giurisprudenza

In un recente studio si sono messe in rilievo le ragioni per le quali si reputa necessario rivisitare il tema dei rapporti fra giudicato amministrativo di annullamento e processo penale¹.

1 Cfr. A. CASSATELLA, *Le ripercussioni del giudicato amministrativo di annullamento sul processo penale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, 492 ss., al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti ed indicazioni bibliografiche, salvo quanto espressamente richiamato a seguire. Fra gli altri contributi sul tema, raramente approfondito in tutte le sue implicazioni, cfr. F. FRANCIOSI, *L'accertamento del fatto illecito nel giudizio amministrativo e nel giudizio penale: problemi e interferenze*, in C. PARANO, a cura

In questo contributo si intende approfondire la questione dall'angolazione relativa ai principi di diritto che, secondo una parte della giurisprudenza, possono giustificare l'effetto preclusivo del giudicato amministrativo nell'ambito del processo penale avente ad oggetto lo stesso episodio di vita.

Il precedente lavoro muoveva da un dubbio che può essere qui riproposto.

Assunto che il c.p.p. affida al giudice penale la soluzione di tutte le questioni pregiudiziali relative all'accertamento della fattispecie di reato oggetto di imputazione, ci si chiede se possa ritenersi "questione" ai fini degli artt. 2 e 3 c.p.p. anche una vicenda su cui si è formato un giudicato amministrativo di annullamento (o rigetto), che colpisce il provvedimento rilevante anche ai fini della qualificazione del reato². In termini parzialmente sovrapponibili ci si può domandare se l'art. 5 della l. n. 2248/1865 consenta la disapplicazione di un provvedimento già annullato dal giudice amministrativo³.

Per esemplificare, va chiarito se, annullato un ordine di espulsione, la sua validità possa essere ridiscussa ai fini dell'accertamento del reato di inottemperanza agli ordini dell'autorità. Alla stessa maniera, va appurato se l'acclarata illegittimità di una sanzione edilizia possa essere rimessa in discussione ai fini dell'imputazione dei reati previsti dal t.u. edilizia⁴. Non diversamente, il proble-

di, *Pubblica amministrazione, diritto penale, criminalità organizzata*, Milano, 2008, 93 ss.; E. PICOZZA, *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile ed in quello penale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 44 ss.; P. POZZANI, *Premesse per uno studio della pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 365 ss.; S. RUGGERI, *I rapporti tra processo penale e altri procedimenti nell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Dir. pen. con.*, 2015, 22 ss.

² Sulle modalità attraverso cui i provvedimenti amministrativi vengono in rilievo ai fini dell'integrazione della singola fattispecie di reato cfr. M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione dei provvedimenti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 742 ss.

³ Si deve prescindere, in questa sede, dall'esame della controversa questione relativa alla disapplicazione dei provvedimenti ad opera del giudice penale, anche in rapporto ai diversi orientamenti maturati nel corso dei decenni nella giurisprudenza di Cassazione. Oltre a M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, *passim*, si rinvia al seminale studio di R. VILLATA, *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980, 95 ss., nonché a G. COCCO *Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2021, 12; F. DE LEONARDIS, *Il sindacato del giudice penale sugli atti di autorizzazione e concessione: alcune riflessioni "partendo dalla fine"*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, 893 ss.

⁴ Cfr. Cass. pen., sez. III, 25.5.2020, n. 15752; Cass. pen., sez. III, 16.12.2019, n. 50769.

ma si pone nel caso in cui una sentenza del g.a. abbia già stabilito l'illegittimità di un provvedimento che viene in rilievo ai fini della qualificazione di un abuso d'ufficio, di un reato di falso o di una corruzione propria⁵.

Il dubbio non è tuttavia confinato all'esegesi del c.p.p., ma sottende un più ampio interrogativo in ordine ai rapporti fra giudici amministrativi e ordinari nell'interpretazione ed applicazione della disciplina dell'organizzazione e dell'azione amministrativa.

La tesi seguita dalla giurisprudenza maggioritaria, volta a riconoscere la piena autonomia del giudice penale rispetto agli accertamenti del giudice amministrativo, implica, infatti, la frammentazione delle interpretazioni della disciplina sostanziale e delle categorie ordinanti dell'agire pubblico, con le inevitabili conseguenze in punto di certezza del diritto e buon andamento della stessa azione amministrativa⁶.

Il dato potrebbe essere accettabile – pur con riserve in punto di parità di trattamento ed uguaglianza – se rapportato a controversie relative a differenti episodi di vita, ma mostra i suoi aspetti patologici se riferito alla medesima vicenda⁷.

La conferma della correttezza degli interrogativi formulati si è avuta dalla stessa giurisprudenza penale, che, in alcune significative occasioni, ha precisato come il giudicato amministrativo, lungi dall'essere irrilevante, possa incidere

⁵ Per i casi più rilevanti, cfr. M. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, 221 ss.; P. CORVI, *Questioni pregiudiziali e processo penale*, Padova, 2007, 320 ss.

⁶ Sono ormai noti i rischi ed i costi economico-sociali derivanti dall'aumento delle fattispecie incriminatrici e dalla correlata tendenza dell'amministrazione ad assumere una posizione "difensiva", volta ad evitare decisioni ed assunzioni di responsabilità. Sul punto sia consentito un rinvio ad A. CASSATELLA, *La responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, in R. URSI, M. RENNA, a cura di, *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 153 ss. Con riferimento alle tendenze in atto cfr. pure B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 77 ss.; G. D. COMPORITI, E. MORLINO, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 128 ss.

⁷ Sul problema, in termini generali, cfr. L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, 22 ss. Con specifico riferimento all'esempio formulato cfr. F. FRANCARIO, *Illecito urbanistico e edilizio e cosa giudicata. Spunti per una ridefinizione della regola del rapporto tra processo penale ed amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 99.

sull'esito del processo ancora pendente innanzi al g.o. Tale incidenza non deriva dalla capacità persuasiva del giudicato del g.a. – come si potrebbe argomentare sulla base dell'art. 238 *bis* c.p.p.⁸ – ma dalla sua stessa efficacia giuridica, ossia dalla capacità di precludere una diversa interpretazione della disciplina amministrativa da parte del g.o.

La pronuncia da cui ha preso avvio questo indirizzo interpretativo risale alla metà degli anni novanta e concerne le ripercussioni di un giudicato relativo alla legittimità di un intervento edilizio. In un contesto caratterizzato da numerose incertezze fattuali e normative, la Cassazione ha ritenuto che il pregresso accertamento circa l'esistenza dello *jus aedificandi* non potesse essere rimesso in discussione in sede penale, anche a fronte di orientamenti contrastanti⁹.

Sulla scia di questo precedente, una parte non secondaria della giurisprudenza tende ad attribuire efficacia preclusiva al giudicato che non si limiti ad un sindacato estrinseco della legittimità dell'azione amministrativa, ma che si spinga ad accertarne la legittimità sostanziale, in riferimento alla posizione dei privati ricorrenti e controinteressati e degli stessi titolari degli organi amministrativi cui può imputarsi l'attività degli apparati¹⁰.

2. I fondamenti assiologici della giurisprudenza: tutela dell'affidamento o principio di non contraddizione?

Ai fini che maggiormente rilevano in questa sede è utile ripercorrere il ragionamento seguito dai giudici nei casi appena menzionati.

Con riferimento alla prima sentenza, in sede di merito il giudicato amministrativo era stato ritenuto del tutto influente, a fronte della «completa autonomia decisionale [del giudice penale] rispetto alla giurisdizione amministrativa, come può desumersi dagli artt. 2 e 3 c.p.p.» e dell'esistenza di un indirizzo in-

⁸ Su tale disciplina cfr. S. ASTARITA, *Circolazione della prova e delle sentenze*, in *Dig. disc. pen.*, agg., Torino, 2014, 18 ss. Sull'applicazione dell'art. 238 *bis* c.p.p. alle sentenze extrapenali cfr. Cass. pen., sez. III, 25.5.2020, n. 15752; Cass. pen., sez. III, 11.3.2020, n. 9741; Cass. pen., sez. III, 19.3.2019, n. 17855; Cass. pen., sez. II, 17.12.2018, n. 56633.

⁹ Cfr. Cass. pen., sez. III, 3.4.1996, n. 54.

¹⁰ Cfr., fra le altre, Cass. pen., sez. III, 25.5.2020, n. 15752; Cass. pen., sez. III, 23.3.2020, n. 10460; Cass. pen., sez. III, 25.7.2017, n. 36807.

interpretativo che smentiva le tesi dello stesso Tar. La Cassazione disconosceva questa tesi, ritenendo che, anche a fronte di un dubbio circa la corretta argomentazione della sentenza del g.a., «tale contrasto [interpretativo] non può essere assunto dal giudice penale per sostenere la macroscopica illegittimità delle tesi sostenute dalla giurisdizione amministrativa».

Né, per la Cassazione, poteva invocarsi l'autonomia della cognizione del giudice penale rispetto alla questione controversa, in quanto essa implicava «anche la posizione reciproca, cioè l'autonoma decisionale dei giudici amministrativi rispetto ai giudici ordinari»¹¹.

Si concludeva, pertanto, che «è proprio questa autonomia della giurisdizione amministrativa che doveva impedire al tribunale penale non solo di ritenere macroscopicamente illegittima una sentenza dei Tar coperta dal giudicato, ma soprattutto di escludere il legittimo e incolpevole affidamento della interessata in questa sentenza. Escludere questa buona fede, e quindi ritenere l'astratta configurabilità oggettiva e soggettiva del reato di costruzione senza concessione edilizia, significa né più né meno che vanificare la funzione istituzionale della giurisdizione amministrativa e quindi negare al cittadino la possibilità di tutelare per via giurisdizionale i suoi diritti e interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione»¹².

Colpisce, nei passaggi richiamati, il ruolo ricoperto dalla buona fede, che non viene utilizzata nella sua dimensione oggettiva – quale garanzia di correttezza nella formazione e gestione di rapporti negoziali o nell'esercizio di funzioni amministrative, ad integrazione della disciplina codicistica o legale di riferimento – ma in quella soggettiva. Si mira a tutelare, attraverso di essa, la posizione di un soggetto a cui non possono addossarsi tutte le conseguenze di un determinato errore¹³.

11 Cfr. Cass. pen., sez. III, 3.4.1996, n. 54, punto 5.3. in diritto.

12 Cfr. sempre Cass. pen., sez. III, 3.4.1996, n. 54, ancora punto 5.3. in diritto.

13 Per questa impostazione cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, ora in ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all' "alternanza"*, Milano, 2001, 121 ss.

Se ne desume che le conseguenze penali della violazione della disciplina amministrativa, anche se accertabili dal g.o. sulla base di una nuova cognizione della fattispecie, non possono essere addossate a chi abbia riposto la propria fiducia sull'altrui condotta qualificata. Per quanto qui interessa, la fiducia è riposta sull'interpretazione del g.a. quale organo dotato delle competenze necessarie a stabilire se un'opera sia legittima o meno, tanto ai fini della sua demolizione che a quelli del sequestro preventivo disposto nell'ambito del processo penale¹⁴.

È agevole concludere come, così argomentando, sia fuorviante attribuire al giudicato amministrativo un'efficacia preclusiva dell'accertamento del g.o.: la questione non attiene, infatti, alle qualità intrinseche della sentenza, ma alle regole di condotta cui devono attenersi, sul piano istituzionale, giudici e parti.

La tesi non appare, tuttavia, del tutto convincente già sul piano della tutela dell'affidamento.

AmMESSO che essa operi anche nell'ambito dell'attività giurisdizionale, resta fermo che la legittima aspettativa dovrebbe essere ingenerata dallo stesso organo che contravviene al divieto di *venire contra factum proprium*. Pare tuttavia eccessivo sostenere che il g.a. ed il g.o. che si pronunciano sulla medesima vicenda siano qualificabili come un unico organo, o, in alternativa, come espressione di un'unica funzione: la prima opzione va esclusa per evidenti ragioni organizzative ed istituzionali; la seconda prova troppo, in quanto l'affidamento non viene ingenerato dall'astratta immagine di una funzione giurisdizionale sempre coerente con altri precedenti, ma dal fatto che il ricorrente vuole far valere a sua difesa una sentenza emessa nei propri confronti, ancorché dal giudice speciale.

¹⁴ In questi termini, pertanto, troverebbe applicazione il concetto di affidamento individuato da F. MERUSI, *op. cit.*, 127, come punto di incontro fra buona fede in senso oggettivo e soggettivo: richiamando testualmente il pensiero dell'A., l'affidamento consisterebbe «nell'aspettativa generata dall'altrui comportamento... e tutelata dal principio di buona fede che, in questo caso, prescrive che il successivo comportamento dell'affidante sia coerente con quello che, in precedenza, ha generato l'altrui fiducia».

Si potrebbe inoltre dubitare che la tutela dell'affidamento venga in rilievo ai fini del vincolo gravante sul giudice penale. Essa opera, infatti, quale criterio integrativo della condotta delle parti, sul presupposto che essa non sia compiutamente regolata dal legislatore, come avviene tanto per le attività contrattuali quanto per l'esercizio di alcune funzioni legislative ed amministrative¹⁵.

Nel caso in esame, tuttavia, gli artt. 2, 3 e 238 *bis* c.p.p. non sono affatto lacunosi: grava sul g.o. l'obbligo di valutare tutti gli elementi della condotta illecita, compresi quelli suscettibili di accertamento da parte dei giudici civili ed amministrativi, con la sola esplicita eccezione delle questioni inerenti a *status* di famiglia e cittadinanza. A tutto concedere, si potrebbe dunque richiedere un'interpretazione secondo buona fede dell'art. 238 *bis*, al fine di attribuire una particolare rilevanza probatoria alle risultanze del processo amministrativo e, dunque, onerare il giudice penale a motivare in maniera particolarmente analitica ed approfondita le ragioni per le quali non si riterrebbe persuasiva l'interpretazione emergente dal pregresso giudicato.

Ad ogni modo, i limiti della tesi sono comprovati anche dal fatto che altra parte della giurisprudenza fonda su differenti basi la ripercussione del giudicato amministrativo sul processo penale, giustificandone l'applicazione anche *in malam partem*.

In una recente sentenza, avente ad oggetto le conseguenze patrimoniali di un reato di lottizzazione abusiva, la Cassazione ha ritenuto di adeguare la propria decisione a quella del giudice amministrativo, già investito della controversia relativa alla contestata operazione immobiliare.

Si trattava di verificare se l'opera abusivamente realizzata fosse o meno conforme al piano di riferimento. Ad avviso della Cassazione, la cognizione del g.o. trovava un limite oggettivo nel pregresso giudicato. Qualora fosse «intervento sugli stessi profili di illegittimità dell'atto amministrativo che costituiscono il substrato del reato di costruzione abusiva o di lottizzazione abusiva, al giudi-

15 Si segue sempre l'impostazione, ancora attuale, di F. MERUSI, *op. cit.*, 251 s.

ce penale è precluso il sindacato di questi atti. Tale affermazione si pone, del resto, in coerenza con il più generale principio di non contraddizione nell'ordinamento giuridico»¹⁶.

La semantica che fa da cornice a questa sentenza non è, come nel primo caso, quella della tutela dell'affidamento, sia perché esso era pacificamente escluso dal giudizio di merito, sia perché lo scopo della Cassazione era quello di comprovare la piena coerenza fra giudicato amministrativo ed esito del processo penale, confermando l'illegittimità ed illiceità della lottizzazione.

Non si può tuttavia attribuire al principio di non contraddizione richiamato da quest'ultima pronuncia un valore idoneo a spiegare il fenomeno che si va esaminando. Se, infatti, si guarda al diritto positivo processuale, è agevole concludere come il principio invocato dalla Cassazione abbia un valore prevalentemente logico, ma non giuridico.

Le difformità fra giudicati sono infatti tollerate dal nostro ordinamento, specie se le sentenze sono state emanate da giudici di diversi plessi e fra parti diverse da quelle coinvolte nella controversia¹⁷.

La garanzia della non contraddizione fra pronunce è infatti stabilita nei limiti del *ne bis in idem* e dell'esigenza di evitare contrasti pratici fra giudicati, mediante la disciplina della litispendenza e della connessione (artt. 39 e 40 c.p.c.), della sospensione necessaria (art. 295 c.p.c.) della revocazione (art. 395 c.p.c.)¹⁸. La stessa disciplina degli artt. 2 e 3 c.p.p. conferma, da questa specifica angolazione, come la discrasia fra giudicati amministrativi e penali sia tollerabile, in quanto espressiva di un contrasto teorico e non pratico fra sentenze che sono esito di diversi tipi di processo: è possibile, in altri termini, che un atto il-

¹⁶ Cfr. Cassazione penale, sez. III, 21.2.2020, n.15949.

¹⁷ Diverse le conclusioni cui giunge F. FRANCIOSI, *L'accertamento del fatto*, cit., 102, secondo il quale sarebbe operante, nel nostro sistema, un principio generale «che impone coerenza e non contraddittorietà degli accertamenti giudiziali».

¹⁸ Al di fuori di questi casi, volti a prevenire il fenomeno, la stessa giurisprudenza civile risolve il problema sul piano empirico, assumendo che, in caso di contrasto pratico fra giudicati contrastanti sulla medesima questione, prevalga il secondo e più recente: cfr. Cass. civ., sez. I, 4.9.2019, n. 22073; Cass. civ., sez. trib., 19.10.2018, n. 26437; Cass. civ., sez. VI, 31.5.2018, n.13804.

legittimo non integri una condotta penalmente illecita, o che l'atto ritenuto legittimo sia considerato illegittimo ed illecito dallo stesso giudice penale¹⁹.

Si ha dunque la sensazione di un circolo vizioso: la tutela dell'affidamento del ricorrente-imputato sugli effetti di un giudicato favorevole non viene in rilievo ai fini di una reinterpretazione degli artt. 2 e 3 c.p.p., quanto ai fini della valutazione della sentenza ai sensi dell'art. 238 *bis* c.p.p.; il principio di non contraddizione, nel nostro sistema, è derogato dallo stesso legislatore, che ha tolto ogni rilievo alla pregiudizialità amministrativa nel giudizio penale.

3. La proposta ricostruttiva: l'efficacia *erga omnes* degli effetti eliminatori della sentenza di annullamento

A fronte del problema posto dalla giurisprudenza e della difficoltà di risolverlo attraverso argomentazioni per principi, si è tentato di elaborare una tesi che valorizzi gli orientamenti esaminati sulla base di una reinterpretazione del diritto positivo²⁰.

Non pare infatti dubbio che le sentenze della Cassazione esprimano l'esigenza di dare equilibrio ai rapporti fra giurisdizione amministrativa e penale, correttamente rifiutando le soluzioni estreme rappresentate dall'integrale separazione fra i due giudizi e dalla loro piena sovrapposizione. Il nodo da sciogliere è come valorizzare questi orientamenti a disciplina processuale invariata.

In una prospettiva familiare agli studiosi di diritto amministrativo potrebbe innanzitutto osservarsi come la tendenza ad individuare l'oggetto del giudizio amministrativo nel "rapporto" fra cittadini e p.a. determini un arricchimento degli effetti del giudicato, anche ai fini di connessi o successivi giudizi penali inerenti allo stesso episodio²¹.

19 Sulla differenza fra conflitti pratici e teorici cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 377 s. Sulla necessità di dare soluzioni più stabili al problema, a tutela della certezza del diritto, cfr. però anche il recente studio di M. GRADI, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari, 2020, specie 32 ss.

20 Anche sul punto si effettua un più ampio rinvio ad A. CASSATELLA, *Le ripercussioni*, cit., 507 ss.

21 Circa il dibattito relativo all'oggetto del processo amministrativo di legittimità, che qui non può essere ripercorso in tutti i suoi passaggi storici e teorici, cfr. almeno S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 104 ss.; R. VILLATA, *Processo ammini-*

Nell'ottica anzidetta, l'accertamento del g.a. supera il diaframma rappresentato dalla mera valutazione di conformità dell'atto alla norma e cade sul modo attraverso cui si è esercitato un potere, in rapporto alle prerogative individuali. Questo spiega perché il giudicato amministrativo possa assumere efficacia preclusiva rispetto agli elementi oggettivi della fattispecie di reato, nei quali viene appunto in rilievo il modo in cui si è esercitato il potere amministrativo²².

Il vero problema della tesi in esame non concerne, tuttavia, l'oggetto del giudicato, quanto la sua efficacia soggettiva.

Contro la ripercussione sembra infatti stagliarsi l'art. 2909 c.c., che limita gli effetti del giudicato civile – e, secondo la tesi prevalente, amministrativo – alle sole parti del giudizio, con tendenziale esclusione dei “terzi”, tutelati anche in sede amministrativa dal rimedio straordinario dell'opposizione²³. Da questo punto di vista, non possono che essere terze anche le Procure, in quanto estranee allo svolgimento del processo amministrativo e titolari di una funzione che non può certamente sovrapporsi a quella delle amministrazioni resistenti.

Si è dunque ritenuto che l'unica soluzione praticabile sia rappresentata dalla scissione degli effetti della sentenza di annullamento, distinguendo il piano dell'efficacia eliminatoria dell'atto (*erga omnes*) da quello dell'efficacia ripristinatoria e conformativa (*inter partes*)²⁴.

L'efficacia *erga omnes* dell'effetto eliminatorio dipende dal fatto che, attraverso di esso, viene colpito l'atto quale fonte di manifestazione del potere amministrativo nella fattispecie concreta, prima ancora che come fonte di effetti a carico della controparte privata che ha assunto le vesti del ricorrente innanzi al giudice amministrativo. Determinando la rimozione della manifestazione di un

strativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela, in *Dir. Proc. Amm.* 2021, 369 ss.

²² Restano ferme, sul punto, le osservazioni di M. NIGRO, *La giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, 1994, 236.

²³ Si tratta di un orientamento consolidato, per quanto non siano mancate voci dissonanti, come quelle di Salandra e, soprattutto, Guicciardi. Per una sintesi delle varie posizioni assunte in dottrina cfr. A. LOLLÌ, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, Milano, 2002, 49 ss.

²⁴ Cfr. A. CASSATELLA, *Le ripercussioni*, cit., 514 ss.

potere pubblico, l'annullamento non può che spiegare i propri effetti nei confronti di tutti i consociati, ancorché non si tratti di soggetti direttamente interessati all'esito della controversia, e, conseguentemente, di legittimati ad opporsi alla sentenza.

Viceversa, i soli effetti ripristinatori e conformativi del giudicato possono essere concepiti come fonte di obblighi riparatori a favore della parte ricorrente vittoriosa e dei relativi aventi causa, assumendo un'efficacia *inter partes* coerente con i principi desumibili dall'art. 2909 c.c. e la loro applicazione al processo amministrativo di legittimità. In tal senso si è ritenuto opportuno valorizzare l'orientamento che scinde «parte cassatoria della sentenza di annullamento — destinata a fare stato *erga omnes*, in quanto diretta ad eliminare dall'ordinamento il provvedimento amministrativo — e parte prescrittiva, che, contenendo l'accertamento di un determinato rapporto giuridico, produce effetti sempre limitati alle parti»²⁵.

Lo stesso può specularmente affermarsi, seppure a fini più limitati, per il giudicato di rigetto nel merito. Ove, infatti, si accerti la legittimità dell'atto, in quanto espressione di un potere pubblico, dovrà ritenersi che l'efficacia della pronuncia possa spiegarsi *erga omnes*²⁶.

Resta da chiarire come armonizzare queste conclusioni con gli artt. 2 e 3 c.p.p.

La soluzione proposta consiste nel negare che, a fronte di un giudicato di annullamento, sussista una vera e propria «questione» (pregiudiziale) di validità del provvedimento, e, dunque, la necessità di affidare al g.o. il potere di riquali-

25 Cfr., fra le altre, Tar Lazio, Roma, sez. II *bis*, 22.6.2017, n. 7339; Tar Lazio, Roma, sez. II *ter*, 6.3.2014, n. 2608; Cons. Stato, sez. IV, 21.5.2004, n. 3327; Cons. Stato, sez. IV, 30.6.2004 n. 4802.

26 Cfr. sempre A. CASSATELLA, *Le ripercussioni*, cit., 533 ss. Sul punto appare significativa, ancorché con la precisazione per cui processo amministrativo e civile riguardano le stesse parti, la tesi formulata dalla Cassazione in rapporto al potere di disapplicazione del provvedimento già ritenuto illegittimo da parte del g.a. Secondo la Cassazione, «la pronuncia di rigetto della domanda di dichiarativa dell'illegittimità copre il provvedimento impugnato, sia sotto l'aspetto dell'esistenza del potere dell'organo che ha emesso il provvedimento, sia della sostanza dello stesso, precludendo al g.o. ogni indagine al riguardo»: così Cass. civ., sez. III, 22.6.2005, n.13400. Cass. civ., sez. I, 3.2.1997, n. 982.

ficare la fattispecie sostanziale e di procedere ad una rinnovata interpretazione della disciplina amministrativa rilevante ai fini della configurazione del reato²⁷.

Il concetto di «questione» implica, infatti, che una determinata situazione di fatto o di diritto si debba ritenere ancora controversa ai fini della valutazione della liceità penale della condotta dell'imputato²⁸.

Ove, tuttavia, sulla situazione di fatto o di diritto sia già caduto il giudizio, con la sua capacità di fare «stato» *erga omnes* circa un determinato modo di esercitare il potere, non pare possa dirsi ancora sussistente una questione rispetto alla legittimità o meno dell'azione amministrativa oggettivamente intesa. Il secondo giudice potrà convenire o meno sulla soluzione data alla controversia dal g.a., ma il problema non attiene agli effetti della pronuncia, quanto alla qualità delle argomentazioni, ed è dunque irrilevante ai fini che qui interessano.

Restano ovviamente ferme le valutazioni inerenti agli ulteriori elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie penale, riservate al giudice ordinario.

4. Le implicazioni assiologiche della proposta formulata: il problema della ripercussione *in malam partem* e il perdurante valore della certezza del diritto

Nel precedente contributo dedicato al tema si è ritenuto che l'efficacia preclusiva della sentenza di annullamento o rigetto possa operare sia *in bonam* che *in malam partem*.

Nel primo caso, l'accertata illegittimità del provvedimento potrebbe escludere la contestazione e condanna per reati ricalcati sul modello generale dell'art. 650 c.p. o – nel caso in cui siano state annullate sanzioni edilizie – per reati inerenti alla costruzione di opere abusive o analoghi.

Nel secondo caso, proprio l'accertata illegittimità di un provvedimento impugnato da un terzo potrebbe invece determinare la condanna del funziona-

27 Si deve rinviare, ancora una volta, ad A. CASSATELLA, *Le ripercussioni*, cit., 536 ss.

28 Cfr. molto opportunamente L. CARLI, *Questioni incidentali (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XX-XVIII, Milano, 1987, 62, secondo il termine stesso «implica il riferimento a qualcosa di dubbio che, come tale, richiede di essere risolto ed è, perciò, suscettibile di una discussione più o meno approfondita».

rio o dell'amministratore pubblico per reati propri, quali i reati di falso, corruzione propria, abuso d'ufficio, come pure quella del cittadino per reati edilizi o analoghi. Anche il giudicato di rigetto potrebbe tuttavia operare *in malam partem*, come accade in tutte le ipotesi speculari in quelle in cui la sentenza di annullamento esclude l'esistenza del reato.

Sul piano assiologico, connesso alla tutela costituzionale del diritto di azione e di difesa, l'esito del ragionamento potrebbe lasciare perplessi. Se appare ragionevole sostenere che il giudicato favorevole possa avvantaggiare il ricorrente vittorioso anche innanzi al giudice ordinario, lo è meno ritenere che il mancato accoglimento del ricorso determini una significativa contrazione delle possibilità di ottenere una sentenza favorevole in sede penale.

Ancor più delicata è la situazione che si verifica a fronte dell'annullamento di un provvedimento su ricorso del terzo controinteressato sostanziale, con ripercussioni penali sia a carico della controparte privata – che può essersi comunque difesa nell'ambito del processo amministrativo, assumendo le vesti di controinteressato processuale – sia, e soprattutto, a carico di amministratori e funzionari, che non sono qualificabili come parte necessaria di quel giudizio.

Ci si può dunque chiedere se contrasti con il principio del giusto processo – declinato in rapporto alla necessità di un contraddittorio esteso a tutti gli elementi del reato – affermare la ripercussione negativa del giudicato amministrativo in tutti i casi in cui l'imputato non sia stato parte necessaria del giudizio amministrativo, né abbia preso parte ad esso mediante un intervento *ad opponendum*²⁹.

Il caso più rilevante riguarda, pertanto, la posizione di funzionari ed amministratori.

Nel precedente contributo si è ritenuto di risolvere il problema osservando come gli effetti del giudicato non comprimano il diritto di difesa dell'impu-

29 Per una risposta affermativa al quesito, basata sul rilievo per cui gli effetti del giudicato amministrativo su altri processi – compreso quello penale – avrebbero benefiche conseguenze sulla celerità della giustizia e sulla stessa certezza dei rapporti giuridici, a vantaggio dell'intera collettività, cfr. E. PICOZZA, *op. cit.*, 91 ss.

tato, dato che il funzionario e l'amministratore pubblico possono comunque contestare, in sede penale, le circostanze attinenti alle modalità attraverso cui le loro condotte hanno inciso nella formazione della decisione illegittima e, conseguentemente, hanno integrato le fattispecie di reato di volta in volta contestate³⁰.

La questione va tuttavia approfondita.

Nella chiave di lettura prescelta, facendo sempre salve le valutazioni del g.o. in ordine all'elemento soggettivo dei singoli illeciti, possono dibattersi in sede penale anche gli apporti causali di amministratori e funzionari sulla formazione di un provvedimento o di altro atto amministrativo illegittimo.

Per esemplificare, ove si ammetta che in sede amministrativa sia stato accertato il rilascio di un titolo edilizio illegittimo, resta da stabilire in sede penale se il responsabile dell'ufficio tecnico comunale imputato di abuso d'ufficio o corruzione propria abbia direttamente ed attivamente contribuito alla formazione della decisione. Si pensi alle ipotesi in cui si sia optato per un'interpretazione della disciplina legale palesemente erronea, si sia omissso o alterato volontariamente un accertamento istruttorio, sia stato volutamente disatteso un parere legale di segno opposto o simili³¹.

La soluzione si spiega anche per il fatto che questo tipo di valutazioni sono tendenzialmente estranee all'oggetto del giudizio amministrativo – quand'anche lo si voglia estendere al rapporto controverso – a fronte delle categorie ricostruttive che scindono la posizione della persona fisica titolare dell'organo o di funzioni rilevanti nell'ambito del procedimento da quella dell'apparato cui si imputano gli effetti delle singole decisioni³².

30 Cfr. sempre A. CASSATELLA, *Le ripercussioni*, cit., 532.

31 Per alcune applicazioni, specie con riferimento ai reati di corruzione propria, falso ideologico ed abuso d'ufficio, Cass. pen., sez. III, 8.4.2021, n.33419; Cass. pen., sez. III, 8.9.2020, n.26834; Cass. pen., sez. VI, 20.10.2016, n.3606; Cass. pen., sez. VI, 3.2.2016, n.6677.; Cass. pen., sez. VI, 4.2.2014, n. 23354.

32 Su questi aspetti cfr. da ultima C. DE NICOLA, *Illecito del dipendente e imputazione della responsabilità alla pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2021, 917 ss., nonché S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dei dipendenti pubblici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, 53 ss.; M.C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in questa *Riv.*

Lo iato fra personalità fisica (e capacità di agire) del singolo e personalità giuridica dell'amministrazione determina due alternative: *a)* le condotte dei funzionari non entrano a far parte del materiale probatorio su cui si basa la sentenza del giudice amministrativo, concentrata sulla valutazione della legittimità del provvedimento o degli atti prodromici alla sua emanazione; *b)* le condotte entrano a far parte del materiale probatorio, ma su di esse non cade il giudicato amministrativo, avente ad oggetto, anche nelle tesi più evolute, il rapporto fra ricorrente ed amministrazione, non quello fra ricorrente e funzionari o amministratori pubblici³³.

Inquadrata in questi termini, l'intera questione della ripercussione del giudicato amministrativo sul processo penale può spiegarsi in rapporto all'esigenza di garantire una maggiore certezza del diritto in rapporto all'interpretazione della disciplina amministrativa, senza sacrificare il diritto di difesa del soggetto che patisca, *in malam partem*, gli effetti della sentenza già emessa nei confronti dell'amministrazione.

L'esigenza di certezza si può cogliere, a propria volta, sotto due diversi profili.

Da un lato viene tutelata, attraverso gli effetti preclusivi del giudicato, la posizione di chi abbia fatto affidamento su di esso *in bonam partem*, così da non patire l'effetto "sorpresa" derivante dalla reinterpretazione della fattispecie da parte del giudice penale. Dall'altro, in termini più generali, sono disincentivate le pluriqualizzazioni della disciplina sostanziale relative all'episodio alla base del processo amministrativo e penale, consentendo di formulare una prognosi attendibile della conclusione del processo penale già sulla base del giudicato amministrativo.

sta, 2019, 39 ss.; M. MONTEDURO, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, in questa *Rivista*, 2021, 49 ss. e, se, si vuole, A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. Amm.*, 2018, 677 ss.

³³ Le uniche ipotesi in cui si può ravvisare un giudizio avente ad oggetto un rapporto fra ricorrente (o, meglio: attore) ed amministratori o funzionari sono quelle in cui si contesti innanzi al g.o. la responsabilità civile dei secondi, dovuta ad un'attività svolta al di fuori del nesso di imputazione organica con l'amministrazione. Cfr. sempre C. DE NICOLA, *op. cit.*, 925 ss.

Non si tratta di un'esigenza avulsa dal nostro ordinamento.

E' noto, a questo riguardo, come Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo abbiano chiarito come le fattispecie incriminatrici e le prassi interpretative legate alla loro applicazione debbano essere formulate e seguite in maniera rigorosa, al fine di consentire alle persone di comprendere in anticipo le possibili conseguenze delle proprie condotte e di evitare l'arbitrio giudiziale³⁴.

Ragionando nei termini anzidetti, pertanto, una rinnovata concezione dei rapporti fra giurisdizione amministrativa ed ordinaria – ossia, fra giudice specializzato nella cognizione della legittimità degli atti e giudice specializzato nella ulteriore cognizione della loro liceità – potrebbe garantire una più razionale gestione del contenzioso, se non l'inattingibile certezza del diritto.

³⁴ Su questi profili cfr. G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1406 ss.; M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1599 ss.; E. LUPO, *Sistema delle fonti, diritto giurisprudenziale e legalità penale*, in *Cass. Pen.*, 2022, 404 ss.; M. PICCARDI, *L'art. 7 Cedn quale possibile limite garantistico alla giurisprudenza creativa*, in *Dir. Dif.*, 2021, 835 ss.

MICHELE TRIMARCHI

Professore associato all'Università di Foggia

michele.trimarchi@unifg.it

BREVI OSSERVAZIONI SULLE *ASTREINTES* NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

REMARKS ON *ASTREINTES* IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS

SINTESI

L'articolo esamina l'istituto delle *astreintes* nel processo amministrativo in comparazione con la disciplina vigente nel processo civile. L'attenzione è rivolta alla collocazione sistematica delle *astreintes* tra gli strumenti di esecuzione delle sentenze amministrative, ai rapporti con la nomina del commissario *ad acta*, ai presupposti per la comminatoria. Rilievi critici sono da ultimo dedicati alla giurisprudenza sulla retrattabilità delle *astreintes*.

ABSTRACT

The paper examines the institution of the *astreintes* in the administrative hearings in comparison with the regulations in force in the civil process. The paper deals with the systematic placement of the *astreintes* among the instruments of execution of administrative judgments, the relationship with the appointment of the “commissario *ad acta*”, the conditions for the comminatoria. Critical remarks are finally dedicated to the jurisprudence on the retractability of *astreintes*.

PAROLE CHIAVE: esecuzione, condanna, coercizione indiretta

KEYWORDS: fulfillment, condemnation, indirect coercion

INDICE: 1. Premessa – 2. *Astreintes* e commissario *ad acta*. – 3. *Astreintes* e giudizio di cognizione. – 4. Presupposti sostanziali delle *astreintes*. – 5. Sulla stabilità delle *astreintes*.

1. Premessa

Le *astreintes* nel processo amministrativo sono misure coercitive indirette a carattere pecuniario che mirano a indurre l'amministrazione ad adempiere all'obbligo di eseguire il giudicato sancita a suo carico dal giudice dell'ottemperanza¹.

Lo strumento è stato introdotto con l'art. 114, comma 4, lett. e, c.p.a. il quale prevede che il giudice dell'ottemperanza, in caso di accoglimento del ricorso, *“salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo”*.

Alla disposizione è stato poi aggiunto un ultimo periodo, per il quale *“Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza; detta penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali”*. Ciò a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato (adunanza plenaria 25 giugno 2014, n. 15) che aveva ritenuto ammissibile la comminatoria delle penalità di mora anche in relazione alle sentenze di condanna aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria.

Dibattuta è la natura dell'*astreinte*. Pacificamente non si tratta di una forma di risarcimento: la comminatoria prescinde dalla sussistenza e dalla dimostrazione di un danno. La adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella citata pronuncia n. 15 del 2014 ha sposato la tesi che colloca l'*astreinte* “nell'ambito delle pene private o delle sanzioni civili indirette” al fine di sostenerne l'applica-

¹ “L'esecuzione indiretta rimedia ai limiti dell'esecuzione diretta in forma specifica tramite strumenti di coercizione — per lo più la minaccia di una conseguenza negativa di tipo patrimoniale — che mirano ad esercitare una pressione psicologica sul condannato/debitore recalcitrante, così da vincerne la resistenza all'attuazione dell'obbligo infungibile, ma anche dell'obbligo fungibile laddove il protrarsi dei tempi dell'esecuzione diretta pregiudichi oltre misura le esigenze del creditore”: S. MAZZAMUTO, *La coercizione indiretta*, in *Europa e diritto privato*, 2021, 480.

bilità alle sentenze di condanna al risarcimento del danno². Oggi, come si è visto, è la legge a consentire la comminatoria delle *astreintes* per l'inottemperanza di questo tipo di pronunce: con la conseguenza che, se per un verso la ricostruzione della natura della misura non dovrebbe più essere condizionata da questo obiettivo, per altro verso la discussione sulla natura riveste carattere essenzialmente teorico, e può essere in questa sede accantonata³.

2. *Astreintes* e commissario ad acta.

L'anno precedente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo la tecnica della esecuzione indiretta dei provvedimenti giudiziari di condanna aveva fatto ingresso nei rapporti di diritto privato, per effetto dell'art. 614-bis, c.p.c., il quale nella sua prima formulazione era rubricato "*Attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*" e stabiliva che "*con il provvedimento di con-*

2 Rileva infatti il Consiglio di Stato che l'ammissibilità delle *astreintes* in relazione alle sentenze di condanna pecuniaria non è "contraddetta dall'argomento equitativo su cui fanno leva i fautori della tesi restrittiva, richiamando il rischio di duplicazione di risarcimenti, con correlativa locupletazione del creditore e depauperamento del debitore. L'argomento è inficiato dal rilievo che la penalità di mora, come fin qui osservato, assolve ad una funzione coercitivo-sanzionatoria e non, o quanto meno non principalmente, ad una funzione riparatoria, come dimostrato, tra l'altro, dalle caratteristiche dei modelli di diritto comparato e dalla circostanza che nell'articolo 614 bis c.p.c. la misura del danno è solo uno di parametri di quantificazione dell'importo della sanzione. Trattandosi di una pena, e non di un risarcimento, non viene in rilievo un'inammissibile doppia riparazione di un unico danno ma l'aggiunta di una misura sanzionatoria ad una tutela risarcitoria. E', in definitiva, insito nella diversa funzione della misura, da un lato, che a tale sanzione, diversamente da quanto accade per i *punitive damages*, si possa accedere anche in mancanza del danno o della sua dimostrazione; e, dall'altro, che al danno da inesecuzione della decisione, da risarcire comunque in via integrale ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a., si possa aggiungere una pena che il legislatore, pur se implicitamente, ha inteso destinare al creditore insoddisfatto. Si deve soggiungere che la locupletazione lamentata, frutto della decisione legislativa di disporre un trasferimento sanzionatorio di ricchezza, ulteriore rispetto al danno, dall'autore della condotta inadempitiva alla vittima del comportamento anti-giuridico, si verifica in modo identico anche per sentenze aventi un oggetto non pecuniario, per le quali parimenti il legislatore, pur se non attraverso meccanismi automatici propri degli accessori del credito pecuniario (rivalutazione e interessi), prevede l'azionabilità del diritto al risarcimento dell'intero danno da inesecuzione del giudicato (art. 112, comma 3, cit.), in aggiunta alla possibilità di fare leva sul meccanismo delle penalità di mora. Anche sotto questo punto di vista, quindi, le sentenze aventi ad oggetto un dare pecuniario non pongono problemi specifici e non presentano caratteristiche diverse rispetto alle altre pronunce di condanna. Va soggiunto che la funzione deterrente e general-preventiva delle penalità di mora verrebbe frustrata dalla mancata erogazione della tutela in analisi ove vi sia già stato o possa essere assicurato un integrale risarcimento".

3 Per il panorama delle tesi e la loro approfondita discussione si v. S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 465 ss.

danna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile".

Il D.l. n. 83/2015, convertito dalla Legge n. 132/2015, ha modificato la rubrica della disposizione, che adesso recita "*Misure di coercizione indiretta*", quindi non limita più l'applicazione della misura coercitiva alle sentenze di condanna ad un fare infungibile o al non fare, e ha espressamente previsto nel corpo dell'articolo la non applicabilità delle *astreintes* agli obblighi consistenti nel pagamento di somme di denaro.

L'istituto vigente nel processo amministrativo e quello civilistico hanno in comune di costituire tecniche di esecuzione indiretta di sentenze che si servono della leva pecuniaria, ma presentano significative differenze, innanzitutto di collocazione sistematica.

Infatti nel processo amministrativo la comminatoria si colloca in un sistema nel quale, per le caratteristiche proprie del giudizio di ottemperanza, tutte le sentenze sono eseguibili in forma specifica con la tecnica surrogatoria costituita dalla nomina del commissario *ad acta*; mentre così non è nel processo civile, dove le sentenze di condanna ad un fare infungibile e a un non fare sono ritenute non eseguibili in via surrogatoria per ragioni di carattere materiale e anche giuridico (come noto, il concetto di infungibilità non ha solo una dimensione materiale)⁴.

⁴ Sulla base di questo rilievo è stato osservato che "le comminatorie, ancor prima delle differenze di dettaglio, già sul piano sistematico si collocano in un contesto del tutto peculiare che non sembra consentire facili riconduzioni ad un diritto processuale comune": S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 540.

La differenza non è di poco conto in quanto comporta che nel processo civile le *astreintes* colmano un vuoto di tutela esecutiva che nel processo amministrativo non esiste. Più esattamente, mentre nel processo civile vi è un ambito, quello dell'esecuzione delle sentenze di condanna al fare infungibile e al non fare, in cui la comminatoria è l'unico strumento esecutivo possibile (anche se, a seguito della modifica del 2015, non è più l'ambito di applicazione esclusivo della stessa), nel processo amministrativo questa concorre sempre con la tutela surrogatoria, dandosi quindi in via generale un cumulo di rimedi esecutivi⁵.

La concorrenza strutturale tra la tutela esecutiva comminatoria e quella surrogatoria rende particolarmente delicato nel processo amministrativo il rapporto tra le *astreintes* e l'intervento del commissario *ad acta*.

Secondo la pronuncia dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 9 maggio 2019, n. 7, la comminatoria della *astreinte* non priva il giudice dell'ottemperanza, fintanto che perdura l'inadempimento, del potere di disporre la nomina del commissario *ad acta*. L'insediamento del commissario però esaurisce la potestà dell'amministrazione di provvedere e dunque integra una ipotesi di "impossibilità soggettiva sopravvenuta" di esecuzione da parte dell'amministrazione stessa, il che "rende non più funzionale ed utile l'*astreinte*, sì da imporne la soppressione *ex nunc*". In altre parole, l'insediamento del commissario priva l'amministrazione del potere di provvedere e dunque la solleva dal corrispondente obbligo o dovere, cui era correlata l'*astreinte*, che pertanto deve essere rimossa.

Questa ricostruzione dei rapporti tra l'*astreinte* e il commissario *ad acta* non sembra compatibile con i principi fissati dalla successiva pronuncia dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 25 maggio 2021, n. 8, la quale, muovendo dal principio che il potere del commissario *ad acta* ha un fondamento diverso e autonomo dal potere dell'amministrazione (lo trova nella sentenza,

⁵ Proprio dal fatto che nel processo amministrativo la *astreinte* "si affianca, in termini di completamento e cumulo, alla tecnica surrogatoria", Cons. Stato, ad. plen., n. 15/2014 ha tratto argomento per concludere che in questo processo l'*astreinte* assume "una più marcata matrice sanzionatoria" rispetto al processo civile.

invece che nella legge), ha ritenuto che l'insediamento del commissario non comporta il trasferimento al medesimo del potere dell'amministrazione di provvedere in esecuzione della sentenza; il potere-dovere dell'amministrazione di eseguire il giudicato persiste dopo l'insediamento del commissario e, qualora l'amministrazione lo abbia esercitato, gli atti del commissario *ad acta* successivamente adottati sono inefficaci; come sono inefficaci gli atti di esecuzione adottati dall'amministrazione dopo che il commissario abbia provveduto.

Sulla base di questa ricostruzione, l'insediamento del commissario *ad acta*, proprio poiché non estingue il potere-dovere dell'amministrazione di eseguire la sentenza, certamente non rende impossibile la prestazione dell'amministrazione e dunque non comporta la perdita di funzione delle *astreintes*, come sostenuto dal Consiglio di Stato nella citata pronuncia del 2019.

La possibile concorrenza delle *astreintes* e del commissario – più esattamente, il fatto che la nomina e l'insediamento del secondo non determini l'ineroperatività delle prime – comporta una rivalutazione della coercizione indiretta tra gli strumenti esecutivi nel processo amministrativo che può esser salutata con favore.

È senz'altro vero, infatti, che la possibilità di sostituire l'amministrazione tramite il commissario *ad acta* rappresenta il più efficace strumento di esecuzione coattiva delle pronunce giudiziali poiché in grado di assicurare l'attuazione della sentenza malgrado la possibile e ferma contraria volontà dell'amministrazione; però – senza nulla togliere al valore e alla perdurante attualità della tutela tecnica surrogatoria, che stante l'ampiezza con cui è ammessa costituisce senz'altro una specificità da preservare del processo amministrativo – si deve anche considerare che l'attuale configurazione del giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione e del commissario *ad acta* come ausiliare del giudice dell'ottemperanza (art. 21, c.p.a.), rendono quantomeno problematico riconoscere a quest'ultimo il potere di agire oltre i confini di quanto accertato e prescritto dalla sentenza di cognizione; il che, poiché quest'ultima spesso non

definisce tutti gli aspetti del rapporto controverso, comporta che nella maggior parte il commissario, compiuti gli atti esecutivi, sia costretto a sollecitare l'amministrazione a definire la vicenda esercitando la discrezionalità non spesa.

In questo quadro non va sottovaluta l'utilità di uno strumento, come l'*astreinte*, che mira ad indurre l'amministrazione ad eseguire direttamente la sentenza, in quanto solo l'amministrazione, essendo istituzionalmente titolare del potere, può completare l'esecuzione con tutti i profili di accertamento e condizione, che si pongono al di là dei confini obiettivi del giudicato e che sono necessari per pervenire alla definizione del procedimento e, se del caso, a consegnare al ricorrente l'utilità finale.

3. Astreintes e giudizio di cognizione

Altra differenza che emerge dal confronto tra il processo amministrativo e quello civile è che, mentre la sanzione prevista dall'art. 614-bis, c.p.c., è adottata con la sentenza di cognizione che definisce il giudizio di merito, nel processo amministrativo la penalità è irrogata in sede di ottemperanza con la sentenza che accerta il già intervenuto inadempimento al comando giudiziale: con la conseguenza che nel processo civile la sanzione è ad esecuzione differita, in quanto la sentenza che la commina si atteggia a condanna condizionata (o in futuro) al fatto eventuale dell'inadempimento del precetto giudiziario nel termine all'uopo contestualmente fissato; mentre nel processo amministrativo l'*astreinte*, salva diversa valutazione del giudice, può essere di immediata esecuzione, in quanto è sancita da una sentenza che, nel giudizio d'ottemperanza di cui agli artt. 112 e seguenti c.p.a., ha già accertato l'inadempimento del debitore.

La scelta del legislatore di prevedere la comminatoria delle *astreintes* soltanto nel giudizio di ottemperanza, dove lo strumento potrebbe essere considerato meno utile stante l'esistenza di meccanismi di esecuzione diretta o surrogatoria, si spiega in quanto la coercizione indiretta presuppone sempre e comunque un dispositivo di condanna (l'art 614-bis, c.p.c., è chiarissimo in questo

senso), cioè un tipo di pronuncia che, secondo la tradizionale configurazione cassatoria del processo amministrativo, non si rinviene all'esito del giudizio di cognizione ma, appunto, solo al termine del giudizio di ottemperanza (la condanna ad eseguire la sentenza di cognizione, sia anche soltanto una sentenza di annullamento).

Tuttavia il sistema delle azioni esperibili oggi tracciato dal processo amministrativo ammette la possibilità che al termine del giudizio di cognizione siano adottate pronunce di condanna al risarcimento del danno, a provvedere in caso di silenzio, a rilasciare il provvedimento richiesto. Trattandosi di sentenza di condanna, non vi sono ostacoli di ordine logico a che le stesse, adottate in sede di cognizione, siano accompagnate dalla comminatoria delle *astreintes*. In questa direzione si è mosso il Consiglio di Stato con la citata pronuncia dell'adunanza plenaria n. 7/2019, secondo cui *l'astreinte* può essere comminata nel giudizio di cognizione non solo quando sia adottata sentenza di condanna, ma anche in presenza di sentenza di annullamento “ove il vincolo conformativo derivante dal contenuto accertativo o demolitorio della sentenza sia così stringente, in ragione del carattere non discrezionale della residua attività amministrativa, da imporre un adempimento in tempi prefissati, o sia comunque pronunciata una condanna”.

Oltre ad essere logicamente ammissibile, la comminatoria delle *astreintes* da parte del giudice della cognizione pare compatibile con le disposizioni processuali rilevanti, sebbene non espressamente prevista⁶. Come è stato osservato, se è vero che l'art. 114 c.p.a. attribuisce il potere di fissare l'*astreinte* al giudice dell'ottemperanza, è vero pure che l'art. 34, comma 1, lett. e) anticipa al giudizio di cognizione l'adozione delle misure idonee ad assicurare l'attuazione della sentenza. Certo, quest'ultima disposizione menziona solo la nomina del commissario, tuttavia “non esclude espressamente altre misure. Il riferimento alla nomina del commissario ad acta potrebbe allora trovare la sua spiegazione nel

⁶ Contra N. SPADARO, *Modificabilità dell'astreinte. Un quadro normativo e interpretativo che elide le potenzialità della misura coercitiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 149 s.

carattere maggiormente invasivo della misura sostitutiva. Se così fosse, si dovrebbe pure ammettere che il giudice della fase di cognizione possa garantire l'esecuzione delle sue pronunce attraverso tutti gli strumenti ammessi in sede di ottemperanza, dunque anche attraverso l'*astreinte*⁷⁷.

Anche l'adunanza plenaria n. 7/2019, dopo aver soppesato argomenti favorevoli o contrari (ai paragrafi 4.2.1. e 4.2.2.) ha concluso che "L'indicazione, nell'ambito dell'art. 34, del potere di nomina del commissario *ad acta*, lungi dal restringere la portata delle "*misure attuative del giudicato*" pronunciabili, su istanza di parte, dal giudice della cognizione, assolve, semmai, ad una finalità ampliatrice delle determinazioni adottabili in sede di merito, espressamente ricomprendendovi persino la più penetrante ed invasive delle misure, ossia la sostituzione dell'amministrazione. Inoltre, se è vero che in sede di ottemperanza è possibile calibrare l'entità della penalità di mora alla luce di un acclarato inizio di inadempimento, non può non evidenziarsi che è nella fase di cognizione che è compiuto l'accertamento della lesione della pretesa e delle modalità di realizzazione coattiva della riparazione e che, in ogni caso, l'anticipazione della misura attuativa del giudicato alla fase di cognizione non impedisce che essa possa rimodularsi in sede di ottemperanza".

L'*astreinte* comminata all'esito del giudizio di cognizione presenta il carattere della condanna *pro futuro* perché, al momento della comminatoria, non può logicamente sussistere inesecuzione da parte dell'amministrazione. Il che comporta, sotto questo profilo, una assimilazione all'*astreinte* conosciuta nel processo civile.

4. Presupposti sostanziali delle *astreintes*

Le *astreintes* disciplinate dal codice del processo amministrativo "presentano, almeno sul piano formale, una portata applicativa più ampia rispetto a quelle previste nel processo civile", in quanto la disciplina civilistica, sebbene

77 A. SCOGNAMIGLIO, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 450 ss., par. 3.

con la modifica del 2015 non limiti più l'impiego dello strumento all'inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile, comunque "contiene importanti delimitazioni dell'ambito di applicazione, dall'esenzione dei rapporti di lavoro alle obbligazioni pecuniarie, mentre quella pubblicistica appare aperta ad un qualsiasi adempimento derivante da una statuizione giudiziale cui l'amministrazione sia tenuta ad ottemperare"⁸.

Alla maggiore estensione dell'ambito di applicazione si aggiunge un più esteso margine di apprezzamento relativamente ai requisiti della comminatoria e alla quantificazione della somma. Infatti, il c.p.a. prevede, accanto al requisito positivo dell'inesecuzione della sentenza e al limite negativo della manifesta iniquità⁹, previsti anche dal 614 bis, che le *astreintes* non possono essere disposte se sussistono "*altre ragioni ostative*" apprezzate dal giudice. E, per quanto riguarda la quantificazione, non sono richiamati i parametri dell'art. 614 bis c.p.c., che fa riferimento al valore della controversia, alla natura della prestazione, al danno quantificato o prevedibile e a ogni altra circostanza utile.

Tutto ciò ha consentito di osservare che il legislatore "ha predisposto lo strumento con un massimo ambito di applicazione, ma ha lasciato l'apprezzamento della ricorrenza dei relativi presupposti ad una larghissima discrezionalità del giudice" e di prevedere che "ciò darà ovviamente spazio alla tradizionale «creatività» della giurisprudenza amministrativa e non potrà che ulteriormente asseverare l'autonomia dell'istituto nel contesto pubblicistico"¹⁰.

In effetti, la giurisprudenza amministrativa ha dato ampio sfogo alla sua creatività nella interpretazione delle clausole della non manifesta iniquità e delle altre ragioni ostative.

Per quanto concerne il requisito della non manifesta iniquità, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella pronuncia n. 7 del 2019 ha chiarito che il

⁸ S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 541.

⁹ Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali.

¹⁰ S. Mazzamuto, *op. loc. ult. cit.*

giudice deve compiere la relativa valutazione sull'importo massimo che la *astreinte* può raggiungere. Poiché questo importo cresce con il perdurare dell'inottemperanza, e quest'ultimo può in astratto prolungarsi all'infinito, occorre che il giudice individui sin dall'inizio l'importo massimo che la *astreinte* potrà raggiungere: se l'importo massimo non è definito, l'*astreinte* si presume iniqua¹¹.

I parametri per la fissazione del tetto massimo si ricavano dall'art. 614 *bis* c.p.c. (che menziona il valore della controversia, la natura della prestazione, il danno quantificato o prevedibile e ogni altra circostanza utile) i quali “sono espressione di un principio generale e fungono da comune denominatore nel procedimento di applicazione delle *astreintes*, qualunque sia la giurisdizione chiamata ad applicarle”. Tuttavia una *astreinte* adottata alla luce dei criteri previsti dall'art. 614 *bis* c.p.c. può comunque risultare iniqua, in quanto eccedente rispetto a “quanto necessario alla ragionevole cura dell'interesse creditizio”, se si considera la “sempre percorribile e risolutiva alternativa surrogatoria” rappresentata dalla nomina del commissario *ad acta*.

L'elaborazione giurisprudenziale è significativa anche in relazione alle “altre ragioni ostative”, alle quali è frequente il ricorso per limitare l'importo o escludere le *astreintes* nelle sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro.

A questo proposito Cons. Stato, ad. plen. n 15 del 2014 – dopo aver argomentato l'ammissibilità delle *astreintes* in relazione alle sentenze di condanna in ragione della “pregnanza dei canoni costituzionali di imparzialità, buona am-

11 “L'importo massimo, individuato in applicazione dei parametri e delle valutazioni indicate, è profilo essenziale e indefettibile dell'*astreinte*, sicché il giudice dell'ottemperanza deve porsi immancabilmente, in sede di determinazione dell'*astreinte*, il tema del valore tendenzialmente massimo della stessa, oltre che di quello minimo su base giornaliera. Ed è sul valore massimo che deve compiere in particolare la valutazione di non manifesta iniquità....privata dei limiti e del tetto massimo, la condanna “progressiva” difetta – questo il dato saliente – di una specifica valutazione in termini di coerenza rispetto ai parametri ed al requisito della manifesta iniquità, indi perde la natura di *astreinte*, per divenire pena manifestamente sproporzionata e priva di ogni aggancio a criteri oggettivi e predeterminati che possano giustificare un trasferimento coattivo di ricchezza così imponente”.

ministrazione e legalità che informano l'azione dei soggetti pubblici", i quali "qualificano in termini di maggior gravità l'inosservanza, da parte di tali soggetti, del precetto giudiziale, in guisa da giustificare la previsione di tecniche di esecuzione più penetranti, tra le quali si iscrive il meccanismo delle penalità di mora"¹² – si era data carico delle "peculiari condizioni del debitore pubblico" e "dell'esigenza di evitare locupletazioni eccessive o sanzioni troppo afflittive" per l'amministrazione, chiarendo che questi "costituiscono fattori da valutare non ai fini di un'astratta inammissibilità della domanda relativa a inadempimenti pecuniari, ma in sede di verifica concreta della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura nonché al momento dell'esercizio del potere discrezionale di graduazione dell'importo". In questa prospettiva l'adunanza plenaria aveva proposto di valorizzare il riferimento contenuto nell'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a., alla sussistenza di ragioni ostative per dare rilievo alle "difficoltà nell'adempimento collegate a vincoli normativi e di bilancio, allo stato della finanza pubblica e alla rilevanza di specifici interessi pubblici"¹³.

La giurisprudenza successiva ha considerato quali ragioni ostative alla comminatoria delle *astreintes* le "peculiari condizioni del debitore pubblico e le note difficoltà di adempimento evidenziate dall'Amministrazione. Difficoltà, come noto, legate, tra l'altro, alla perdurante crisi congiunturale che caratterizza

12 Prosegue il Consiglio di Stato: "In questo quadro va rimarcato che la previsione di cui all'art. 114, comma 4, lett. e, c.p.a., si inserisce armonicamente in una struttura del giudizio di ottemperanza complessivamente caratterizzata, proprio per la specialità del debitore, da un potere di intervento del giudice particolarmente intenso, come testimoniato dall'assenza del limite dell'infungibilità della prestazione, dalla previsione di una giurisdizione di merito e dall'adozione di un modello surrogatorio di tutela esecutiva".

13 S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 542 s.: "In qualche modo, la stessa Adunanza consente che tale preoccupazione, per così dire, rientri dalla finestra: « la considerazione delle peculiari condizioni del debitore pubblico, al pari dell'esigenza di evitare locupletazioni eccessive o sanzioni troppo afflittive, costituiscono fattori da valutare non ai fini di un'astratta inammissibilità della domanda relativa a inadempimenti pecuniari, ma in sede di verifica concreta della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura nonché al momento dell'esercizio del potere discrezionale di graduazione dell'importo ». Se si considera l'ampiezza della clausola del « manifestamente iniquo » e ancor più quella delle « ragioni ostative », ben si comprende come, seppure per altra via, sia possibile approdare a risultati simili: è significativo, ad es., che la giurisprudenza, dopo essersi piegata all'orientamento da ultimo richiamato dell'Adunanza, sia stata poi subito pronta a valorizzare siffatto percorso alternativo".

questa delicata fase dell'economia", oppure la possibilità di nomina di un commissario *ad acta* che si sostituisca all'amministrazione eliminando rapidamente l'inerzia (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 novembre 2020, n.11279)¹⁴.

La tendenza della giurisprudenza ad utilizzare in modo restrittivo le clausole della non manifesta iniquità e delle altre ragioni ostative si spiega alla luce della larghezza dell'ambito di applicazione delle *astreintes* nel processo amministrativo, e in particolare della scelta della stessa a.p. e del c.p.a. di non escludere le a. dalle sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro, come ha fatto invece il giudice civile.

Ciò non significa che l'atteggiamento della giurisprudenza possa esser del tutto condiviso.

Considerare l'esistenza della alternativa surrogatoria (nomina del commissario) come elemento di valutazione della non manifesta iniquità della *astreinte*, dunque come possibile ragione ostativa alla applicazione della stessa, rischia di precludere in via generale l'utilizzo della comminatoria, in quanto l'alternativa surrogatoria è sempre presente nel processo amministrativo e dunque immanente in ogni controversia. Lo stesso effetto può avere la considerazione delle condizioni del debitore pubblico nell'ambito della valutazione della non manifesta iniquità delle *astreintes*, atteso che la situazione di sofferenza dell'erario – soprattutto se intesa nel senso generico utilizzato dalla giurisprudenza – rappresenta un dato patologico ben radicato nel sistema, per non dire strutturale. Rimane ben poco dell'affermazione di principio (contenuta, come visto, nella pronuncia dell'adunanza plenaria n. 15/2014) che l'inesecuzione della pubblica amministrazione è più grave di quella dei privati e quindi merita strumenti di contrasto più incisivi.

¹⁴ Oppure che "Nell'esercizio dell'ampio potere discrezionale proprio del Giudice dell'ottemperanza, la condanna alle c.d. *astreintes* collegate al mancato pagamento di spese legali a favore dell'avvocato patrocinante è manifestamente iniqua e dunque contraria al disposto dell'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a., perché l'obbligazione che viene in causa trova il suo unico titolo nel provvedimento del G.O. ed è assistita da un complesso di specifiche tutele, a garanzia dell'adempimento" (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 17 febbraio 2020, n.2072).

5. Sulla stabilità delle *astreintes*.

Il codice nulla dice sulla stabilità della *astreinte* e sulla sua eventuale retrattabilità e la giurisprudenza ha dovuto colmare il vuoto.

Il Consiglio di Stato (adunanza plenaria n. 7/2019) ha sostenuto che il contenuto composito del giudizio di ottemperanza si riflette sul regime e sulla stabilità delle statuizioni contenute nella sentenza adottata in esito al medesimo. E così, mentre le statuizioni “aventi contenuto d’accertamento, integrativo della sentenza ottemperanda” sono suscettibili di passare in giudicato (la pronuncia si riferisce alla declaratoria di nullità per violazione o elusione giudicato o ad alcune modalità di esecuzione come la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo), il giudicato sostanziale non riguarda “le statuizioni accessorie di carattere meramente strumentale rispetto alla materiale esecuzione del precetto, cristallizzatosi a seguito della fase di cognizione e di attuazione”, tanto che esse attivino strumenti surrogatori come il commissario *ad acta* quanto strumenti compulsori come le *astreintes*.

Le statuizioni strumentali, “a cagione del loro continuo e fisiologico raccordo con l’evoluzione dei fatti pertinenti”, non possono che essere soggette al “permanente potere del giudice di controllo e di governo dello svolgersi della fase esecutiva, che si consuma solamente ad avvenuta esecuzione del giudicato”. Per cui “tutte le volte in cui le misure strumentali [...] siano incise, nella loro efficacia, da fatti o circostanze sopravvenute”, esse devono “poter essere ricalibrate dal giudice dell’ottemperanza in modo da preservarne il predetto nesso di strumentalità”. Concretamente, questo significa che, se l’amministrazione deduce (e dimostra) la sopravvenuta impossibilità della prestazione alla quale è tenuta per effetto del giudicato, “la funzione di stimolo e quella sanzionatoria, proprie dell’*astreinte*, non ha più ragion d’essere”, per cui la stessa “ove non elisa o adeguata, si trasformerebbe in uno strumento di coattivo trasferimento di ricchezza privo di ogni valida causa”.

L'adunanza plenaria ha invece escluso, in linea di massima, che in assenza di sopravvenienze l'amministrazione possa chiedere e ottenere il riesame della *astreinte*, stante "l'esigenza di certezza e conseguente stabilità e irretrattabilità dell'*astreinte*, indispensabile perché essa possa svolgere efficacemente la sua funzione compulsoria. È infatti la finalità stessa dell'*astreinte*, quale misura volta a sollecitare l'adempimento della statuizione giudiziale, a postularne la stabilità e la irretrattabilità, poiché, a diversamente ritenere, verrebbe incisa la vincolatività del precetto ausiliario potendo in ogni tempo la parte soccombente confidare in una sua revisione, peraltro non senza una intuibile proliferazione di contenzioso".

Ma l'intervento sulla *astreinte* da parte del giudice di ottemperanza "anche a prescindere dal ricorrere di sopravvenienze" deve essere sempre ammesso qualora il giudice abbia omesso di valutarne la non manifesta iniquità non avendo determinato un tetto massimo dell'ammontare della misura coercitiva. In questo caso la *astreinte* "perde la propria funzione compulsoria e diviene invece fonte di sproporzionata e iniqua locupletazione del privato in danno della controparte" ponendosi "con i principi cardine di garanzia in materia sanzionatoria (dalla quale l'*astreinte*, in quanto partecipe anche di tale natura, non può considerarsi affrancata) come noto mutuabili da quelli penali, ...i quali pretendono anche alla luce di un concetto rafforzato di legalità e dei connessi corollari della chiarezza, intellegibilità e prevedibilità della regola di diritto...che sia sempre prefissato o comunque oggettivamente predeterminabile il massimo edittale".

La sede per la revisione della *astreinte* è individuata nel ricorso per "chiarimenti". I chiarimenti, secondo il Consiglio di Stato, "sono la sede naturale ove valutare le sopravvenienze, posto che essi riguardano proprio le modalità applicative della minaccia, id est la concreta determinazione della sanzione alla luce del comportamento successivo delle parti e delle sopravvenienze fattuali e giuridiche. Oggetto pacificamente sussumibile nell'ampio concetto di "modalità d'ottemperanza" di cui all'art. 112 comma 5 c.p.a."

Il ricorso per chiarimenti è considerato la sede opportuna per la riforma della *astreinte* anche in assenza di sopravvenienze, ma per grave iniquità, in quanto in tal caso “a ben vedere non si tratta di un riesame della valutazione equitativa innanzi fatta, o di un gravame sotto mentite spoglie, ma della richiesta di applicazione di un tetto massimo e della correlata valutazione di non manifesta iniquità originariamente omessa, che si rende necessaria alla luce della situazione di fatto quale concretamente determinatasi a seguito delle vicende successive alla determinazione originaria dell’*astreinte*. Non c’è modifica del criterio progressivo o degli importi, ma fissazione del limite oltre il quale l’*astreinte* non può andare, pena lo snaturamento e la sua inapplicabilità. Il ricorso per chiarimenti, in ragione dell’ampia perimetrazione legislativa, può certamente ricomprendere nel suo oggetto tale richiesta. Del resto, in casi siffatti, esso è utile a prevenire l’eventuale successivo reclamo avverso gli atti del commissario 114 comma c.p.a. che le parti avrebbero comunque titolo a proporre.”

La pronuncia presenta diversi aspetti critici.

Limitando qui l’attenzione ai principali, appare discutibile che la comminatoria delle a. non sia suscettibile di passaggio in giudicato.

Il Consiglio di Stato lo afferma sostanzialmente assimilando questa pronuncia alle pronunce di ordine meramente processuale che, non contenendo alcun profilo di accertamento del rapporto controverso, si ritiene pacificamente siano inidonee al giudicato sostanziale. È stato però persuasivamente osservato che la pronuncia relativa alle a. sottende lo svolgimento di una vera e propria attività cognitoria da parte del giudice, attività richiesta dalla stessa disciplina delle *astreintes* laddove individua i requisiti della non manifesta iniquità e della inesistenza di altre ragioni ostative¹⁵.

Il passaggio in giudicato della pronuncia che dispone le *astreintes* impedisce di assegnare rilievo a successive valutazioni sulla originaria iniquità della medesima.

15 N. SPADARO, op. cit., par. 4.

La conclusione potrebbe essere meno drastica in presenza di sopravvenienze in quanto è notoriamente discusso il rapporto tra la cosa giudicata sostanziale e i fatti sopravvenuti. Ma qui emerge in tutta la sua gravità il problema della assenza di un rimedio idoneo alla contestazione della *astreintes* davanti al giudice che l'abbia disposta, sul modello del reclamo avverso gli atti del commissario. Appare infatti una forzatura assegnare questo ruolo al ricorso per chiarimenti, il quale – prevede la legge – “può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza”. Si tratta cioè di uno strumento che presuppone la avvenuta fissazione delle modalità di ottemperanza e che serve per agevolare l'interpretazione del dictum giudiziale: nulla di più, in quanto se in sede di chiarimenti il giudice riscrive la sentenza di ottemperanza è chiaro che ne verrebbe contraddetta l'irretrattabilità che le è propria.

Va comunque segnalato che il problema è meno grave di quanto possa apparire a prima vista. Se una sopravvenienza rende impossibile l'attuazione del giudicato, a ben guardare tale impossibilità sopravvenuta non rifluisce solo sulla comminatoria della *astreinte*, ma investe nel suo complesso l'obbligo della amministrazione di eseguire la sentenza di condanna; il che, come spiegato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato in un'altra importante pronuncia (ad. plen. 12 maggio 2017, n. 2), produce l'effetto di convertire l'obbligazione di adempiere in forma specifica in una obbligazione risarcitoria per equivalente, sempre che il ricorrente abbia proposto, anche in via meramente subordinata, l'azione risarcitoria di cui all'art. 112, comma 3, c.p.a.. A quel punto l'*astreinte* fungerà da mezzo di coercizione indiretta della sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro che sarà pronunciata dal giudice dell'ottemperanza.

FRANCESCO FOLLIERI

Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche e dell'Impresa della LUM "Giuseppe Degennaro" di Casamassima (BA)

follieri@lum.it

DISAPPLICAZIONE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO E GIUDICATO

NON-ENFORCEMENT OF THE ADMINISTRATIVE ACT AND RES JUDICATA

SINTESI

Scopo del presente scritto è di cogliere se e come la disapplicazione di un atto amministrativo pronunciata dal giudice amministrativo sia oggetto del giudicato: in altre parole se la portata oggettiva del giudicato includa anche la disapplicazione.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to grasp whether and how the disapplication of an administrative act pronounced by the administrative court is the object of the judgement: in other words, whether the objective scope of the judgement also includes disapplication.

PAROLE CHIAVE: Disapplicazione, atto amministrativo, giudicato, processo amministrativo,

KEYWORDS: Disapplication, administrative act, adjudication, administrative process

INDICE: 1. Introduzione – 2. La giurisprudenza del g.a. sulla disapplicazione – 3. La disapplicazione come pronuncia costitutiva oggetto di giudicato – 4. Dall'efficacia di giudicato al principio dispositivo e ritorno

1. Introduzione

Lo scopo del presente scritto è cogliere se e come la disapplicazione di un atto amministrativo pronunciata dal giudice amministrativo sia oggetto del giudicato: in altre parole se la portata oggettiva del giudicato includa anche la disapplicazione. Si tratta di un tema sostanzialmente negletto dalla dottrina e

dalla giurisprudenza sul processo amministrativo¹. Il tema è stato invece indagato dalla dottrina (meno dalla giurisprudenza) che si è occupata della disapplicazione da parte del giudice ordinario. A questo scopo, la riflessione ha distinto la *disapplicazione in via principale* dalla *disapplicazione in via incidentale*².

In primo luogo, il giudice ordinario può disapplicare l'atto direttamente lesivo di un diritto soggettivo. In questo caso, prefigurato dall'art. 4, co. 1, l. ab. cont. («quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa»), al giudice ordinario è permesso esclusivamente «conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio» (art. 4, co.1, l. ab. cont.), ma gli è vietato annullare, revocare o modificare l'atto amministrativo. Sicché «*in questo [caso]*» il giudice applica gli atti amministrativi (di qualunque natura) «in quanto conformi alle leggi» (art. 5 l. ab. cont.) e perciò dis-applica quelli non conformi alle leggi, cioè illegittimi³.

1 Cfr. le considerazioni in proposito di F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2005, 241 s.; ID., *Disapplicazione*, in *Enc. dir.*, Milano, Ann. III, 2010, 295.

2 Tale conclusione è l'approdo di una lunga riflessione della dogmatica a proposito dei casi in cui il giudice ordinario può disapplicare l'atto amministrativo. Su tale evoluzione, si veda la ricostruzione di S. PERONGINI, *La disapplicazione e le invalidità che ne costituiscono il presupposto*, in AA. VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 3999 ss.

3 Sulla base di un'interpretazione comparativa tra art. 5 l. ab. cont. e art. 24 della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, in realtà, si traeva una distinzione tra la «conformità alle leggi» su cui era chiamato a pronunciarsi il giudice ordinario e la «legittimità» su cui era chiamato a pronunciarsi il giudice amministrativo: l'«illegalità» corrispondeva alla violazione di legge e all'incompetenza, mentre l'«illegittimità» ricomprendeva anche l'eccesso di potere. Se ne inferiva che al giudice ordinario era precluso disapplicare il provvedimento viziato da eccesso di potere. Sul punto cfr. V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, vol. III, 1901, 807; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (rist. dell'ed. del 1914), 696; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia sulla pubblica amministrazione*, Milano, IV ed., 1934, 337 s.; M. D'AMELIO - SANTI ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 182; F. D'ALESSIO, *Le leggi sulla giustizia amministrativa commentate*, Torino, 1938, 77; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, VIII ed., 1958, II, 163; R. RESTA, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1942, I, 74; G. SALEMI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1941, I, 95; U. FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo. Parte generale*, vol. II, *Il rapporto - La teoria degli atti*, Napoli, II rist. della IV ed., 1950, 184 e 195; G.P. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milano, 1958, 88.

Cfr. le ricostruzioni di L. MAROTTA, *Il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo*, Napoli, 1976, 45 ss., spec. 55 ss.; F. BASSI, «Conformità» alle leggi e «legittimità» dell'atto amministrativo, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 61 ss.

La dicotomia fra legittimità e legalità viene costruita anche con riferimento all'oggetto. Legittimo è il provvedimento, legale l'attività o l'azione o il comportamento dell'amministrazione: G.

Si tratta di ipotesi marginali, per via dell'idea secondo cui il provvedimento amministrativo degrada i diritti soggettivi ad interessi legittimi o comunque perché il potere amministrativo di regola si relaziona con gli interessi legittimi, ad eccezione dei c.d. diritti indegradabili (come il diritto alla salute). In queste rare ipotesi, la questione di illegittimità dell'atto amministrativo è la (o almeno una) questione principale del giudizio. Sicché, secondo la dottrina, quando il giudice

MORBIDELLI, *Legittimità e legalità nell'attività amministrativa (con particolare riguardo alla disciplina dell'abuso d'ufficio)*, in AA.VV., *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 1994, vol. II, 1017 ss. L'A fa, però, coincidere il parametro delle due qualificazioni. Cfr., comunque, le critiche rivolte a questa tesi da F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, Agg. VI, 2002, 92.

Il limite alla cognizione del giudice ordinario viene però superato dalla dottrina sulla base di argomenti diversi. Senza alcuna pretesa di completezza, E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, rist. anastatica della III ed., 1957, 340 e s.; R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, III ed., 1974, II, 773 s., e F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli, 1963, 222, fanno leva sull'unità della nozione di legittimità. A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1961, 186; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1969, II, 1259 s., e M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, III ed., 1983, 257, invece, appuntano la loro critica sull'art. 113 Cost.

Cfr., invece, E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 166 ss., con cui concorda G. CORSO, *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, XLVI, 1993, 93 ove si distingue tra sindacato dell'A.G.O. in via principale, in base al quale il provvedimento può essere conosciuto in quanto illecito, e in via incidentale, dove l'atto amministrativo rileva quale titolo della pretesa fatta valere. Nel primo caso, secondo Cannada Bartoli, il giudice non può conoscere dell'eccesso di potere, nel secondo caso non avrebbe ragion d'essere alcuna limitazione. Con A. ROMANO, *Commento*, pp. 244 e s., si potrebbe dire che il giudice ordinario non conosce nel primo caso della violazione di norme d'azione (illegittimità), ma di violazione di norme di relazione (illiceità) e che, per ragioni strutturali, è escluso il sindacato per eccesso di potere. Sicché l'illegalità che si fa valere dinanzi al giudice ordinario (a seconda dei casi distinti da Cannada Bartoli) è il *genus*, corrispondente all'antigiuridicità, comprensivo dell'illegittimità (violazione di norme d'azione) e dell'illiceità (violazione di norme di relazione) del provvedimento. Cfr. sul punto di recente S. PERONGINI, *La disapplicazione e le invalidità*, cit., 4003 ss. Tale tesi, seppure suggestiva, confonde tuttavia due piani: il piano dell'accertamento, da parte del g.o., dell'illecito della p.a. (la cui antigiuridicità risiede nella violazione di norme primarie o regolative o di relazione, che dir si voglia) e il piano dell'accerto dell'illegittimità del provvedimento (che risiede nella violazione di norme secondarie o costitutive o di azione, che dir si voglia). L'illegittimità del provvedimento è solo una parte dell'illiceità della condotta della p.a. di cui si occupa il g.o.: è un elemento dell'illecito dell'amministrazione. Sicché affermare che il g.o. giudica dell'illiceità del provvedimento confonde il piano dell'illiceità e quello dell'illegittimità. Se l'illegittimità del provvedimento è elemento dell'illecito, essa non può essere "frazionata" o scissa, sulla base di molteplici argomenti, di diritto positivo (per cui si vedano gli autori già richiamati innanzi) e di teoria generale, su cui sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 40 ss. e 89 ss.

conosce di un atto lesivo di un diritto soggettivo in una controversia fra cittadino e p.a.:

(a) conosce in via principale dell'illegittimità dell'atto amministrativo;

(b) (quindi) ne conosce con efficacia di giudicato⁴, tanto che l'art. 4, co.2, l. ab. cont. obbliga l'amministrazione a conformarsi a quel giudicato, eliminando gli effetti dell'atto che il giudice ordinario ha considerato illegittimo⁵.

La disapplicazione in questa ipotesi è una *disapplicazione in via principale*. Proprio per la sua natura principale, si ritiene che tale disapplicazione non sia un potere officioso, ma ad esclusiva istanza di parte: all'attore è accollato l'onere di introdurre le censure di illegittimità e di dimostrarle⁶.

Il giudice ordinario conosce anche dell'atto amministrativo che viene in rilievo in una controversia tra privati, cioè in una controversia in cui l'amministrazione non è parte, o in cui l'atto amministrativo sia solo il fondamento della

Discorso a parte è quello del sindacato di legittimità del giudice penale: la disapplicazione è, infatti, utilizzata per integrare elementi della fattispecie criminosa. Si veda R. VILLATA, *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980, 108 ss., per la distinzione circa l'efficienza del provvedimento negli elementi del reato. Più di recente, sull'intera tematica, P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, 1999, 212 ss.; S. PERONGINI, *La disapplicazione e le invalidità che ne costituiscono il presupposto*, cit., 4017 ss.

Per un *excursus* giurisprudenziale sul superamento del limite cognitorio del giudice ordinario, cfr. F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, XII, 1989, 11.

4 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, III ed., 233 ss.

5 Per la verità, l'art. 4, co.2, l. ab. cont. è stato interpretato in maniera molto più estensiva, fornendo materiale per gli argomenti che hanno aperto la strada al giudizio di ottemperanza anche delle sentenze del giudice amministrativo (e non solo di quelle del giudice ordinario, come inizialmente previsto dall'art. 4, n. 4, legge 31 marzo 1889 n. 5992) come creazione pretoria: le amministrazioni devono conformarsi a qualunque giudicato, incluso quello del giudice amministrativo – estensione dapprima limitata alle sentenze del g.a. sui diritti soggettivi (per analogia all'art. 4, co. 2, l. ab. cont.) e poi a tutte le sentenze del g.a. Su questa evoluzione, cfr. A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi al giudicato*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, 1962, ora in ID., *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, vol. V, 439 ss.; più di recente, A. TRAVI, *Il giudizio di ottemperanza (profili generali)*, in *Diritto Online Treccani*, 2013, §1.

6 Per tutti, E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 157 ss. Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, 1973, 255 s., secondo cui proprio per questa configurazione non si tratterebbe di vera e propria disapplicazione, quando questa è pronunciata in via principale sul provvedimento lesivo.

pretesa del privato nei confronti dell'amministrazione, non la fonte della lesione lamentata⁷.

Un atto amministrativo può rilevare in una controversia di questo genere per tre ragioni:

1. l'atto amministrativo è o compone il fatto costitutivo del diritto azionato;
2. l'atto amministrativo è o compone il fatto estintivo o preclusivo della pretesa attorea, eccetto dal convenuto;
3. più genericamente, l'atto amministrativo riguarda la medesima vicenda portata all'attenzione del giudice ordinario⁸.

Siccome l'art. 5 l. ab. cont. estende la disapplicazione ad «ogni altro caso» («*altro*» rispetto a quello in cui il diritto sia stato leso dall'autorità amministrativa *ex* art. 4, co. 1, l.ab. cont.) e siccome il divieto di annullamento, revoca o modifica dell'atto ha ragion d'essere *a fortiori* rispetto ad un atto non direttamente oggetto del giudizio, dottrina e giurisprudenza ritengono che anche in questa ipotesi il giudice ordinario possa solo disapplicare il provvedimento illegittimo.

In tutte le ipotesi indicate, secondo la giurisprudenza e una parte della dottrina, la questione di illegittimità dell'atto amministrativo è un antecedente logico-giuridico per la soluzione della controversia, cioè una questione pregiudiziale⁹. Sicché, la giurisprudenza e una parte maggioritaria della dottrina, senza avvertire differenze fra i tre casi, ritengono che in una controversia tra privati:

7 Cfr. L. MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, 1960, 41 ss., secondo cui questa è l'unica ipotesi in cui il giudice ordinario conosce della legittimità di un atto amministrativo.

8 Per questa casistica, E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 115 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 256; R. VILLATA, «Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale, Milano, 1980, 31 ss. Discorso a parte è quello relativo alla disapplicazione operata dal giudice penale, su cui si veda, per tutti, R. VILLATA, *op. ult. cit.*

9 Già E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 119 e 127 ss.

(a) il giudice conosce *incidenter tantum* della legittimità dell'atto amministrativo, perché è privo della giurisdizione su quell'atto (*arg. ex art. 34 c.p.c.*);

(b) (quindi) ne conosce senza efficacia di giudicato¹⁰.

Si parla, perciò, di *disapplicazione in via incidentale*, la quale può essere anche officiosa (diversamente da quella in via principale)¹¹.

In verità, altra dottrina distingue il modo in cui l'atto viene in rilievo nella controversia fra privati al fine di determinare la portata dell'accertamento del giudice sulla illegittimità dell'atto amministrativo. Secondo questa idea, se l'atto è o compone il fatto costitutivo, estintivo o preclusivo del diritto azionato, la soluzione della questione di illegittimità dell'atto ed eventualmente la sua disapplicazione sono coperte dal giudicato, giacché questo copre l'accertamento (positivo o negativo) dei fatti costitutivi, estintivi e impeditivi del diritto (ossia la *causa petendi e decidendi*)¹²⁻¹³. Quando, invece, l'atto disciplina la stessa vicenda dedotta in giudizio, ma non è la fonte dei diritti e degli obblighi fatti valere, il giudice non conosce della legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, non viene in rilievo la disapplicazione¹⁴. Salvo che il diritto positivo non preveda altrimenti-

10 In questi termini, L. MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, loc. cit.; cfr. la ricostruzione di R. VILLATA, "Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale, cit., 28 ss.; F. FRANCIOSI, *Art. 5 l. ab. cont. amm.*, in A. ROMANO - R. VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, III ed., 82; F. CINTIOLI, *Disapplicazione*, cit., 274 s.

11 Per tutti, E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 131 ss.; F. CINTIOLI, *Disapplicazione*, cit., 275.

12 R. VILLATA, "Disapplicazione", cit., 78.

Sull'estensione dell'efficacia oggettiva del giudicato alla *causa petendi*, oltre che al *petitum*, cfr. C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 129 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 189 ss.; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, 31 ss.

13 Tale giudicato è ovviamente limitato sul versante soggettivo alle parti e ai loro eredi o aventi causa (con esclusione quindi dell'amministrazione).

14 R. VILLATA, "Disapplicazione", cit., p. 92.

Tuttavia, all'interno di queste controversie, bisogna distinguere: (a) il caso in cui il provvedimento disciplina il rapporto giuridico dedotto in giudizio per effetto delle stesse norme e agli stessi fini invocati innanzi al giudice ordinario; (b) il caso in cui il provvedimento riguarda il medesimo fatto concreto, ma non disciplina il rapporto giuridico dedotto in giudizio e non è la fonte dei diritti e degli obblighi fatti valere.

Nell'ipotesi sub (a) (il provvedimento disciplina il rapporto giuridico dedotto in giudizio), infatti, il g.o. viene chiamato ad una disapplicazione in via principale, solitamente impedita dal difet-

ti, l'atto amministrativo è semplicemente irrilevante: al più potrebbe costituire un argomento di prova per i fatti o un argomento per sostenere una certa qualificazione giuridica di quei fatti.

Questo modo di impostare la questione, ossia cogliere la natura o se si preferisce il ruolo della questione di disapplicazione dell'atto amministrativo per desumerne se essa rientra nell'efficacia imperativa della sentenza¹⁵, deriva dall'impostazione "classica" dei limiti oggettivi del giudicato: il giudice decide con efficacia di giudicato sulla domanda, ossia sul *petitum* (formale e sostanziale) e sulla *causa petendi*; le eventuali questioni pregiudiziali sono decise con efficacia di giudicato solo se imposto dalla legge o per effetto della domanda di una delle parti (in via principale o riconvenzionale).

Tale disciplina dei limiti oggettivi del giudicato trova fondamento nel codice di procedura civile, particolarmente nell'art. 34¹⁶, e nel codice civile, precisamente nell'art. 2909 (laddove prevede che l'«accertamento» sia oggetto del giudicato). Questo regime può essere esteso al processo amministrativo, in base al c.d. rinvio esterno (art. 39, co. 1, c.p.a.). Questa delimitazione "di massima" dell'oggetto del giudicato trova poi conferma nell'art. 8 c.p.a., secondo cui nelle materie in cui non esercita giurisdizione esclusiva, il g.a. «conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale» (co. 1), salvo le questioni pregiudiziali riservate al giudice ordinario (stato e capacità, tranne la capacità di stare in giudizio, e questione di falso). Infatti, tale norma

to di giurisdizione ordinaria perché sussiste la giurisdizione amministrativa.

Nell'ipotesi sub (b) (il provvedimento riguarda il medesimo fatto concreto), invece, il provvedimento amministrativo e l'emanando provvedimento giurisdizionale guardano alla medesima vicenda sotto profili diversi, a fini diversi, applicando norme diverse e disponendo diversi effetti: essi non interferiscono. Al più, atto amministrativo e provvedimento giurisdizionale possono essere vicendevolmente argomento per la dimostrazione della verità/correttezza della ricostruzione del fatto. Ciò accade perché l'ordinamento giuridico qualifica diversamente il medesimo fatto storico a fini diversi (c.d. pluri-qualificazione dei fatti)

¹⁵ Esempio in questo senso la trattazione di R. VILLATA, *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi*, cit., 31 ss.

¹⁶ In passato anche negli artt. 12 e 13 c.p.c., ossia nella versione previgente di queste due disposizioni: cfr., per tutti, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 136, anche per i riferimenti alla dottrina processualcivile.

presuppone (e dunque conferma) la distinzione tra questioni principali, decise con efficacia di giudicato, e questioni pregiudiziali, decise senza efficacia di giudicato – salvo che le parti lo richiedano o la legge lo imponga e purché il giudice amministrativo sia munito di giurisdizione.

Pertanto, il metodo impiegato dalla dogmatica a proposito dell'efficacia di giudicato della disapplicazione pronunciata dal giudice ordinario deve essere utilizzato anche per definire se e come la disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del g.a. possa essere oggetto del giudicato. Sicché si deve:

- (a) rappresentare se e come il g.a. disapplica gli atti amministrativi;
- (b) definire il “ruolo” della disapplicazione di questi atti rispetto al giudizio amministrativo; e
- (c) trarne se la disapplicazione è coperta o meno dal giudicato.

2. La giurisprudenza del g.a. sulla disapplicazione

In primo luogo, il giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità esclude la disapplicazione degli atti direttamente lesivi: l'atto che arreca il pregiudizio deve essere impugnato entro il termine di decadenza e ammetterne la disapplicazione permetterebbe di eludere il termine decadenziale¹⁷. Tale considerazione sistematica, da tempo immemore presente in giurisprudenza, è oggi corroborata da un argomento testuale fondato sull'art. 34, co. 2, c.p.a. In base a tale disposizione, salvo quando conosca dell'illegittimità del provvedimento a fini risarcitori, «il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29». La disapplicazione ha come presupposto l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento. Il provvedimento lesivo deve essere impugnato con l'azione di annullamento entro il termine di decadenza. Sicché il provvedimento direttamente lesivo non può essere disapplicato, perché il giudice non può

¹⁷ Di recente, *ex plurimis*, TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 6 dicembre 2021 n. 543, a proposito della non disapplicabilità di un permesso di costruire, peraltro su eccezione della p.a. che lo aveva rilasciato. Si trattava in particolare del permesso di costruire che fungeva da premessa negli argomenti svolti dal ricorrente contro il diniego di permesso di costruire in sanatoria di cui chiedeva l'annullamento.

conoscere dell'illegittimità di quel provvedimento per via della sua omessa impugnazione¹⁸.

Sempre in sede di giurisdizione generale di legittimità, è ormai acclarato che il giudice non debba disapplicare il provvedimento lesivo quando giudica del risarcimento dei danni da questo arrecati¹⁹: il giudice accerta l'illegittimità quale elemento dell'illecito (*arg. ex* art. 30, co. 3, e art. 34, co. 4, c.p.a.), ma non ne disapplica gli effetti; anzi, gli effetti del provvedimento lesivo sono la causa (o la con-causa, insieme all'esecuzione) del danno e quindi devono essere presi in considerazione dal giudice, almeno ai fini della valutazione del nesso eziologico.

Si può poi configurare, in sede di giurisdizione esclusiva, il potere del g.a. di disapplicare il provvedimento direttamente lesivo dei diritti soggettivi, al pari del giudice ordinario²⁰. Tale conclusione è l'esito di un ragionamento "analogico" da tempo praticato nel nostro ordinamento, grazie al quale quando il g.a. è chiamato a conoscere dei diritti soggettivi si equiparano i poteri del giudice amministrativo a quelli del giudice ordinario e, di conseguenza, gli strumenti di tutela del cittadino esperibili innanzi al g.a. rispetto a quelli di cui disporrebbe davanti al g.o.²¹. Come si è visto, infatti, il giudice ordinario nei rari casi in cui è

18 V'è in realtà qualche sentenza, ancorché isolata, di carattere opposto: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 dicembre 2019 n. 8568, che ha disapplicato una sanzione dell'AGCM per intesa restrittiva della concorrenza, annullata da TAR e Consiglio di Stato su ricorso di imprese diverse da quella che aveva instaurato il giudizio, in relazione ad una domanda di ripetizione (per indebito oggettivo) della somma versata da una delle imprese che erano state sanzionate ma che non aveva impugnato la sanzione anti-trust. Si tratta probabilmente, più che di una disapplicazione vera e propria, dell'estensione degli effetti soggettivi del giudicato di annullamento formatosi sul provvedimento sanzionatorio. Critico sulla soluzione adottata dal Consiglio di Stato F. GOISIS, *La disapplicazione come strumento di estensione del giudicato eliminatório in materia sanzionatoria antitrust?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 756 ss.

19 Per tutti, R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011, 216 ss., anche per la ricostruzione della discussione sul punto, molto florida all'interno del dibattito sulla c.d. pregiudiziale amministrativa, in cui il divieto di disapplicazione dell'atto lesivo era uno degli argomenti su cui il Consiglio di Stato fondava la tesi dell'inammissibilità della domanda autonoma di risarcimento del danno.

20 Cfr. V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e disapplicazione dell'atto amministrativo invalido*, in *Jus*, 1983, 162 ss.; R. DIPACE, *La disapplicazione*, cit., 149 ss.

21 Basti pensare all'estensione degli strumenti istruttori del giudizio ordinario alle controversie di giurisdizione esclusiva del g.a. conseguita alla sentenza della Corte cost. n. 146/1987. Sul punto, cfr. F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 236 s.; nonché ID., *Disapplicazione*, cit., 296 s.; R.

chiamato a giudicare di un atto amministrativo lesivo di un diritto soggettivo in una controversia tra cittadino e p.a., può disapplicare l'atto direttamente lesivo in via principale. Sicché, si ritiene, anche il giudice amministrativo può disapplicare l'atto direttamente lesivo di un diritto soggettivo²². Tuttavia, si tratta di un'ipotesi marginale e che la giurisprudenza continua a rifiutare, tenendo fermo l'onere di impugnazione del provvedimento entro il termine di decadenza anche in sede di giurisdizione esclusiva²³.

L'unico caso in cui il g.a. effettivamente disapplica gli atti amministrativi riguarda gli atti normativi e gli atti generali: quale che sia la giurisdizione che si trovi ad esercitare, il giudice amministrativo disapplica gli atti amministrativi normativi e generali illegittimi²⁴, con la sola eccezione dei bandi di gara e di concorso.

Si tratta di un'evoluzione della giurisprudenza definitivamente consolidatasi nella seconda metà degli anni '90 del Novecento. Prima di allora, infatti, sulla base di una distinzione della dottrina²⁵, la giurisprudenza ha distinto tra i

DIPACE, *La disapplicazione*, loc. ult. cit.

22 Non a caso, nei primi casi di disapplicazione dei regolamenti da parte del giudice amministrativo in favore del ricorrente (ossia di disapplicazione a cui conseguiva l'accoglimento del ricorso), il giudice amministrativo si rifugiava anche nell'argomento di esercitare la giurisdizione esclusiva e di decidere su un diritto soggettivo: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992 n. 154, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 53, criticata sul punto da E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di ufficio di norma regolamentare illegittima*, in *Giur. it.*, 1993, II, 1, 653 ss.; G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in AA. VV., *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti*, Torino, 1998, 33 ss. Cfr. su questo profilo anche le considerazioni di F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 237 ss.

23 Cfr. relativamente di recente Cons. Stato, Sez. VI, 11 settembre 2013 n.4490, nonché le parole di A. DE ROBERTO, «Non applicazione» e «disapplicazione» dei regolamenti nella recente giurisprudenza amministrativa, in AA. VV., *Impugnazione e "disapplicazione"*, cit., 22 ss.

24 In realtà, nelle ipotesi in cui la legge riconosca al giudice ordinario una giurisdizione piena sugli atti amministrativi (come nel caso delle sanzioni amministrative di cui alla l. n. 689/1981), ossia comprensiva del potere di annullamento dell'atto lesivo, in deroga al divieto di cui all'art. 4, co.1, l. ab. cont., anche il giudice ordinario può disapplicare l'atto presupposto (l'atto precedente a quello impugnato e che l'atto impugnato applica o esegue o l'atto che deve precedere l'atto impugnato in una sequenza di provvedimenti) o l'atto amministrativo che funge da parametro di legittimità dell'atto impugnato. Cfr. F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002, 68 ss.

25 Si tratta di una distinzione elaborata da SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale*, II ed., Milano, 1946, 82, applicata all'impugnazione dei regolamenti da A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 870, part. 882 ss.

regolamenti (e poi gli atti amministrativi generali) volizione-azione e i regolamenti (e poi gli atti amministrativi generali) volizione preliminare, o per meglio dire le parti di quegli atti che consistono in una volizione-azione e le parti di quegli atti che consistono in una volizione preliminare²⁶. Nel primo caso (volizione-azione), l'amministrazione produce un effetto giuridico concreto e individuale, assimilabile a quello del provvedimento (in senso stretto) e che dunque onera il privato all'impugnazione entro il termine di decadenza. Nel secondo caso (volizione preliminare), l'amministrazione pone una norma generale ed astratta, diretta solo all'amministrazione che l'applicherà esercitando un potere amministrativo. In termini più analitici, con la volizione-azione l'amministrazione produce una norma concreta e a struttura categorica ('dato che si è verificato il presupposto, allora effetto giuridico'), cioè *dispone* la produzione dell'effetto giuridico²⁷. Con la volizione preliminare, l'amministrazione pone una norma a struttura condizionale ('se fattispecie astratta, allora conseguenza giuridica'), la cui fattispecie astratta è generale, ossia i cui destinatari non siano individuabili nominativamente almeno *a priori*. Con la volizione preliminare l'amministrazione non dispone l'effetto giuridico, ma disciplina l'esercizio di un potere amministrativo, ossia *prescrive* in quali casi la stessa o un'altra amministrazione dovrà o potrà disporre un certo effetto giuridico (eventualmente consentendole di modularlo)²⁸. Tale prescrizione non è immediatamente lesiva, ma lo diviene una volta adottato il provvedimento applicativo (ossia una volta disposto l'effetto

26 Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 1960 n. 743, in *Foro amm.*, 1961, I, 338; Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 1979 n. 645, in *Giur. it.*, 1980, III, 1, 286; Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 1985 n. 49, in *Giur. it.*, 1985, III, 1, 369. Ma cfr. già Cons. Stato, Sez. IV, 18 agosto 1936 n. 820, in *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936 – 40*, vol. 2, 688 s.

La distinzione figura ancora nella giurisprudenza: a mero titolo d'esempio, TAR Campania, Napoli, Sez. I, 5 gennaio 2021 n.57.

27 In altre parole ancora, la p.a. pone una norma costitutiva o dispositiva, nel senso in cui intende questo lemma G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974; ID., *La forza costitutiva delle norme*, in ID., *Norme giuridiche e valori etici. Saggi di filosofia del diritto*, Roma, 1991, 99 ss.

Si tratta in questo caso di un enunciato meramente performativo dell'amministrazione. Sulla distinzione tra performativo e deontico negli atti amministrativi, sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., 346 ss.

28 Si tratta cioè di un enunciato deontico, non performativo, che pone condizioni di validità di un potere amministrativo. Cfr. la nota precedente.

giuridico nei confronti del ricorrente, previsto dalla norma a struttura condizionale). Di conseguenza, sulla base della giurisprudenza secondo la quale l'onere di impugnazione vige (e dunque il relativo termine decorre) nel momento in cui v'è interesse a ricorrere, cioè quando si produce la lesione, si conclude(va) per l'impugnabilità congiunta della prescrizione prodotta dall'amministrazione con il provvedimento applicativo²⁹.

Questo orientamento, attualmente ancora granitico per le norme dei bandi di concorso e di gara³⁰, è stato superato negli anni '90 per gli atti normativi e gli altri atti generali.

Il giudice amministrativo, oggi, disapplica le prescrizioni prodotte da regolamenti, atti generali a portata normativa, circolari e atti simili³¹, ossia le pre-

29 Cfr. la giurisprudenza già richiamata, nonché A. ROMANO, *Osservazioni*, cit.

Tuttavia, secondo Alberto Romano la volizione preliminare impugnata insieme al provvedimento lesivo doveva essere semplicemente disapplicata, senza efficacia di giudicato, quale questione pregiudiziale rispetto alla questione principale dell'annullamento del provvedimento lesivo: infatti, posta la premessa dell'efficacia *erga omnes* dell'annullamento del regolamento o dell'atto generale (indiscussa in giurisprudenza tanto all'epoca quanto oggi - cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 27 febbraio 2019 n. 4 e 27 febbraio 2019 n. 5), si notava che al ricorrente non interessava l'annullamento, nemmeno parziale, del regolamento o dell'atto generale, ma solo l'annullamento del provvedimento lesivo; sicché una pronuncia con efficacia di giudicato sull'atto parametro sarebbe stata sproporzionata rispetto alla soddisfazione dell'interesse del ricorrente, cui deve essere parametrata la portata della pronuncia in una giurisdizione di diritto soggettivo. La giurisprudenza dell'epoca, pur aderendo alla distinzione tra norma regolamentare o di atto generale immediatamente lesiva o meno e dunque all'idea dell'impugnabilità della norma di "fonte amministrativa" non immediatamente lesiva insieme al provvedimento lesivo, riteneva tuttavia che il ricorrente dovesse chiedere e il giudice dovesse pronunciare l'annullamento della norma "volizione preliminare", principalmente sostenendo che l'art. 5 l. ab. cont. disciplinasse solo i poteri del giudice ordinario e che dunque al giudice amministrativo fosse vietato disapplicare qualunque atto amministrativo, anche se a contenuto prescrittivo.

30 In tal senso, si vedano almeno Cons. Stato, Ad. plen., 23 gennaio 2003 n. 1 (su cui si veda L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 809 ss.); Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018 n. 4.

In realtà, talvolta i giudici amministrativi hanno disapplicato anche i bandi, ma si tratta di pronunce rimaste isolate: TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 31 maggio 2000 n. 3831; più di recente Cons. Stato, Sez. V, 13 gennaio 2011 n. 172.

31 Si vedano, a mero titolo d'esempio e di recente, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 27 gennaio 2020 n. 1076, che ha disapplicato (d'ufficio e a favore del ricorrente, ossia per accogliere il ricorso) un decreto ministeriale, asserendone la portata normativa (d.m. 129 del 2005), per contrasto con un decreto del Presidente della Repubblica (d.P.R. n. 903 del 1983); Cons. Stato, Sez. IV, 17 aprile 2018 n. 2284, che disapplica una circolare per violazione di normativa primaria (e richiama come precedenti specifici Cons. Stato, Sez. IV, 21 giugno 2010 n. 3877; Cons. Stato, Sez. IV, 13 settembre 2012 n. 4858; Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2012 n. 4859; Cons. Stato, Sez. IV, 28 maggio 2013 n. 2916; Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014 n. 2268; Cons. Stato, Sez. IV, 8 gennaio 2016 n. 30; Cons. Stato, Sez. IV, 28 gennaio 2016 n. 310; Cons. Stato, Sez. III, 26 otto-

scrizioni di fonte amministrativa, nel giudizio per l'annullamento del provvedimento lesivo (c.d. atto applicativo). Invece, qualora il regolamento o l'atto generale sia immediatamente lesivo, ossia disponga direttamente l'effetto giuridico nei confronti di taluni destinatari, la giurisprudenza ritiene ancora che il privato sia onerato a chiederne l'annullamento entro il termine di decadenza e dunque che quell'atto non possa essere disapplicato (oggi, *ex art. 34, co. 2, c.p.a.*)³².

Il giudice amministrativo trae questo potere di disapplicazione non tanto (o non più) dall'applicazione dell'art. 5 l. ab. cont. anche nel processo amministrativo, ma dal principio di legalità e dal canone *iura novit curia*³³, secondo un ragionamento che può essere riassunto così: il regolamento e l'atto generale che pongono prescrizioni sull'esercizio del potere sono parametro di legittimità del provvedimento lesivo di cui il ricorrente chiede l'annullamento; se il regolamento e l'atto generale sono illegittimi e vengono applicati dal giudice come parametro di legittimità del provvedimento lesivo, perpetuano la loro illegittimità e disarticolano l'ordinamento; sicché il giudice, nell'interpretazione del diritto che è di sua esclusiva competenza anche in assenza di argomenti, difese, eccezioni o domande di parte (per l'appunto *iura novit curia*), assicura preferenza al parametro di legittimità cui l'ordinamento impone di assicurare preferenza (per ragioni di gerarchia o di competenza) e dunque disapplica il regolamento o

bre 2016 n. 4478; Cons. Stato, Sez. III, 1° dicembre 2016 n. 5047); TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 24 novembre 2007 n. 903, ma già anche Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 1996 n. 222 in *Foro amm.*, 1996, 488, per la disapplicazione di strumenti urbanistici contrastanti con la normativa secondaria.

32 A mero titolo d'esempio, si veda Cons. Stato, Sez. VI, 24 ottobre 2017 n. 4894 ed ivi ulteriori richiami. Secondo una parte della giurisprudenza, l'onere di immediata impugnazione si estende anche ai regolamenti o alle norme dei regolamenti che disciplinano direttamente la condotta dei cittadini (anche se con prescrizioni generali ed astratte) e non il potere della p.a. Sul punto, cfr. di recente TAR Campania, Napoli, Sez. II, 31 gennaio 2022 n. 640.

33 Questo orientamento può essere ricondotto a Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992 n. 194, cit.

Tale ricostruzione assume poi carattere ricorrente nella giurisprudenza più recente. Cfr. a mero titolo d'esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 14 luglio 2014 n. 3623; di recente TAR Lazio, Roma, Sez. I, 27 gennaio 2020 n. 1076, secondo cui «l'istituto della disapplicazione di una norma regolamentare, per la sua intima struttura, si sostanzia in un'operazione ermeneutica delle norme che disciplinano il rapporto controverso, per cui può essere compiuta d'ufficio dal giudice e, anche, per la prima volta, in grado d'appello».

l'atto generale nella parte in cui contrastano con il parametro "superiore" (norma di rango ordinario, norma europea, norma costituzionale e così via)³⁴.

Tale disapplicazione è ammessa dalla giurisprudenza (e da più tempo) per respingere il motivo di ricorso: pur in assenza di ricorso incidentale o eccezione da parte di resistente e controinteressato, il giudice può respingere il motivo di annullamento con cui si faccia valere la violazione di un regolamento o di un atto generale illegittimo, disapplicando l'atto invocato dal ricorrente come parametro di legittimità³⁵. A partire da un celebre arresto del 1996³⁶, la giurisprudenza ammette questa disapplicazione anche per accogliere il motivo di ricorso: pur in assenza di impugnazione dell'atto parametro congiunta al provvedimento lesivo, il giudice può applicare direttamente la fonte superiore invocata dal ricorrente che ha "dimenticato" che vige un regolamento o un atto generale difforme, disapplicando il regolamento o l'atto generale.

Tale disapplicazione, almeno nell'impostazione tradizionale, non è in grado di passare in giudicato: si tratterebbe di una disapplicazione in via incidentale, assimilabile a quella praticata dal giudice ordinario nelle controversie fra privati³⁷. Questa ricostruzione è estremamente radicata anche in dottrina. Ad

34 Cfr. per la ricostruzione del fondamento dogmatico di tale ragionamento G. MORBIDELLI, *La disapplicazione*, cit., 39 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 192 ss.; R. DIPACE, *La disapplicazione*, cit., 201 ss.

Già in precedenza la dottrina aveva messo in evidenza le ragioni della disapplicabilità dei regolamenti, nell'ottica della gerarchia delle fonti: cfr. L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 334 ss.; L. PICCARDI, *Sulla «disapplicazione» degli atti amministrativi*, ora in ID., *Studi sulla giurisdizione amministrativa*, 1968, 199 ss.

35 In questo senso Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992 n. 194, cit.; ma già Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 1936 n. 68, in *Foro amm.*, 1936, I, 74 (su cui cfr. R. DIPACE, *La disapplicazione dei regolamenti da parte del giudice amministrativo*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 181 ss.); Cons. Stato, Sez. V, 18 agosto 1936 n. 820, in *Foro amm.*, 1937, I, 45.

Sulla giurisprudenza degli anni '30 cfr. S. BACCARINI, *Disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo: c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico*, in *Foro amm.*, 1993, I, 466 ss. (che mette in evidenza la continuità tra la giurisprudenza degli anni '30 e quella degli anni '90 – ma *contra* questa riflessione, G. MORBIDELLI, *La disapplicazione*, cit., 35 ss.); nonché più di recente F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 101 ss.; R. DIPACE, *La disapplicazione*, cit., 155 ss.; S. PERONGINI, *La disapplicazione e le invalidità che ne costituiscono il presupposto*, cit., 4008 ss.

36 Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 1996 n. 222, in *Foro amm.*, 1996, I, 488.

37 Cfr. S. BACCARINI, *Parabola della non disapplicabilità dei regolamenti amministrativi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in AA. VV., *Impugnazione e "disapplicazione"*, cit., 161 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, cit., 111; R. DIPACE, *La disapplicazione*, cit., 53, per

esempio, essa funge da premessa nella discussione circa la preferibilità della disapplicazione delle prescrizioni di fonte amministrativa rispetto all'annullamento o viceversa nell'ottica della certezza del diritto: sia chi ritiene che sia preferibile la disapplicazione per assicurare la certezza degli altri rapporti giuridici fondati sulla norma disapplicata³⁸, sia chi ritiene che sia preferibile l'annullamento per assicurare la certezza dell'estinzione degli effetti "distorsivi" della prescrizione di fonte amministrativa³⁹ da per scontato che la disapplicazione sia oggetto di mera cognizione incidentale, estranea al giudicato.

La disapplicazione di tali prescrizioni non ha tuttavia sostituito la tesi dominante nella giurisprudenza precedente e che, si ripete, ancora regge il regime dell'impugnazione dei bandi di gara e di concorso, ma l'ha integrata⁴⁰. Sicché, pur tralasciando l'ipotesi del regolamento e dell'atto generale che dispongono effetti concreti e che dunque devono essere immediatamente impugnati (perché immediatamente lesivi), si possono porre le seguenti alternative:

(a) il ricorrente chiede (e il giudice pronuncia) l'annullamento della prescrizione che legittima il provvedimento lesivo insieme al provvedimento lesivo. In questo caso, l'annullamento della prescrizione ha efficacia di giudicato – l'efficacia *erga omnes* che la giurisprudenza pacificamente riconosce all'annullamento di tal genere di norme;

quanto riguarda i regolamenti e gli atti amministrativi generali (anche se Dipace non esclude la disapplicazione dell'atto direttamente lesivo, di qualunque natura).

38 Anche in virtù della sproporzione dell'annullamento (*erga omnes*) della norma regolamentare per la tutela del ricorrente, interessato all'annullamento del provvedimento lesivo: A. ROMANO, *Disapplicabilità di norme regolamentari (sfaccettature di un problema)?*, in AA. VV., *Impugnazione e "disapplicazione"*, cit., 125 ss.; L. MAZZAROLLI, *La giurisdizione sui regolamenti è di diritto oggettivo?*, ivi, 186 ss. (per l'esposizione degli argomenti a favore della disapplicazione); S. BACCARINI, *Parabola*, loc. cit.; F. PUGLIESE, *Ragioni a favore della "disapplicazione" degli atti normativi, degli atti presupposti e degli stessi provvedimenti impugnati*, ivi, 205 ss.; F.P. LUISO, *Impugnazione e "disapplicazione" degli atti normativi*, ivi, 219 ss.; G. VACIRCA, *Disapplicazione dei regolamenti illegittimi*, ivi, 243 s.

39 Cfr. in questo senso G. MORBIDELLI, *La disapplicazione*, cit., 44 s.; G. ZAGARI, *Impugnazione e disapplicazione della normativa regolamentare*, in AA. VV., *Impugnazione e "disapplicazione"*, cit., 88 ss.; L. MAZZAROLLI, *La giurisdizione sui regolamenti è di diritto oggettivo?*, ivi, 189 ss.; S. GIACCHETTI, *Disapplicazione? No, grazie*, ivi, 195 ss.; P.G. LIGNANI, *Disapplicazione e incertezza del diritto*, ivi, 227 ss.;

40 Si veda, a mero titolo d'esempio e di recente, TAR Lazio, Roma, Sez. II, 27 ottobre 2020, n.10981; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit. 240, parla infatti di un «sistema di tutela mista sui regolamenti, di annullamento e disapplicazione».

(b) il giudice disapplica, su domanda del ricorrente o meno, la prescrizione che legittima il provvedimento lesivo e perciò annulla il provvedimento lesivo. In questo caso, la disapplicazione non ha efficacia di giudicato, perché verte su questione pregiudiziale, diversamente dall'annullamento del provvedimento lesivo che invece assume efficacia di giudicato (con effetti limitati alle parti del giudizio);

(c) il controinteressato o l'amministrazione (quantomeno se è diversa dall'amministrazione che ha adottato la prescrizione in discussione) propone ricorso incidentale chiedendo l'annullamento della prescrizione che comporterebbe l'annullamento del provvedimento impugnato dal ricorrente. In tal caso, la pronuncia di annullamento della prescrizione passa in giudicato;

(d) il giudice disapplica, su eccezione del resistente e/o del controinteressato o meno, la prescrizione illegittima che comporterebbe l'annullamento del provvedimento lesivo impugnato dal ricorrente. In questo caso la disapplicazione non ha efficacia di giudicato⁴¹.

Una questione di illegittimità della prescrizione di fonte amministrativa può venire in rilievo anche nel giudizio avverso il silenzio: ad esempio, per il regolamento che disciplina il termine di conclusione del procedimento. Sebbene non risulti che la giurisprudenza se ne sia mai occupata, la questione pare avere i medesimi contorni: vi può essere la disapplicazione della prescrizione posta dall'amministrazione ai fini dell'accoglimento del ricorso avverso il silenzio o ai fini del suo rigetto; e in entrambi i casi il ricorrente o le parti convenute posso-

41 Resta estranea all'oggetto del presente scritto la questione della portata del giudicato di rigetto del motivo, anche se cagionata dalla disapplicazione della prescrizione di fonte amministrativa. Il punto controverso è se almeno per l'amministrazione il rigetto del motivo di ricorso possa comportare l'efficacia di accertare l'assenza del vizio e quindi precludere l'esercizio del potere di autotutela. Su tale questione, si vedano, senza alcuna pretesa di completezza: S. LESSONA, *Giudicato di legittimità dell'atto amministrativo e potere di autoimpugnativa*, in *Foro it.*, 1949, III, 172 ss.; P. MOREA, *Giudicato amministrativo e vincoli della P.A. Spunti ricostruttivi*, in *TAR*, 1981, 163 ss.; G. PALEOLOGO, *Intervento al XXVII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione sul tema "il giudizio di ottemperanza"*, Milano 1983, 283; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 56 ss.; P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo: profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, 149 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 171 ss.; S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 481 ss., § 5.

no chiederne l'annullamento in via principale o incidentale, contestualmente alla domanda avverso il silenzio (che radica l'interesse a ricorrere contro la prescrizione che disciplina la conclusione del procedimento). Nel primo caso, estendendo le conclusioni della giurisprudenza appena esposta, il g.a. conosce dell'illegittimità della prescrizione *incidenter tantum*, mentre nel secondo ne conosce con efficacia di giudicato (e nel rito ordinario, per via del cumulo di domande).

Grazie all'identità del ruolo della disapplicazione nel giudizio di annullamento e in quello avverso il silenzio, per alleggerire l'esposizione ci si riferirà solo al giudizio di annullamento, con l'avvertenza che tutto quanto si dirà in seguito va esteso anche al giudizio avverso il silenzio.

3. La disapplicazione come pronuncia costitutiva oggetto di giudicato

Proseguendo secondo il metodo indicato dalla dogmatica sulla disapplicazione da parte del giudice ordinario, ci si deve chiedere se la questione di illegittimità della prescrizione di fonte amministrativa sia una questione pregiudiziale e perciò se essa possa o debba essere soggetta a tale regime; oppure sia inevitabilmente oggetto del giudicato.

Tralasciando l'aporia del trattamento processuale dei bandi di gara e di concorso, la giurisprudenza sembra trattare la questione di illegittimità della prescrizione di fonte amministrativa come una questione pregiudiziale: se le parti richiedono di esaminarla con la forza del giudicato, tramite la domanda di annullamento in via principale, il giudicato include anche la soluzione della questione di illegittimità di tale prescrizione; se le parti non lo richiedono, il giudice (eventualmente anche d'ufficio, sulla base del canone *iura novit curia*) ne conosce incidentalmente ed eventualmente la disapplica, senza efficacia di giudicato⁴².

42 Analogamente G. VERDE, *Disapplicazione del giudice ordinario e del giudice amministrativo*, in AA. VV., *Impugnazione e "disapplicazione"*, cit., 262 s.; opta per questo modo di intendere la cognizione dell'illegittimità dell'atto disapplicato anche R. DIPACE, *La disapplicazione*, cit., 45 ss.

F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 111 ss., invece anche se imposta in questi termini l'analisi dei profili processuali della disapplicazione dei regolamenti, poi solleva in termini almeno parzialmente diversi il problema del giudicato sulla disapplicazione (115), come si vedrà più avanti.

L'ipotesi che la questione di illegittimità della norma di fonte amministrativa sia una questione pregiudiziale potrebbe essere poi corroborata dall'art. 13, co. 4 *bis*, c.p.a. In base a tale disposizione, la competenza viene determinata dall'efficacia del «provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere» (ossia dal provvedimento lesivo): il giudice competente per questo provvedimento è competente anche a giudicare degli atti presupposti, «tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza». Il riferimento alla sola «impugnazione» degli atti normativi e generali e non alla semplice cognizione circa la questione di illegittimità delle norme da quegli atti prodotti, potrebbe essere letto come un'eco dell'art. 34 c.p.c.: il giudice competente sulla questione principale, ossia sull'annullamento del provvedimento lesivo, decide senza efficacia di giudicato la questione pregiudiziale di illegittimità della norma di fonte amministrativa; se invece una delle parti impugna (anche solo parzialmente) l'atto normativo o generale, cioè ne chiede l'annullamento (anche solo parziale) tramite ricorso principale o incidentale perché il giudice decida sulla questione pregiudiziale con efficacia di giudicato, allora la competenza viene rimessa al giudice competente sulla questione pregiudiziale.

Tale ipotesi è però incompatibile con l'idea (anche) della giurisprudenza secondo cui la disapplicazione è un'operazione ermeneutica, di soluzione delle antinomie, legittimata dal canone *iura novit curia*: se così fosse, infatti, la disapplicazione sarebbe la (costruzione della) *causa petendi e decidendi* e dunque sempre oggetto del giudicato⁴³.

Detto altrimenti, secondo la posizione “tradizionale”, la questione di illegittimità della prescrizione di fonte amministrativa è una questione pregiudiziale ai fini della portata del giudicato, ma è parte della *causa petendi e decidendi* ai fini della fonte e della titolarità del potere di disapplicare.

43 Sull'inclusione della *causa petendi e decidendi* nell'efficacia oggettiva del giudicato si veda la dottrina citata innanzi, alla nota 10.

È difficile mettere in dubbio che la questione di illegittimità della prescrizione di fonte amministrativa sia un antecedente in senso logico della sentenza (o del capo di sentenza) che si pronuncia sull'illegittimità del provvedimento che applica o meno quella prescrizione. Ed è altrettanto difficile mettere in dubbio che la conclusione di quella questione (disapplicazione o applicazione di quella prescrizione) contribuisca a completare la *causa petendi e decidendi*. Sicché sembrerebbe inevitabile propendere per una delle due alternative innanzi delineate.

Tale impostazione della questione assume tuttavia che la disapplicazione sia un mero accertamento. Tanto la questione pregiudiziale, quanto il punto meramente antecedente rispetto ad uno degli elementi della questione principale possono essere rappresentati solo da accertamenti, ossia da mere qualificazioni giuridiche di fatti, ma non possono avere né efficacia costitutiva, né efficacia di condanna⁴⁴. La cognizione meramente incidentale (eventuale per la questione pregiudiziale o inevitabile per l'antecedente di uno degli elementi della questione principale) esclude infatti che la decisione su quella questione o su quel punto possa produrre effetti eliminatori, modificativi o obbligatori nei confronti di atti o persone. Se la questione antecedente ha portata costitutiva o di condanna, se cioè è necessario alla costruzione della questione principale la produzione di un effetto costitutivo o di condanna, allora la questione antecedente dà luogo ad un altro dispositivo, ad un autonomo *petitum e decusum*, inevitabilmente oggetto del giudicato⁴⁵. Sicché qualificare la disapplicazione della

44 Cfr. M. CAPPELLETTI, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 203 ss., part. 205; V. DENTI, *Questioni pregiudiziali. Diritto processuale civile*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1967, XIV, 676; C.E. GALLO, *Questioni pregiudiziali. III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, XXV, 8.

45 Che sul *petitum* e dunque sul *decusum* si formi il giudicato è uno dei pochi aspetti della portata oggettiva del giudicato su cui la dogmatica concorda e a prescindere dalla ricostruzione dell'oggetto del processo amministrativo su cui le differenti tesi si fondano: A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, Milano, 1960, 39 ss.; F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1969, XVIII, 803 ss.; E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *ID.*, *Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 465 ss.; M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *AA. VV.*, *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 17-19 settembre 1981*, Milano, 1983, *passim*; nella dogmatica più re-

prescrizione di fonte amministrativa come questione pregiudiziale o punto antecedente rispetto alla *causa petendi e decidendi*, prefigurando perciò anche solo l'eventualità della sua cognizione meramente incidentale, presuppone che la disapplicazione sia una questione di mero accertamento⁴⁶.

Secondo una parte della dottrina la disapplicazione è infatti un potere dichiarativo⁴⁷, principalmente sulla base dell'interpretazione degli artt. 4 e 5 della l. ab. cont. Per effetto dell'art. 4, co. 2, l. ab. cont. al giudice ordinario è precluso «rivoca[re] o modifica[re]» l'atto amministrativo: il g.o. può solo disapplicarlo ex art. 5. Il divieto di revoca e modifica include il divieto di annullamento, di modo che al giudice è vietato disporre qualsivoglia effetto costitutivo sugli atti amministrativi, sulla base della separazione dei poteri intesa in senso rigido e formalistico. Se ne trae che la disapplicazione è un potere di mero accertamento, non costitutivo⁴⁸. Pertanto, si ritiene che la disapplicazione consista nel “congelare” gli effetti dell'atto illegittimo ai fini della controversia: il giudice ignora gli effetti prodotti dall'atto illegittimo per decidere la controversia, li considera *tamquam non essent*⁴⁹. Più analiticamente e fuor di metafora, in quest'impostazione la disapplicazione «è un impedimento di carattere processuale alla produzione dell'effetto dell'atto nella controversia»⁵⁰, un «accerta-

cente, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 44 ss. e *passim*; C. CALABRÒ, *Giudicato. III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XV, 2; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 129 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo*, cit., 171 ss.; S. VACCARI, *Il giudicato amministrativo*, cit., 31 ss.

46 Cfr. C.E. GALLO, *Questioni pregiudiziali*, cit., 8.

47 In questo senso, espressamente, L. PICCARDI, *Sulla disapplicazione degli atti amministrativi*, in *Riv. amm.*, 1968, 602 s.; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, Milano, XIX, 1970, 289 ss.; S. PERONGINI, *La disapplicazione*, cit., 4006 s. (il quale tuttavia scinde la disapplicazione dai suoi effetti, considerando la disapplicazione l'accertamento dell'illegittimità dell'atto, «alla quale consegue una sentenza costitutiva di inidoneità di quest'ultimo a produrre i suoi effetti tipici, limitata alla vicenda sottoposta alla diretta cognizione del giudice»).

48 Cfr. l'argomento portato da M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria*, cit., 290. In questo senso sembra intendere tali disposizioni anche S. PERONGINI, *La disapplicazione*, cit., 4006 s.

49 P. STELLA RICHTER, *Giudizio civile e pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1979, II, 79; L. VERRIENTI, *Art. 5 Lab. cont. amm.*, in A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, 88.

50 E. CANNADA BARTOLI, *La disapplicazione*, in AA.VV., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, cit., 146.

mento giudiziale dell'illegittimità del provvedimento, da cui consegue *ope legis* la perdita dell'efficacia per il caso concreto»⁵¹, il giudice che disapplica l'atto «si limit[a] a dichiararlo inefficace per quanto riguarda il caso sottoposto al suo giudizio»⁵².

Tuttavia, l'argomento sistematico non può essere esteso al giudice amministrativo. A quest'ultimo è infatti espressamente attribuito il potere di annullare gli atti amministrativi⁵³. Sicché nel processo amministrativo manca il divieto "generale" di disporre l'estinzione (quantomeno) degli effetti giuridici dell'atto dal quale si trarrebbe la natura dichiarativa del potere di disapplicare. Inoltre, l'argomento sistematico, anche nel processo innanzi al g.o., si fonda un equivoco. Pur ad ammettere l'interpretazione tradizionale dell'art. 4, co. 2, l. ab. cont., secondo cui tale disposizione vieta al giudice ordinario di estinguere o modificare gli effetti dell'atto amministrativo, comunque l'art. 5 l. ab. cont. (secondo l'interpretazione altrettanto tradizionale) gli attribuisce il potere di disapplicare. Sicché, anche ad ammettere che l'art. 4 l. ab. cont. vieti al giudice ordinario di adottare pronunce costitutive su atti amministrativi, l'art. 5 l. ab. cont. potrebbe costituire un'eccezione a quel divieto.

Inoltre, questo argomento si fonda sulla distinzione tra disapplicazione e annullamento, secondo un ragionamento di questo tipo: disapplicazione e annullamento sono poteri diversi; il potere di annullare ha efficacia costitutiva; *ergo* quello di disapplicare non ha efficacia costitutiva. Tale modo di ragionare cela però una petizione di principio. Esso infatti assume che la disapplicazione e l'annullamento si distinguano sulla base della natura degli effetti: solo se la disapplicazione e l'annullamento si distinguono per la natura dichiarativa e costitutiva degli effetti, allora l'efficacia costitutiva dell'annullamento implica l'efficacia dichiarativa della disapplicazione. Tuttavia, così ragionando, la natura dichiarativa della disapplicazione è (anche) la premessa del ragionamento, non (solo)

51 M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 291

52 S. PERONGINI, *La disapplicazione*, cit., 4006 s.

53 Fin dalla legge n. 5992 del 1889; oggi cfr. art. 29 c.p.a.

la sua conclusione: il ragionamento è circolare, per l'appunto è una petizione di principio⁵⁴. Del resto, la differenza tra disapplicazione e annullamento potrebbe risiedere anche nell'oggetto di questi due poteri, ancorché entrambi costitutivi: l'annullamento potrebbe riguardare l'atto, la disapplicazione solo gli effetti dell'atto rilevanti per la decisione della controversia⁵⁵.

Di poi, anche chi afferma la natura dichiarativa della disapplicazione rileva che la disapplicazione non opera per gli atti nulli o inesistenti, sostenendo che la loro inefficacia rende inutile la disapplicazione⁵⁶. Tale affermazione presuppone che la disapplicazione incida in qualche modo (almeno) sugli effetti dell'atto disapplicato, producendo un'efficacia almeno in senso lato costitutiva.

Si potrebbe però obiettare che la disapplicazione delle prescrizioni di fonte amministrativa sia non il potere previsto dall'art. 5 l. ab. cont., ma una disapplicazione di carattere "ermeneutico", fondata sul principio di legalità e sulla garanzia della gerarchia delle fonti. Così intesa, la disapplicazione sarebbe un metodo di risoluzione delle antinomie, non un potere costitutivo. Tuttavia, per un verso, l'antinomia è solo il presupposto della disapplicazione. L'antinomia è

54 Più precisamente, la petizione di principio è la fallacia logica che consiste «nel presupporre per la dimostrazione un equivalente o sinonimo di ciò che si vuole dimostrare» (G. PRETI, *Petitio principii*, in N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, III ed. agg. e ampliata a cura di G. FORNERO, Torino, 2013, 818, ossia un ragionamento «nel quale si assumono come premesse una o più proposizioni che sono identiche (o semplicemente equivalenti) alla conclusione che deve essere dimostrata, o che avrebbero bisogno della conclusione per essere provate, o che sono più forti della conclusione stessa e la contengono come caso particolare o come sua conseguenza immediata» (A. CHURCH, *Petitio principii*, in D.D. RUNES, *The Dictionary of Philosophy*, trad. it. a cura di A. DEVIZZI, *Dizionario di filosofia*, Milano, 1963).

Si tratta di una fallacia di presunzione: essa, in realtà, produce un sillogismo tecnicamente valido, giacché la conclusione "segue" dalle premesse; tuttavia, è un sillogismo inutile, ossia privo di capacità dimostrativa perché la conclusione si "annida" nelle premesse: cfr. I.M. COPI – C. COHEN, *Introduction to Logic*, 1998, trad. it. a cura di G. LOLLI, *Introduzione alla logica*, Bologna, III ed., 2006, 192 s., ossia è tautologico.

55 Come sostiene, a mero titolo d'esempio, F.G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, Milano, 1965, 116 (in nota).

56 In questo senso, L. MONTESANO, *Processo civile*, loc. cit.; P.G. GALASSI, *L'istituto della "disapplicazione" nell'attuale contesto giuridico*, in TAR, 1977, II, 89, il quale riporta che «non v'è dubbio che non si da adito alla disapplicazione quando l'atto è nullo: in tale ipotesi non viene disapplicato alcunché, ma si prende soltanto atto che il provvedimento amministrativo è *tamquam non esset*».

Tale ragionamento si fonda sull'assunto, tutt'altro che scontato, dell'inefficacia dell'atto amministrativo nullo. Contro quest'assunto, cfr. M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013, 300 ss.; nonché, se si vuole, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato*, cit., 90 ss.

infatti il contrasto tra norme, tale che la norma gerarchicamente inferiore o soccombente in base al criterio di competenza risulta illegittima, se prodotta da un atto successivo rispetto alla norma “superiore” (in senso lato). Questo peculiare caso di antinomia è una delle forme di illegittimità: in particolare, l’illegittimità sintattica⁵⁷. Si tratterebbe al più di una peculiare ipotesi di disapplicazione, con l’esclusione di tutte le illegittimità dei regolamenti e degli atti generali rientranti nell’illegittimità pragmatica: ossia di tutte le illegittimità che attengono più propriamente all’atto (vizi formali, di competenza o attribuzione, procedurali, di eccesso di potere). Sicché, affermare che la disapplicazione è un metodo di risoluzione delle antinomie significa solo che la disapplicazione è uno dei rimedi contro talune delle illegittimità delle prescrizioni di fonte regolamentare. Con la conseguenza che tale argomento non prova alcunché in relazione agli effetti della disapplicazione: la medesima illegittimità può condurre anche all’annullamento della medesima norma (ossia all’annullamento parziale dell’atto che l’ha prodotta), ossia all’esercizio di un potere costitutivo.

Del resto, e più in generale, tutte le antinomie si risolvono tramite l’inefficacia della norma “soccombente”. Se la norma di fonte “superiore” è successiva, essa abroga la norma “inferiore”: *lex posterior derogat priori*. Si tratta di un rimedio esclusivamente fondato sull’efficacia. Se la norma di fonte “superiore” è invece precedente, la norma “inferiore” è illegittima e viene rimossa, anche al solo fine di decidere la singola controversia. Le norme di cui si discute, come tutte le altre prescrizioni dell’ordinamento, si rivolgono (per quanto qui rileva) tanto all’amministrazione, quanto al giudice, vincolando entrambi alla loro applicazione: all’amministrazione come disciplina per l’esercizio del potere amministrativo, al giudice come disciplina della decisione⁵⁸. Sicché, quando il giudice

57 Ossia l’incompatibilità tra la prescrizione “inferiore” e quella “superiore”, sulla base delle opposizioni deontiche. Sul punto sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato*, cit., 346 ss., nonché 555 ss.

58 È la complessità deontica delle norme (anche) costitutive. Sul punto sia consentito rinviare nuovamente a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato*, cit., 129 ss.

disapplica la prescrizione di fonte amministrativa, estingue quantomeno l'efficacia vincolante che quella prescrizione produce nei suoi confronti.

In sostanza, spogliandosi da ipoteche concettuali, la disapplicazione è un potere costitutivo. Anche nelle definizioni che ne forniscono gli autori secondo cui si tratta di un potere dichiarativo emerge che la disapplicazione “colpisce” gli effetti dell'atto⁵⁹: il giudice che “non tiene in considerazione gli effetti dell'atto” o che “dichiara l'inefficacia” dell'atto illegittimo, estingue l'efficacia dell'atto (per intero o parzialmente)⁶⁰, ancorché limitatamente alla controversia decisa, cioè limitatamente alle parti e all'oggetto in causa⁶¹. Insomma, sia che si faccia riferimento alla disapplicazione *ex* art. 5 l. ab. cont., sia che si faccia riferimento alla disapplicazione “ermeneutica”, la disapplicazione produce effetti costitutivi⁶².

Per la disapplicazione delle prescrizioni di fonte amministrativa, tale efficacia costitutiva è poi almeno in parte retroattiva. La illegittimità del provvedimento amministrativo deve infatti essere giudicata alla stregua delle norme vigenti al momento dell'adozione del provvedimento⁶³. Sicché, affinché sia utile

59 Cfr. in termini generali G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 357.

60 Cfr. F.G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, loc. cit.

61 Cfr. S. PERONGINI, *La disapplicazione*, cit., 4007, ma a proposito del segmento conseguente alla disapplicazione, nella distinzione da questo Autore costruita tra disapplicazione e sentenza costitutiva dell'inefficacia.

62 Per questa conclusione: A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., 481 ss.; ID., *Disapplicazione e accertamento incidentale di legittimità dell'atto amministrativo non impugnato*, in *Foro it.*, 1966, III, 75;

G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1960, 416 ss., part. 418; F. LA VALLE, *Cognizione principale ed incidentale dei regolamenti nel giudizio amministrativo*, in *Jus*, 1967, 172; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, 1970, 146 ss.; P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, 49 ss.; C.E. GALLO, *Questioni pregiudiziali*, cit., 8; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, cit., 113 ss.

63 Si tratta di un'applicazione del criterio *tempus regit actum* al provvedimento amministrativo. Su questo canone in relazione all'esercizio del potere amministrativo, si veda per tutti A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 410.

Esso è un canone pacificamente applicato dalla giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 1997 n. 1209, in *Foro amm.*, 1997, 2748; Cons. Stato, Sez. IV, 29 gennaio 1996 n. 73, *ivi*, 1996, 89; più di recente, TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 23 novembre 2018 n. 2430; Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018 n. 2171; Cons. Stato, Sez. IV, 16 novembre 2020 n. 7052. In senso critico nei confronti di tale giurisprudenza, R. VILLATA- M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 392.

per giudicare della illegittimità del provvedimento impugnato, la disapplicazione della prescrizione di fonte amministrativa che legittima o vieta l'adozione del provvedimento gravato deve retroagire quantomeno al momento dell'adozione dell'atto impugnato. Detto altrimenti, perché la norma di fonte amministrativa disapplicata non sia più parametro di legittimità del provvedimento gravato, il giudice deve estinguerne l'efficacia quantomeno a partire dal momento di adozione di quell'atto.

Ciò sarebbe già sufficiente ad affermare che la disapplicazione è una pronuncia, cioè un *petitum* e un *decisum*, non una questione pregiudiziale o una mera parte della *causa petendi* e *decidendi* e che dunque la disapplicazione è oggetto di giudicato. A ciò si deve aggiungere che l'efficacia costitutiva della disapplicazione deve essere anche "ultrattiva" rispetto al giudizio per assicurare l'effetto utile della sentenza sul provvedimento lesivo, ossia deve attingere il rapporto sostanziale⁶⁴. Se infatti la prescrizione di fonte amministrativa venisse privata degli effetti solo per quanto strettamente necessario a giudicare dell'illegittimità del provvedimento impugnato, ossia solo in relazione al momento dell'adozione del provvedimento lesivo, l'amministrazione dopo l'annullamento sarebbe comunque soggetta all'applicazione di quella norma.

Infatti, ad eccezione dei casi di illegittimità per violazione del diritto europeo, l'amministrazione non può disapplicare i regolamenti e gli atti amministrativi generali (al più può discostarsi dalle circolari, motivando). In altre parole, come si è già accennato, regolamenti e atti generali producono come effetto tipico quello di obbligare l'amministrazione di cui disciplinano il potere a rispettare le norme che pongono. Sicché, se la disapplicazione estinguesse l'effi-

Il criterio è stato particolarmente indagato dalla dottrina che si è occupata del fenomeno della retroattività delle norme che disciplinano il potere: cfr. F. LA VALLE, *La retroazione della pronuncia d'incostituzionalità sui provvedimenti e sugli adempimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 894 ss.; G. PAGLIARI, *Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva dei provvedimenti amministrativi*, Padova, 1991, *passim*; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1 ss.

⁶⁴ L'esigenza è evidenziata in questi termini da F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 113 ss.; ID., *Disapplicazione*, cit., 295; ma già ben presente, sebbene risolta in maniera differente, da G. VACIRCA, *Disapplicazione dei regolamenti illegittimi*, cit. 244.

cacia della norma di fonte amministrativa solo al momento dell'adozione del provvedimento lesivo, non "libererebbe" l'amministrazione dall'onere di rispettare quella norma dopo la sentenza che ha annullato o meno il provvedimento lesivo, privando di ogni utilità pratica la sentenza per la parte che ha vinto e in favore della quale è stata pronunciata la disapplicazione.

Ad esempio, pronunciato l'annullamento di un diniego di permesso di costruire fondato su una norma illegittima del regolamento edilizio comunale, tramite la disapplicazione di questa norma (in favore del ricorrente), l'amministrazione in sede di ri-esercizio del potere sarebbe ancora soggetta a quella norma del regolamento edilizio, se la sentenza non avesse disposto con efficacia di giudicato l'estinzione di quella norma (ossia di quell'effetto) del regolamento anche *pro futuro*, ancorché solo tra le parti e in relazione a quel procedimento. Altrettanto avverrebbe per un'ordinanza di ingiunzione a demolire un fabbricato per difformità da una prescrizione del regolamento edilizio comunale sopravvenuta e tuttavia espressamente munita di efficacia anche per i fabbricati già realizzati (e perciò illegittima): ottenuto l'annullamento, previa disapplicazione di questa norma, l'amministrazione non solo potrebbe, ma dovrebbe riadottare l'ordinanza di ingiunzione a demolire, se la disapplicazione non estinguesse definitivamente la norma del regolamento edilizio, ancorché solo tra le parti e in relazione a quella specifica vicenda concreta.

Lo stesso è a dirsi nei casi di disapplicazione in favore delle parti "convenute" (resistente e controinteressato), almeno in relazione ai dinieghi. Respinto il ricorso contro il diniego di permesso di costruire per violazione di una norma del regolamento edilizio che consenta espressamente di edificare ciò per cui è stato richiesto il permesso, previa disapplicazione di tale norma perché illegittima, il privato potrebbe ri-presentare l'istanza di permesso di costruire per il medesimo immobile e lo stesso fabbricato e l'amministrazione sarebbe tenuta a valutarla sulla base della norma del regolamento edilizio già disapplicata dal giudice, se la disapplicazione non estinguesse definitivamente la norma del re-

golamento edilizio, ancorché solo tra le parti e in relazione a quella specifica vicenda concreta.

L'unico caso in cui la disapplicazione "non definitiva" potrebbe essere soddisfacente per la parte vittoriosa è la disapplicazione funzionale al rigetto di un ricorso contro un provvedimento restrittivo, in ragione della decadenza dall'azione di annullamento del provvedimento restrittivo nel frattempo maturata in capo all'originario ricorrente e che dunque comporta l'intangibilità degli effetti del provvedimento restrittivo nei suoi confronti. Ma se, per ipotesi, l'amministrazione fosse tenuta a provvedere sulla richiesta di annullamento in autotutela del provvedimento restrittivo o si potesse attivare un altro rimedio amministrativo (ad es., un potere di annullamento straordinario intestato ad un altro livello territoriale, come quello previsto dall'art. 39 TUE per i titoli edilizi), l'amministrazione sarebbe tenuta ad applicare la prescrizione di fonte amministrativa disapplicata per l'adozione di questo provvedimento di secondo grado, se la disapplicazione non estinguesse definitivamente quella norma, ancorché solo tra le parti e in relazione a quella specifica vicenda concreta.

A questo scopo, si potrebbe obiettare, è sufficiente l'effetto conformativo della sentenza⁶⁵. Tuttavia, questa tesi, per un verso, riguarda solo le sentenze di annullamento del provvedimento lesivo, cioè solo i casi di disapplicazione in favore del ricorrente, e perciò non spiega in che modo la disapplicazione possa rivolgersi effettivamente in favore del resistente e del controinteressato. Per le sentenze di annullamento è poi un modo di nascondere la distinzione tra disapplicazione della prescrizione di fonte amministrativa e l'annullamento del provvedimento lesivo che ne ha fatto applicazione, ignorando la portata costitutiva della disapplicazione. L'effetto conformativo è infatti la conseguenza dell'*accertamento* del vizio del provvedimento lesivo, ma non può comportare di per sé l'*inefficacia* della prescrizione di fonte amministrativa, per la stessa ragione per

65 G. VACIRCA, *Disapplicazione dei regolamenti illegittimi*, loc. cit.; cfr. anche F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 113 ss.; ID., *Disapplicazione*, loc. cit., ancorché questo Autore ponga come premessa dell'effetto conformativo esteso alla disapplicazione anche la natura costitutiva della disapplicazione del regolamento.

cui l'effetto eliminatorio dell'annullamento del provvedimento lesivo non si estende alla prescrizione di fonte amministrativa: si tratta di pronunce costitutive che hanno oggetti (*petita* e *decisa*) distinti, frequentemente parametri distinti (*causae petendi* e *decidendi*) e riguardano poteri e interessi legittimi (*petita* e *decisa* sostanziali) distinti.

La questione di disapplicazione riguarda infatti un altro atto o una delle norme prodotte da un altro atto, diverso dal provvedimento oggetto della pronuncia di annullamento e può essere condotta anche alla stregua di un parametro diverso (si pensi alla disapplicazione del regolamento per incompetenza, che preluda alla violazione della legge ordinaria da parte del provvedimento lesivo). Sul piano del *petitum* e *decisum* sostanziale, l'interesse legittimo e il potere attinti dalle due pronunce sono diversi. Il potere di adottare l'atto normativo o generale non è il potere di adottare il provvedimento lesivo: ne sono diversi i presupposti e gli effetti e (almeno potenzialmente) anche i fini. E che siano poteri distinti è dimostrato dal fatto che possono essere attribuiti (e in pratica lo sono con una certa frequenza) ad amministrazioni diverse, l'una titolare del potere di regolare l'esercizio del potere dell'altra amministrazione⁶⁶. L'interesse legittimo correlato al potere di adottare l'atto normativo o generale può condividere l'interesse materiale (il c.d. bene della vita) con l'interesse legittimo correlato al potere di adottare il provvedimento lesivo. Tuttavia, sono diverse le condizioni di tutela dell'uno e dell'altro, cioè la dimensione deontica di tali situazioni giuridiche soggettive, e questi interessi legittimi possono avere anche diversa natura. Le condizioni di tutela dell'interesse legittimo opposto al potere normativo o generale e dell'interesse opposto al potere "concreto ed individuale" corrispondono ai limiti previsti dall'ordinamento a quei due poteri, cioè alle condizioni di validità di tali poteri – sono il loro "specchio". Le condizioni di validità

66 I poteri amministrativi infatti possono essere distinti sulla base della loro disciplina, particolarmente in base ai presupposti cui il loro legittimo esercizio è subordinato, agli effetti che producono e all'interesse pubblico primario che sono chiamati a curare. Su questi profili M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 179 ss., che fonda tale conclusione sulla base della nozione di potere come «schema di validità degli atti» (154 ss.).

dei due poteri sono diverse, perché diversa ne è la disciplina: presupposti, limiti all'efficacia, fini, competenza e così via per i due poteri sono diversi. Sicché sono diverse anche le condizioni di tutela di questi due interessi legittimi. Tali interessi, poi, possono avere natura diversa: l'uno oppositivo e l'altro pretensivo. Ad esempio, chi si duole (chiedendone la disapplicazione) dell'illegittimità della norma regolamentare che gli ha impedito di ottenere il permesso di costruire vanta in quella vicenda un interesse legittimo oppositivo nei confronti del potere regolamentare e un interesse legittimo pretensivo dei confronti del potere di autorizzare la costruzione.

Sicché la disapplicazione della prescrizione di fonte amministrativa è una pronuncia costitutiva, retroattiva e definitiva, nel senso che ha efficacia anche sostanziale, distinta da quella di annullamento del provvedimento lesivo, ancorché logicamente antecedente a quest'ultima. Perciò, oltre che per assicurare l'utilità della sentenza sulla domanda di annullamento alla parte vittoriosa, essa è sempre oggetto del giudicato.

4. Dall'efficacia di giudicato al principio dispositivo e ritorno

Qualificare la disapplicazione della prescrizione di fonte amministrativa non come questione pregiudiziale o parte della *causa decidendi* della questione principale, ma come *decisum* costitutivo distinto dall'annullamento comporta una conseguenza: la disapplicazione non è un potere officioso.

È infatti uno dei cardini del processo dispositivo che l'efficacia di giudicato copra solo l'oggetto dedotto dalle parti in giudizio, ad eccezione dei casi in cui sia previsto diversamente dalla legge⁶⁷ e, secondo una parte della dottrina, ad eccezione dei soli accertamenti (e non delle pronunce costitutive e di condanna) su questioni pregiudiziali logiche⁶⁸. Tale norma è un diretto corollario del principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c., art. 34, co. 1, c.p.a.), a sua volta discendente dal principio di imparzialità del giudice

67 È l'idea dei cerchi concentrici di chiovendiano impianto, su cui per tutti (in relazione al processo amministrativo), C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 129 ss.

68 S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, *passim*.

(art. 111 Cost.)⁶⁹: salvo che l'ordinamento non preveda altrimenti, il giudice non può ampliare d'ufficio il *thema decidendum*. Anche ad ammettere che l'art. 5 l. ab. cont. possa trovare applicazione nel processo amministrativo, l'officiosità del potere di disapplicazione non pare si possa trarre dall'art. 5 l. ab. cont. Anche nel processo civile, infatti, quando assume portata principale ed è idonea a passare in giudicato, la disapplicazione è considerata un potere del giudice esercitabile solo su istanza di parte⁷⁰.

Al contempo, proprio perché la disapplicazione è una pronuncia costitutiva e richiede una domanda di parte, la disapplicazione deve essere richiesta con le forme e nei modi delle domande principali e incidentali, ossia con ricorso (o ove consentito con motivi aggiunti) o ricorso incidentale (da parte del controinteressato e almeno da parte dell'amministrazione che non abbia adottato l'atto di cui chiede la disapplicazione), notificato anche all'amministrazione che ha adottato l'atto di cui si chiede la (eventualmente parziale) disapplicazione⁷¹. Ciò implica, per le parti diverse dal ricorrente, la soggezione al termine di cui all'art. 42 c.p.a. e, per il ricorrente, la soggezione al termine di cui all'art. 41 c.p.a. Se la soggezione al termine per la notifica del ricorso incidentale discende dalla natura di domanda incidentale avanzata dalle parti "convenute", la soggezione al termine di decadenza dell'azione di annullamento per il ricorrente dipende dal ruolo che la domanda e la pronuncia di disapplicazione rivestono. La disapplicazione è, come si è detto, una pronuncia costitutiva per la costruzione della *causa petendi* dell'annullamento del provvedimento lesivo: senza la disapplicazione non c'è il vizio del provvedimento lesivo. Sicché essa è parte integrante di almeno uno dei motivi e insieme ad esso deve essere avanzata, come ha ritenuto l'Adunanza plenaria per la nullità delle cause di esclusione previste nei

69 Sul fondamento del principio della domanda, in tutte le sue declinazioni, nella regola di imparzialità del giudice, sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 247 ss.

70 Si veda *supra*, § 1.

71 Sulla problematicità della disapplicazione senza contraddittorio con l'amministrazione che ha adottato l'atto disapplicato, cfr. F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, cit. 222.

bandi di gara *ex art.* 83, co. 8, d.lgs. n. 50/2016, rispetto all'annullamento dell'esclusione dalla gara⁷².

L'unico "correttivo" a questa rigidità risiede nel potere/dovere del giudice di interpretare e qualificare la domanda (art. 34, co.2, c.p.a.)⁷³: il giudice dovrà disapplicare la prescrizione di fonte amministrativa anche in assenza di una domanda espressa in tal senso, purché l'illegittimità di tale norma emerga dal motivo di annullamento proposto contro il provvedimento lesivo.

In sostanza, per la disapplicazione della prescrizione di fonte amministrativa si profila un regime sostanzialmente identico a quello dell'annullamento della medesima prescrizione (ossia dell'annullamento parziale del regolamento e dell'atto generale)⁷⁴: pronuncia su domanda di parte entro il termine di decadenza (in via principale o incidentale), pronuncia costitutiva ad effetto eliminatorio, retroattività almeno parziale, efficacia oggettiva di giudicato. L'unica differenza rimarrebbe l'efficacia soggettiva del giudicato: la disapplicazione ha effetto solo tra le parti in causa, l'annullamento (anche se parziale) del regolamento o dell'atto generale ha effetto *erga omnes*, secondo la giurisprudenza confermata nel 2018 dall'Adunanza plenaria. Che non sia forse giunto il momento di rimeditare l'efficacia *erga omnes* quantomeno dell'annullamento parziale di regolamenti e atti generali non direttamente lesivi, ossia delle prescrizioni di fonte amministrativa, per riportare ad unità sistematica ciò che appare (ingiustificatamente ed inutilmente) frammentario?

72 Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020 n. 22.

73 Sui limiti di questo potere del giudice amministrativo, sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 177 ss.

74 Confermando l'idea dell'incompatibilità strutturale della disapplicazione nel processo amministrativo: S. PERONGINI, *La disapplicazione*, cit., 4044 ss.

STEFANO VACCARI

Ricercatore di Diritto amministrativo (RTD-B) presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Sassari

svaccari@uniss.it

ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA VINCOLATA E GIUDICATO

NON-DISCRETIONARY ADMINISTRATIVE ACTION AND RES JUDICATA

SINTESI

L'articolo riflette sulle correlazioni tra l'applicazione giudiziale della regola di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della l. 7 agosto 1990, n. 241 e l'ampiezza dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo. L'Autore inquadra l'accertamento sulla complessiva validità dell'atto amministrativo vincolato ai sensi della suddetta disposizione come espressione di pregiudizialità logica. Si evidenziano le conseguenze di una siffatta opzione ricostruttiva con riferimento alle opposte ipotesi dell'accoglimento e del rigetto della domanda principale di annullamento.

ABSTRACT

The paper deals with the relationship between the judicial application of the rule laid down by art. 21-*octies*, par. 2, first sentence, L. 7 August 1990, No. 241 and the scope of the objective limits of 'res judicata'. The Author defines the judicial assessment on the overall validity of the non-discretionary administrative act pursuant to the above-mentioned legislative provision as a 'preliminary question' covered by the res judicata. The consequences of such theoretical option are highlighted with reference to the opposite hypotheses of granting and rejecting the applicant's claim.

PAROLE CHIAVE: Giudicato amministrativo - Vizi formali e procedurali - Attività amministrativa vincolata - Art. 21-*octies* l. n. 241/1990 - Annullamento d'ufficio - *Jus superveniens* - Sopravvenienze di fatto.

KEYWORDS: *Res Judicata* - Formal and Procedural Errors - Non-Discretionary Administrative Action - Art. 21-*octies* L. No. 241/1990 - *Ex officio* Administrative Annulment - *Jus superveniens* - Factual Contingencies.

INDICE: 1. Oggetto e obiettivo della riflessione. – 2. Art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, l. n. 241/1990 e ‘dinamica processuale’. – 3. Accertamento della ‘complessiva’ validità del provvedimento vincolato e giudicato amministrativo. – 4. Alcuni corollari teorico-applicativi. – 4.1. (Segue): Giudicato di rigetto ed efficacia preclusiva. – 4.2. Giudicato di accoglimento e rilevanza delle sopravvenienze. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Oggetto e obiettivo della riflessione

Il presente contributo¹ si inserisce nel dibattito relativo ai rapporti tra il sindacato giudiziale sull’attività amministrativa vincolata e i limiti oggettivi² del (successivo) giudicato³.

A tal fine, ci si concentrerà sulla questione concernente l’ampiezza dell’‘accertamento’⁴ svolto dal giudice amministrativo nel dare applicazione alla regola di giudizio *ex art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della l. 7 agosto 1990, n. 241*⁵. Non ci si occuperà, invece, del ‘secondo periodo’ della medesima

1 Per ogni ulteriore approfondimento sul tema oggetto delle seguenti riflessioni sia consentito rinviare al ns. precedente *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, II, 481 e ss.

2 Per l’impostazione generale, cfr. quantomeno S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937; nonché la voce di G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, 1969, 785 e ss.

3 Nell’ambito della più ampia letteratura in materia di giudicato amministrativo cfr., a partire dal fondamentale contributo di M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, quantomeno i seguenti studi monografici: G. URBANO, *Contributo sull’effettività del giudicato amministrativo*, Torino, 2020; se consentito, S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005; A. LOLLI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, Milano, 2002; P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, 1990.

4 Cfr. E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, 1987, 17 e ss., ove si delinea il rapporto tra ‘accertamento’ e ‘cosa giudicata’ nonché la distinzione tra i concetti di ‘accertamento’ e di ‘mera cognizione’.

5 Ove, com’è noto, si dispone che «[n]on è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». La bibliografia in argomento è vastissima. Sia consentito rinviare, senza pretese di esaustività, quantomeno a R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 1141 e ss.; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, Milano, 2015; P. LAZZARA, *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all’art. 21-*octies*, L. 241 del 1990*, in *Foro amm. CdS*, 2009, I, 190 e ss.; L. FERRARA, *La partecipazione tra ‘illegittimità’ e ‘illegalità’*. Considerazioni sulla disciplina dell’annullamento non pronunciabile, in *Dir. amm.*, 2008, I, 103 e ss.; F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, II, 319 e ss.; F. MIDIRI, *L’art. 21 *octies* della legge sul procedimento amministrativo è*

disposizione⁶, dal momento che esso può interessare (anche) provvedimenti amministrativi discrezionali (in concreto) e, in secondo luogo, in quanto regola che imporrebbe di riflettere – soprattutto – sul tema della distribuzione dell'onere di allegazione e di prova tra le parti processuali⁷.

Si tratta, pertanto, di comprendere se l'accertamento svolto dal giudice amministrativo ai sensi della disposizione richiamata⁸ sia realizzato attraverso una cognizione in via principale (*'principaliter'*), e come tale rientrante nei limiti oggettivi del successivo giudicato, ovvero in via incidentale (*'incidenter tantum'*), senza perciò essere ricompreso nella dimensione oggettiva della 'cosa giudicata'⁹.

Il suddetto interrogativo si correla a talune rilevanti questioni di ordine teorico-applicativo – che saranno oggetto di specifica attenzione¹⁰ – con riguar-

una disposizione di carattere sostanziale o processuale?, in *Foro amm. CdS*, 2007, I, 254 e ss.; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, II, 385 e ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006; FRACCHIA - M. OCCHIANA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giustamm.it*, 2005. La letteratura sul tema dei vizi formali e procedurali antecedente all'entrata in vigore dell'art. 21-octies, comma 2, della l. n. 241/1990 è altrettanto ampia. Cfr., *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, I, 187 e ss.; ID., *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2003, XI, 2191 e ss.; V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in AA.VV., *Annuario A.I.P.D.A.* 2002, Milano, 2003, 79 e ss.; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, IV, 735 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, II, 409 e ss.; F. FRACCHIA, *Vizi formali, semplificazione procedimentale, silenzio assenso e irregolarità*, in *Dir. ec.*, 2002, III-IV, 429 e ss.

6 Il quale stabilisce che «[i]l provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

7 Su questi aspetti cfr. il significativo contributo di L. FERRARA, *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, I, 229 e ss.

8 Di grande interesse sono le riflessioni in argomento portate da D. CORLETTI, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, I, 33 e ss.

9 Del resto, come è stato rilevato da autorevole dottrina processualistica (G. VERDE, *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, I, 176), «[...] soltanto la cognizione in via principale è in grado di sfociare in un provvedimento suscettibile di passare in giudicato (sostanziale)».

10 Cfr. *infra sub* §§ 4.1 e 4.2.

do (i) ai riflessi dell'efficacia preclusiva del giudicato di rigetto (della domanda principale) rispetto al potere amministrativo di annullamento d'ufficio¹¹; (ii) alla relazione tra giudicato di annullamento (per effetto dell'accoglimento della domanda principale) e sopravvenienze di fatto o di nuovo 'jus'.

2. Art. 21-octies, comma 2, primo periodo, l. n. 241/1990 e 'dinamica processuale'

L'art. 21-octies, comma 2, primo periodo, della l. n. 241/1990 ha attribuito al giudice amministrativo uno specifico 'potere-dovere'¹² a esercizio necessario per tutte quelle controversie in cui la domanda di annullamento di un determinato provvedimento¹³ vincolato si fonda esclusivamente su vizi di legittimità (che la disposizione definisce) 'formale' o 'procedurale'. In queste ipotesi,

11 O, con soluzione analoga, nel caso di declaratoria di inammissibilità della domanda principale per carenza di interesse a ricorrere, attesa la natura 'apparentemente processuale' di una siffatta decisione giudiziaria siccome fondata sull'applicazione di disposizioni di natura sostanziale e, come tale, fonte di giudicato 'sostanziale' esterno ex art. 2909 c.c. al pari delle sentenze di merito. Cfr., per tutti, F. FRANCIOSI, *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, I, 52 e ss.

12 In questi termini, molto chiaramente, Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414.

13 Nell'economia del presente scritto, l'utilizzo dell'espressione 'provvedimento vincolato' si giustifica esclusivamente in ragione del richiamo alla formula contenuta nella disposizione in commento, pur nella consapevolezza dell'ampio dibattito esistente in dottrina circa la natura provvedimentale o meno delle decisioni che costituiscono esercizio di attività vincolata. In argomento, si rinvia – da ultimo – alle significative riflessioni svolte da M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, in R. URSI - M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 120 e ss. (nonché, del medesimo A., *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 122 e ss.); e F. FOLLIERI, *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, in questa *Rivista*, 2017, I, 111 e ss. (nonché, del medesimo A., *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, n. 7/2017, 22 e s.). Per la tesi secondo cui l'atto vincolato non è ascrivibile alla categoria del provvedimento amministrativo in quanto non espressione di potere cfr., oltre al fondamentale contributo di A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, I, 3 e ss., quantomeno G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in ID. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 101 e ss.; e F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, IV, 376 e ss. Per l'opposta tesi secondo cui l'atto vincolato è qualificabile come provvedimento e costituisce esercizio di 'potere' (nell'accezione di potere 'costitutivo' dell'effetto giuridico', pur difettando nella fattispecie il potere 'determinante', ossia di scelta tra più alternative valide o di decisione sul conflitto di interessi), cfr. – per tutti – F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, I, 34: «[l']atto dell'Amministrazione, anche se la disciplina degli interessi è interamente contenuta nella legge (come nel caso di attività vincolata) può rimanere (e, secondo il nostro sistema positivo, resta) atto indispensabile per la costituzione dell'effetto, ossia indispensabile acciòché la disciplina degli interessi diventi giuridicamente vincolante» (per ogni ulteriore approfondimento sull'impostazione teorica dell'A., cfr. il precedente – e tutt'ora fondamentale – ID., *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 247 e ss.).

l'annullamento del provvedimento impugnato è subordinato al superamento di una previa 'prova di resistenza'¹⁴, quale è la verifica circa la complessiva validità (sostanziale) del contenuto dispositivo dell'atto gravato¹⁵.

La previsione in commento denota – su un piano più generale – la crisi del tradizionale postulato della cosiddetta eguale rilevanza del vizio di violazione di legge¹⁶, dal momento che nel passato regime ogni valutazione circa l'eventuale presenza di 'alternative amministrative' era rimessa all'amministrazione nella fase di (ri)esercizio del potere *post-giudizio*.

Diversamente, la riforma della legge sul procedimento amministrativo (art. 14 della l. n. 11 febbraio 2015, n. 15) ha incaricato gli organi giurisdizionali¹⁷ di svolgere il doveroso accertamento pregiudiziale *ex lege* in merito all'assenza di alternative del contenuto dispositivo del provvedimento impugnato, con conseguente dilatazione officiosa dell'oggetto del giudizio rispetto al c.d. '*thema*

14 Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 362, ove si ricollega l'art. 21-*octies*, comma 2, al principio giurisprudenziale della c.d. prova di resistenza («[l] 'atto impugnato non può essere annullato quando, pur emendato del vizio, non consentirebbe al ricorrente di raggiungere il risultato sperato») nonché al principio di economia del processo e dell'attività amministrativa (p. 363).

15 La *ratio* della nuova regola si lega a una pluralità di principi o ragioni, come è stato evidenziato dalla dottrina (sia consentito rinviare, per una sintesi delle principali ricostruzioni proposte in letteratura, a S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, cit., 487 e s.) e dalla giurisprudenza (cfr., per tutte, T.a.r. Sicilia-Palermo, Sez. II, 10 maggio 2011, n. 904): evitare la patologia della 'professionale caccia all'errore'; il principio di conservazione degli atti giuridici; il principio di prevalenza della 'sostanza' sulla 'forma' (con conseguente transizione da una legalità delle 'forme' a una legalità dei 'contenuti'); la teorica della legalità c.d. di 'risultato' (e, con essa, la maggior rilevanza accordata al paradigma 'idoneità-inidoneità' al raggiungimento del fine-interesse pubblico, in luogo dell'alternativa coppia di concetti 'conformità-difformità' dal paradigma legale); la sanatoria per raggiungimento dello 'scopo' della norma in analogia a quanto dispone – per gli atti processuali – l'art. 156, comma 3, c.p.c.

16 In questi termini, molto lucidamente, G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 237, ove l'affermazione per cui «[...] tutte le norme attinenti ai poteri amministrativi sono vincolanti e lo sono in pari grado: ogni violazione, quale che ne sia il tipo, dà luogo ad illegittimità»: il che, ad avviso dell'autorevole dottrina, poteva dar luogo a fenomeni di patologica 'caccia all'errore' da parte dei privati ricorrenti. Cfr., anche, F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, I, 26, ove – sulla scorta del diritto positivo all'epoca vigente – si rilevava che, nella disciplina dell'invalidità del provvedimento amministrativo, non si faceva alcuna distinzione tra vizi formali e sostanziali: di talché, «[t]utti i vizi danno ingresso alla medesima tutela giuridica; in particolare, all'annullamento del provvedimento viziato, almeno allo stato attuale del 'diritto vivente'. Al fine di rendere giuridicamente rilevante la distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali occorrerebbe pertanto un intervento legislativo, o, quanto meno, un rivoluzionario episodio di giurisprudenza pretoria».

17 Sulla 'sequenza interpretativa' che il giudice amministrativo deve svolgere per applicare la disposizione in commento e sulle relative problematiche sia consentito rinviare, *amplius*, a S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, cit., 494 e ss.

decidendum individuato sulla scorta dei tradizionali criteri di identificazione delle azioni proposte dal ricorrente in combinato con le eventuali eccezioni e domande riconvenzionali presentate dalle altre parti necessarie del giudizio¹⁸. Il che, a sua volta, comporta una deroga di fonte legislativa al principio della domanda – e, in specie, al principio di corrispondenza tra ‘chiesto’ e ‘pronunciato’ – onde tutelare determinati interessi ritenuti dal legislatore meritevoli di prevalenza nella concreta dinamica processuale: in questo caso, la subordinazione della caducazione giudiziale degli atti amministrativi vincolati alla (previa) verifica della sussistenza di un preciso collegamento tra le illegittimità denunciate e la ‘lesione’ dell’interesse finale¹⁹ (o, se si vuole, pretesa sostanziale al bene della vita²⁰)²¹, stante altrimenti il difetto di utilità della pronuncia costitutiva di annul-

18 Cfr. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve, cit.*, 34 e s., ove gli A. individuano – tra le plurime conseguenze discendenti dal modello introdotto dall’art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/1990 – l’‘attenuazione’ del principio della domanda nel processo amministrativo. E invero, «[q]ualora [...] la parte chiedesse l’annullamento del provvedimento per violazione di una norma procedimentale e dunque per vizi formali, il giudice dovrebbe comunque estendere la cognizione agli eventuali vizi sostanziali ai fini della decisione, giacché solo in questo secondo caso potrebbe annullare l’atto impugnato. Il giudice amministrativo finirebbe dunque con il non rispettare il contenuto della domanda avanzata dalla parte, perché annullerebbe l’atto per motivi differenti, senza limitarsi al thema decidendum definito nel ricorso». Cfr., anche, F. SCIARRETTA, *L’art. 21-octies, 2° co., primo periodo, L. n. 241/1990: aspetti sostanziali e processuali*, in V. CERULLI IRELLI - L. DE LUCIA (a cura di), *L’invalidità amministrativa*, Torino, 2009, 96 e ss.; e D. CORLETTI, *Vizi “formali” e poteri del giudice amministrativo, cit.*, 36 e ss.

19 Cfr. le importanti riflessioni di G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, III, 479 e ss.

20 Per ogni approfondimento sul concetto di ‘pretesa sostanziale’ non può che rinviarsi all’ampio e rigoroso studio di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell’oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, *passim*.

21 A questo proposito, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi, cit.*, 213, ove il rilievo per cui «[...] se l’oggetto del giudizio si identifica con la pretesa del ricorrente ad ottenere il bene della vita al quale ha titolo, il carattere sostanziale o formale della violazione si manifesta rispettivamente in funzione della idoneità del vizio a frustrare o meno la soddisfazione di tale pretesa». Con la consueta sensibilità e lungimiranza, G. PASTORI, *Dalla legge n. 241 alle proposte di nuove norme generali sull’attività amministrativa*, in *Amministrare*, 2002, III, 315, nel commentare l’iniziativa legislativa che avrebbe portato all’entrata in vigore della l. n. 15/2005 (e, con essa, l’art. 21-octies della l. n. 241/1990), manifestava alcuni dubbi in merito alla possibile restrizione delle garanzie procedurali quale effetto della segnalata riforma: di talché, ad avviso dell’autorevole dottrina, «[...] togliere rilevanza al rispetto delle norme di procedimento e di forma può giustificarsi solo in presenza di un giudizio amministrativo diversamente impostato non più sulla legittimità dell’atto, ma sulla pretesa sostanziale ovvero sulla legalità sostanziale del rapporto fra amministrazioni e interessati, altrimenti si risolve in una riduzione della tutela. E che al più si dovrebbe distinguere fra il rispetto di forme sostanziali o meno».

lamento a fronte di un ri-esercizio del potere amministrativo a esito sostanzialmente ‘scontato’²².

Di talché, in questa tipologia di controversie amministrative, il problema della ‘validità sostanziale’ è sempre ricompreso nella materia del contendere: (i) in forza della domanda del ricorrente, qualora siano espressamente addotte censure di ordine sostanziale; ovvero (ii) *ex officio* laddove – come è il caso di interesse delle presenti riflessioni – la domanda di annullamento si fondi esclusivamente su censure di ordine formale o procedurale.

3. Accertamento della ‘complessiva’ validità del provvedimento vincolato e giudicato amministrativo

Svolte le superiori considerazioni, è possibile sostenere che l’accertamento giudiziale sulla ‘complessiva’ validità del provvedimento impugnato nelle fattispecie regolate dall’art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della l. n. 241/1990 (per ‘assenza di alternative’ del contenuto dispositivo) sia svolto in via ‘principale’ siccome riconducibile alla categoria della c.d. pregiudizialità logica.

La giustificazione della tesi impone alcuni passaggi argomentativi, e segnatamente l’inquadramento dell’accertamento in questione nell’ambito della teoria della pregiudizialità²³, ove – com’è noto – si distingue tradizionalmente tra punti, questioni (*i.e.* i punti controversi che costituiscono antecedente logico-giuridico per statuire sulla domanda principale) e cause pregiudiziali²⁴. La regola generale è nel senso della cognizione *incidenter tantum* dei punti e delle questioni pregiudiziali²⁵, giusta la lettura ‘*a contrario*’ dell’art. 34 c.p.c.²⁶; con ana-

22 In giurisprudenza, molto chiaramente, Cons. Stato, Sez. VI, 27 febbraio 2012, n. 1081.

23 Cfr., oltre al fondamentale contributo di A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, e al classico studio di F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1904, quantomeno, E. GARBAGNATI, *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, 1987; e V. DENTI, *Questioni pregiudiziali* (voce), in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1967.

24 Per ogni approfondimento, si rinvia a G. PRIMERANO, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Torino, 2017, 36 e ss., anche per la principale bibliografia in materia.

25 Cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 61: «[I]l accertamento dei fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi non è mai coperto da autorità di cosa giudicata ed è sempre effettuato *incidenter tantum*, cioè ai soli fini della statuizione sul diritto fatto valere in giudizio dall’attore».

26 Art. 34 c.p.c. (‘*Accertamenti incidentali*’): «[I]l giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest’ultimo, assegnando alle parti un ter-

loga soluzione anche nelle fattispecie dei c.d. fatti-diritti legati da fenomeni di condizionamento-dipendenza in termini di pregiudizialità 'tecnica'²⁷.

Di conseguenza, la questione pregiudiziale è fatta rientrare nell'oggetto del processo, e per l'effetto nell'ambito oggettivo del successivo giudicato, soltanto a fronte (i) di un'esplicita domanda di parte (la c.d. volontà di parte) o (ii) di un'apposita previsione legislativa (la c.d. volontà di legge). Si potrebbe affermare – in termini di estrema sintesi – che «[...] l'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità termina là dove comincia l'oggetto del giudizio»²⁸.

Nell'ambito della più generale classificazione sopra richiamata, una parte della dottrina processualistica – sulla scorta dell'influenza della teorica 'Zeuneriana'²⁹ – ha isolato l'ipotesi della c.d. pregiudizialità logica, la quale concerne tutte quelle situazioni in cui sussiste un rapporto di 'continenza' tra una 'parte' – il 'diritto' oggetto della domanda giudiziale – e un 'tutto' rappresentato dal rapporto giuridico sostanziale³⁰. In questi casi, il rapporto giuridico fonamen-

mine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui». Per un'esame della disposizione, cfr. R. TISCINI, Commento all'art. 34, in ID., Delle modificazioni della competenza per ragioni di connessione. Del difetto di giurisdizione, dell'incompetenza e della litispendenza, Bologna, 2016, 138 e ss.

27 Per l'analisi e la definizione della fattispecie di c.d. pregiudizialità tecnica cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 87 e s.: «[...] A) L'elemento pregiudicante è l'effetto di una distinta ed autonoma fattispecie; esso rileva sul piano sostanziale di per sé, a prescindere dal collegamento e dal riferimento al diritto pregiudicato, ed ha valore autonomo, poiché attribuisce direttamente al titolare una posizione di preminenza rispetto ad un bene della vita. Da ciò segue, sul piano processuale, la totale indipendenza della sua tutelabilità giurisdizionale [...]. B) L'entità, che si dice pregiudiziale, costituisce uno degli elementi della fattispecie del diritto pregiudicato; la prima non esaurisce la fattispecie del secondo, ma ne fa parte, congiuntamente ad altri e distinti fatti giuridici; C) Vengono in considerazione più rapporti giuridici, giacché l'effetto, che rappresenta un elemento della fattispecie del diritto dipendente, trova origine da un rapporto distinto ed autonomo; il che può essere espresso, in ultima analisi, indicando la pregiudizialità tecnica come un nesso tra rapporti diversi, tale che alla fattispecie dell'uno appartiene l'effetto o uno degli effetti dell'altro». Del medesimo A., cfr. anche ID., *Regiudicata civile* (voce), in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1997, 434.

28 Cfr. A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit., 153. In termini analoghi cfr., anche, S. MENCHINI, *Accertamenti incidentali* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1995, 8 e s.; e S. SATTA, *Nuove riflessioni sugli accertamenti incidentali*, in *Foro it.*, 1948, 67.

29 Cfr. A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Zusammenhänge: zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozess*, Tübingen, 1959, 42 e ss., ove la formulazione della nota teoria del vincolo al c.d. motivo portante. Com'è noto, trattasi di impostazione dottrinale oggetto di contrastanti visioni nel panorama dottrinale domestico: basti il richiamo alle tesi contrapposte di S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 123 e ss.; e C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. Parte I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, I, 226 e ss.

30 Cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., pag. 92, nt. 78: «[...] la pregiudizialità logica descrive [...] il nesso tra il rapporto complesso e la sua parte, tra l'organismo e le singole membra, che da

tale è fatto rientrare nell'oggetto del processo e, correlativamente, nell'oggetto del giudicato dal momento che la cognizione su di esso viene a essere svolta in via principale³¹: s'intende, così, evitare la frammentazione processuale di rapporti giuridici sostanzialmente unitari³² nonché il possibile contrasto 'logico' tra giudicati.

Da questi argomenti si ricava una possibile giustificazione della tesi volta a inquadrare l'accertamento svolto dal giudice amministrativo ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della l. n. 241/1990 come espressione di pregiudizialità logica³³. E invero, l'effetto giuridico domandato dal ricorrente (*i.e.* l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato in ragione della sussistenza di vizi di legittimità formale o procedurale) rappresenta una 'frazione' della più ampia questione concernente la validità complessiva (formale e so-

esso ricavano la propria forza vitale».

31 In giurisprudenza, cfr. Cass. Civ., Sez. II, 9 luglio 2004, n. 12739; Cass. Civ., Sez. III, 19 gennaio 1999, n. 462; Cass. Civ., Sez. Lav., 7 marzo 1995, n. 2645. Più di recente, di grande rilievo per il tema in discorso, sono le sentenze 'gemelle' Cass. Civ., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, relativamente all'esistenza del dovere di rilievo *ex officio* della nullità del contratto nell'ambito delle azioni di impugnativa negoziale (tra i plurimi commenti cfr., quantomeno, C. CONSOLO - F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, II, 225 e ss.; S. MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, III, 931 e ss.; e A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2015, III, 944 e ss.).

32 Cfr. S. MENCHINI, *Regiudicata civile* (voce), *cit.*, 437, nella parte in cui, al fine di valorizzare le esigenze pubblicistiche implicate dall'esercizio della tutela dei diritti, si sostiene che il processo «[...] non possa scindere, spezzettare l'unitario rapporto fondamentale e che, quindi, non sia lecito fornire ad esso discipline disomogenee, quando, invece, per diritto materiale le regolamentazioni debbono essere coordinate. La stretta interdipendenza che sussiste tra le singole pretese che compongono il rapporto complesso impone un'armonizzazione tra i giudicati, che può essere ottenuta soltanto estendendo l'efficacia della sentenza all'accertamento del rapporto». Il medesimo A., in *I limiti oggettivi del giudicato civile*, *cit.*, 113 e s., già affermava che «[...] la deduzione in giudizio di un singolo effetto fa sì che debba considerarsi oggetto della pronuncia e del giudicato anche il rapporto obbligatorio fondamentale [...]; la sentenza di accoglimento fa stato, oltre che sulla esistenza dell'effetto dedotto, sulla sussistenza e validità del rapporto giuridico, posto dal giudice a fondamento della pronuncia [...]».

33 A non voler accedere alla tesi proposta, si potrebbe comunque pervenire al medesimo risultato attraverso un diverso percorso argomentativo, ossia valorizzando il carattere *ex lege* dell'accertamento giudiziale sulla complessiva validità del provvedimento vincolato (ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della l. n. 2421/1990). Lo stesso art. 34 c.p.c., infatti, individua la 'volontà della legge' quale presupposto (alternativo) per la cognizione in via principale sulla questione pregiudiziale.

stanziale) del provvedimento e, suo tramite, del rapporto giuridico amministrativo³⁴.

4. Alcuni corollari teorico-applicativi

Dalla tesi proposta³⁵ discendono alcuni importanti corollari teorico-applicativi con riguardo alle opposte fattispecie del rigetto della domanda principale d'annullamento (fondata esclusivamente su censure di ordine formale o procedurale) e dell'accoglimento della stessa.

4.1. (Segue): Giudicato di rigetto ed efficacia preclusiva

Nelle controversie esaminate, il giudicato di rigetto della domanda principale d'annullamento dà luogo a un accertamento completo del rapporto in senso favorevole all'amministrazione resistente in ragione della complessiva validità (per assenza di alternative del contenuto dispositivo) dell'atto impugnato³⁶.

Seguendo la ricostruzione indicata, detto accertamento si fonda su una cognizione giudiziale svolta in via principale: il che determina la relativa inclu-

34 È nota la difficoltà di una ricostruzione dogmatica del concetto di rapporto amministrativo, stanti peraltro i diversi significati attribuiti in dottrina a tale espressione. Cfr., nel contesto del più ampio dibattito esistente in letteratura, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., 135 e s., ove l'indicazione del duplice 'piano' attraverso cui è possibile considerare la relazione tra i soggetti che si confrontano con il potere (e dal quale si ricavano i due differenti concetti di 'rapporto amministrativo'): «[I] 'uno indica la situazione che si crea a seguito della produzione dell'effetto, il quale determina [...] la creazione, modifica o estinzione di situazioni soggettive. Il rapporto che deriva dall'incisione del potere sulla realtà giuridica è quello che si ha, quindi, all'esito del suo esercizio. Esso non coinvolge, nei suoi termini, il potere come situazione giuridica, ma i suoi effetti. [...] L'altro tipo di rapporto, invece, riguarda il contesto relazionale all'interno del quale il potere viene considerato quale situazione giuridica soggettiva, quello, cioè, relativo al potere come modalità deontica di una determinata potenzialità precettiva [...]» (il che, ad avviso dell'A., non riguarda la 'situazione effettuale' originata in conseguenza dell'esercizio del potere, bensì la posizione dei singoli rispetto al potere da esercitare).

35 Ossia, la qualificazione dell'accertamento sulla complessiva validità (anche sostanziale) dell'atto vincolato sottoposto a contestazione giurisdizionale (sulla base di motivi di ricorso consistenti in mere violazioni di norme formali o procedurali) come cognizione in via principale in ragione di una pregiudizialità logica tra i due accertamenti.

36 Cfr. G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, II, 225 e s., ove – molto chiaramente – si afferma che la fattispecie di cui all'art. 21-octies, comma 2, primo periodo, della l. n. 241/1990, nei casi di 'non annullamento' degli atti vincolati impugnati per soli vizi formali o procedurali «[...] prefigura una sentenza di reiezione idonea ad accertare compiutamente il rapporto, in senso favorevole all'amministrazione. Una sentenza, in altre parole, idonea a coprire il deducibile in ordine ai vizi sostanziali, dato che la relativa assenza costituisce un presupposto logico indefettibile dell'accertamento che il contenuto dispositivo dell'atto non avrebbe potuto essere diverso».

sione nel perimetro oggettivo del giudicato amministrativo, dal quale discende un effetto preclusivo pieno per la successiva attività delle parti.

Di conseguenza, la pubblica amministrazione rinviene nella suddetta decisione di rigetto la fonte di una preclusione ostativa all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio³⁷, funzionale – in ipotesi – alla rimozione di vizi di legittimità sostanziale ritenuti sussistenti in esito a una valutazione effettuata successivamente alla formazione del giudicato amministrativo. Un siffatto provvedimento di autotutela dovrebbe, pertanto, qualificarsi come nullo *ex art. 21-septies* della l. n. 241/1990, siccome in contrasto con la 'regola' posta dal giudicato (*i.e.* l'accertamento sulla complessiva validità – anche sostanziale – dell'atto impugnato o, se si vuole, del rapporto amministrativo).

Rispetto a questa conclusione, potrebbe obiettarsi che l'effetto preclusivo della '*res iudicata*' vincoli la parte soccombente in giudizio ma non (anche) la parte vittoriosa, titolare del potere dispositivo di rinuncia al giudicato a sé favorevole. Tuttavia, diverse ragioni inducono a rispondere in senso negativo al segnalato rilievo: sia per garantire il rispetto del principio di legalità, a fronte dell'applicazione della legge come risultato della funzione giurisdizionale; sia per non intaccare l'effetto 'stabilizzante' del giudicato quale nuova 'fonte' rego-

37 A tale proposito, cfr. E. CASETTA, *Sulle potestà di annullamento d'ufficio, di revoca e di rinuncia della pubblica amministrazione di fronte al giudicato amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, I, 178, ove si osserva che il problema dei limiti posti dal giudicato amministrativo ai poteri di autotutela della pubblica amministrazione «[...] è certo uno dei temi più interessanti e dei meno approfonditi da parte della dottrina». In argomento, di grande interesse sono le riflessioni di V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2017, 630, secondo cui «[...] l'Amministrazione non [può] successivamente annullare d'ufficio o riformare l'atto impugnato sulla base dei medesimi motivi di illegittimità dedotti in sede giurisdizionale e accertati siccome infondati». E ciò in quanto «[...] il giudicato (ma già la sentenza esecutiva) vincola la successiva azione amministrativa dettando ad essa una regola che non può essere violata (a pena di violazione del giudicato)». Da ciò ne discende (p. 631) che, laddove il giudicato di rigetto costituisca l'esito dell'applicazione dell'art. 21-octies della l. n. 241/1990, «[...] l'accertamento giurisdizionale non "copre" l'infondatezza dei motivi dedotti (come negli altri casi), che anzi si suppongono fondati, ma la sussistenza di una qualità dell'atto (per così dire), che esso cioè nel suo contenuto dispositivo non poteva essere diverso da quello in concreto adottato (appunto perché, come atto vincolato, risulta conforme al suo parametro normativo)», con la conseguenza che «[...] l'Amministrazione, in sede di autotutela, sia vincolata su questo punto, ben potendo (anzi, a maggior ragione, in tal caso) provvedere a convalida o regolarizzazione dell'atto, per sanare i vizi di carattere formali da cui risulti affetto, ma non rimuovere (se non sulla base di una sostanziale modificazione dell'assetto complessivo degli interessi) l'atto stesso nel suo contenuto dispositivo».

latrice (si potrebbe dire – in senso metaforico – ‘*lex specialis*’³⁸) del rapporto giuridico sostanziale³⁹.

Ma, invero, anche per un’ulteriore ragione più specifica, che si lega alla frequente natura a ‘doppio effetto’ dei provvedimenti amministrativi⁴⁰, i quali producono contemporaneamente effetti ampliativi o restrittivi a seconda della diversa posizione assunta dai destinatari nel rapporto con l’amministrazione ti-

38 Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, I, 390: «[...] il giudicato sostanziale opera come *lex specialis* staccando la disciplina del diritto fatto valere in giudizio dalla norma generale ed astratta». Contra, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 89, nt. 52, per il quale la fonte della situazione giuridica accertata è pur sempre la norma giuridica e non l’‘accertamento’ giudiziale (in adesione all’autorevole ricostruzione di A. WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrecht*, I, Leipzig 1885, 6 e s., ove il rifiuto di riconoscere alla sentenza la natura di ‘*lex specialis*’ per non negare all’accertamento giurisdizionale il carattere dichiarativo di un ‘diritto preesistente’).

39 Cfr. E. CASETTA, *Sulle potestà di annullamento d’ufficio, di revoca e di rinuncia della pubblica amministrazione di fronte al giudicato amministrativo*, cit., 188 e s., secondo cui «[n]on può essere [...] consentito alla parte, sia pure essa la Pubblica Amministrazione, di sfuggire a tale obbligatorietà dell’accertamento giurisdizionale, senza distruggere, alle basi, il concetto stesso di giudicato. Ove l’Amministrazione potesse sottrarsi al rispetto della decisione irrevocabile, attraverso l’esercizio della potestà di autoimpugnativa, od in qualsiasi altro modo, inutile ed erroneo sarebbe parlare di un giudicato amministrativo». Di diverso avviso, F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)* (voce), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 905, ad avviso del quale il giudicato favorevole all’amministrazione non dispiegherebbe alcun effetto preclusivo con riguardo al successivo esercizio dell’autotutela, dovendo l’amministrazione semplicemente tenerne conto nell’ambito del procedimento di riesame: ciò che si spiega in ragione della costruzione del giudicato come ‘fatto’ teorizzata dall’autorevole dottrina (per un commento alla concenzone benvenutiana del giudicato amministrativo sia consentito rinviare a S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 122 e ss.). Più articolate sono le tesi di S. LESSONA, *Giudicato di legittimità dell’atto amministrativo e potere di autoimpugnativa*, in *Foro it.*, 1949, III, 172 e ss.; e F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 292, in quanto fondate sul distinguo tra rapporti processuali ‘bilaterali’ (nell’ambito dei quali si ammette la possibilità di un annullamento in autotutela nei termini in discorso) e rapporti processuali ‘trilaterali’ (ove l’annullamento d’ufficio è da ritenersi precluso in ragione della presenza del terzo controinteressato).

40 Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 138, ove la definizione dei c.d. provvedimenti a ‘effetto duale’ (*Verwaltungsakte mit Doppelwirkung*) quali atti che producono «[...] ad un tempo un effetto ampliativo e un effetto restrittivo nella sfera giuridica di due soggetti distinti e che danno origine a un rapporto giuridico trilaterale». Il che si riflette nella maggior articolazione della dinamica dei rapporti tra l’amministrazione e i soggetti privati «[...] sia nell’ambito del procedimento, sia nell’ambito del processo, proprio perché si instaura anche una dialettica che vede contrapposti due interessi privati». Cfr., altresì, M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, 83, nt. 52; G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, Milano, 2010, 66 e s.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 38 e ss.; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 24 e s.

tolare del potere: il che spiega il fisiologico carattere 'plurilaterale' dei rapporti processuali nelle controversie di diritto pubblico⁴¹.

Quanto appena evidenziato ci pone, infatti, dinanzi all'esigenza di garantire un'adeguata tutela per i c.d. controinteressati, i quali rinvergono nel giudicato di rigetto la soddisfazione della propria pretesa giuridica e – per l'effetto – subirebbero un pregiudizio qualora l'amministrazione, rinunciando al giudicato a sé favorevole, dovesse disporre l'annullamento in autotutela del provvedimento 'accertato' come integralmente valido.

Si tratta, pertanto, di un'ipotesi di conflitto di interessi tra le due categorie di soggetti (entrambi) 'vittoriosi' con riferimento all'ipotesi considerata: da un lato, l'amministrazione resistente; dall'altro, i terzi controinteressati, legittimati a far valere in sede di ottemperanza l'eventuale nullità del provvedimento così adottato per violazione del giudicato.

4.2. (Segue): Giudicato di accoglimento e rilevanza delle sopravvenienze

Un secondo corollario applicativo riguarda, invece, il rapporto tra giudicato di annullamento e incidenza delle sopravvenienze (di fatto o di nuovo 'jus')⁴² ostative all'«accertata» pretesa del ricorrente. Si tratta di questione che mostra l'esistenza di una tensione tra due interessi (entrambi) meritevoli di protezione⁴³: da un lato, il fisiologico mutamento della realtà giuridica e fattuale per effetto del decorso del tempo; dall'altro, la portata 'stabilizzante' del giudicato.

In generale, la soluzione di equilibrio tra i due fattori è condizionata dalla superiore opzione interpretativa circa la natura principale ovvero incidentale

41 Cfr., per ogni approfondimento, G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016; e L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare, cit., passim*. Più in generale, sulla centralità della figura del 'terzo' nelle formazioni sociali (e, tra queste, la burocrazia nel suo complesso) restano fondamentali le riflessioni di M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, V-VI, 585 (oggi anche in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1996, II, 1150).

42 Per una sintesi delle principali questioni, cfr. G. PEPE, *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, Napoli, 2017, anche per i richiami bibliografici e giurisprudenziali.

43 Cfr., in particolare, M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, III, 545; e C.E. GALLO, *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, in *Foro it.*, 1980, III, 103.

dell'accertamento giudiziale *ex art. 21-octies*, comma 2, primo periodo, della l. n. 241/1990.

Con riguardo alle sopravvenienze di diritto⁴⁴ (c.d. *jus superveniens*⁴⁵), la tesi favorevole all'inclusione dell'accertamento sulla complessiva validità (sostanziale) del provvedimento impugnato nell'ambito dell'oggetto del processo – e, per l'effetto, nei limiti oggettivi del successivo giudicato amministrativo – accorda una maggiore protezione all'«accertata» pretesa sostanziale del ricorrente (anche) rispetto a un eventuale «*jus superveniens*» sfavorevole.

In questi casi, l'accoglimento della domanda principale di annullamento postula che il giudice amministrativo abbia accertato la sussistenza, non solo dei vizi di legittimità formale o procedurale adottati dal ricorrente, ma anche di ulteriori illegittimità sostanziali, tali per cui il contenuto dispositivo dell'atto gravato avrebbe «dovuto» essere diverso: talché, si viene a produrre un giudicato

44 Com'è noto, in assenza di una disposizione di diritto positivo dedicata alla soluzione dei conflitti tra decisione giurisdizionale e *jus superveniens*, la giurisprudenza ha adottato un criterio «empirico» (invero discutibile) assumendo quale limite temporale per la rilevanza delle sopravvenienze la notifica della sentenza di cognizione (in giurisprudenza, cfr. per tutte Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, in *Foro it.*, 2017, III, 186 e ss., con nota di S. VACCARI, *Ius superveniens e giudicato a formazione progressiva*, ove l'affermazione per cui «[...] nella contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, un punto di equilibrio è stato tradizionalmente rinvenuto nel principio generale per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile [...]»). La questione, peraltro, è particolarmente rilevante nelle fattispecie regolate dal diritto amministrativo, atteso che – come è stato efficacemente osservato (M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 257 e s.) – la pubblica amministrazione riveste sovente il duplice ruolo di parte processuale e, al contempo, di soggetto titolare di poteri sostanzialmente normativi (com'è ben evidente, ad esempio, nella materia urbanistico-edilizia). Sui principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali prospettati per la soluzione della questione in esame cfr., *ex multis*, G. SIGISMONDI, «*Ius superveniens*» e giudicato amministrativo, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, X, 967 e ss.; R. COLONNA, *Giudicato e ius superveniens: un'armonizzazione difficile*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, II, 257 e ss.; F. FRANCIOSI, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo e legge interpretativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, II, 277 e ss.; C.E. GALLO, *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, cit., 108 e ss.; A. ANDREANI, *Annullamento giurisdizionale e «jus superveniens»: brevi considerazioni sugli effetti delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1972, VIII-IX, 920 e ss.

45 Cfr. S. COSTA, *Jus superveniens* (voce), in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1963. Con riguardo al processo amministrativo cfr. il fondamentale contributo di S. PERONGINI, *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo «ora per allora». Preclusioni e limiti alle sopravvenienze di fatto e di diritto*, Torino, 2022. Sempre utile, anche, la ricostruzione di G. PALEOLOGO, *Tempo logico dei provvedimenti successivi alle sentenze del giudice amministrativo favorevoli al ricorrente*, in AA.VV., *Il processo amministrativo: scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, 393 e ss.

di 'spettanza'⁴⁶ che obbliga l'amministrazione soccombente a eseguire la sentenza di cognizione prescindendo da eventuali sopravvenienze di diritto confliggenti con il contenuto oggettivo del giudicato.

Accedendo, invece, alla diversa tesi della cognizione '*incidenter tantum*' sulla complessiva validità dell'atto impugnato, il ricorrente – benché formalmente vittorioso – si troverebbe a sopportare gli effetti negativi dell'eventuale sopravvenienza di diritto sfavorevole siccome non recante un profilo di contrasto con il giudicato (che, in questo caso, non coprirebbe i profili oggetto di cognizione meramente incidentale). In altri termini, la fattispecie ricadrebbe in una più semplice successione cronologica tra regole di diritto disciplinanti il potere⁴⁷: come tale, soggetta alla regola di soluzione espressa dal principio '*tempus regit actum*'⁴⁸.

Quanto alle sopravvenienze di fatto, è noto come esse rappresentino un limite all'esecuzione in forma specifica delle sentenze amministrative in ragione di modifiche irreversibili⁴⁹ della realtà materiale sulla quale dovrebbero essere tradotti in 'fatto' gli 'effetti' delle decisioni giurisdizionali passate in giudicato⁵⁰. A tale riguardo, la regola di equilibrio codificata nel vigente sistema di diritto

46 Cfr. D. CORLETTI, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, cit., 55: «[...] il giudizio di annullamento di provvedimenti vincolati diventa esclusivamente un giudizio di spettanza. Un giudizio sulla "meritevolezza intrinseca" della pretesa del privato. L'annullamento dell'atto vincolato segue dunque (solo) alla valutazione della fondatezza della pretesa del privato e trova solo in questa il suo fondamento». In proposito, cfr. anche F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo alla prova delle sopravvenienze normative*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, II, 525, ove si precisa che la categoria delle 'regole incomplete' è funzionale ad adattare l'oggetto del giudicato alla struttura della situazione giuridica dedotta nel giudizio di legittimità: il che «[...] postula un giudicato completo o incompleto secondo che la fattispecie dedotta in giudizio consenta oppure no di arrivare ad una decisione sulla spettanza dell'utilità finale, e di definire così il rapporto».

47 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569: «[i]n presenza di azioni che [...] non sono idonee a condurre alla formazione di un giudicato che accerti pienamente il rapporto controverso, la relazione tra legge successiva e giudicato assume connotati diversi. La normativa successiva, potendo occupare gli spazi lasciati liberi dal giudicato, realizza normalmente una successione cronologica di regole di disciplina del potere pubblico».

48 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo alla prova delle sopravvenienze normative*, cit., 511.

49 Evocativi, al riguardo, sono i due noti brocardi '*factum infectum fieri nequit*' e '*ad impossibilia nemo tenetur*' (oggetto, peraltro, di espresso richiamo in Cons. Stato, Ad. Plen., n. 11/2016).

50 Corretto è il rilievo di F. SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, II, 307, nella parte in cui si osserva che «[...] fatti successivi al giudicato [...] possono condizionare in maniera determinante l'esecuzione del giudicato stesso: fino a precluderla».

processuale amministrativo (art. 112, comma 3, c.p.a.⁵¹) consiste nella conversione dell'esecuzione in forma specifica in esecuzione c.d. per equivalente.

Anche in questo caso, l'accoglimento della tesi sulla cognizione in via principale della questione relativa alla complessiva validità (non solo formale, ma anche sostanziale) dell'atto vincolato può contribuire ad accordare una maggior tutela per il privato ricorrente. Invero, l'accertamento sulla fondatezza della pretesa sostanziale rientrerebbe nei limiti oggettivi del giudicato, con la conseguenza per cui – anche dinanzi a una sopravvenuta impossibilità materiale di esecuzione della sentenza amministrativa – sarà sempre garantita la soddisfazione dell'interesse finale (o bene della vita), seppure nelle forme del risarcimento per equivalente ai sensi del richiamato art. 112, comma 3, c.p.a.

Al contrario, la tesi della cognizione meramente incidentale sull'assenza di alternative del contenuto dispositivo dell'atto impugnato trasferirebbe sul ricorrente (vittorioso, ma in tal caso solo formalmente) il rischio dell'eventuale sopravvenienza di fatto ostativa, dal momento che – stante la mancata inclusione dell'accertamento sulla fondatezza della pretesa sostanziale all'interno dei limiti oggettivi del giudicato – difetterebbero i presupposti richiesti dall'art. 112 c.p.a. per accedere al ristoro per equivalente.

5. Osservazioni conclusive

In forza di quanto rappresentato, la ricostruzione dell'accertamento svolto dal giudice amministrativo *ex* art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della l.

51 Art. 112, comma 3, c.p.a.: «[p]uò essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza, [...] azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione». Cfr., a commento, V. LOPILATO, *Giudizio di ottemperanza*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, 1101, ove si evidenzia che «[l]e sopravvenienze di fatto devono essere tali da incidere o comunque condizionare la possibilità di ottenere una tutela in forma specifica. La loro rilevanza è "attenuata" dalla previsione della tutela per equivalente azionabile nel caso in cui non si possa produrre un effetto di ripristinazione pieno»; nonché M. CHIOSSO, *Le sopravvenienze al giudicato e la correlata tutela sostitutiva per equivalente*, in *Giur. It.*, 2015, X, 2185 e ss. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2, ove l'inquadramento della fattispecie di cui all'art. 112, comma 3, c.p.a. come 'misura compensativa': «[...] una sorta, in altri termini, di ottemperanza per equivalente [...] che sostituisce l'ottemperanza in forma specifica nei casi in cui questa non sia più possibile. Essa si traduce nel riconoscimento dell'equivalente in denaro del bene della vita che la parte vittoriosa avrebbe avuto titolo di ottenere in natura in base al giudicato».

n. 241/1990 come cognizione in via 'principale' (e non meramente incidentale) consente di assicurare una tutela delle pretese sostanziali dei ricorrenti conforme ai canoni dell'effettività, contribuendo – allo stesso tempo – a implementare taluni fondamentali valori funzionali del processo⁵², quali la concentrazione e la stabilità delle decisioni giurisdizionali⁵³.

52 *Contra*, laddove il richiamo ai valori funzionali implichi l'adesione al c.d. 'Inversion - Method', fonte di 'inevitabile precarietà', C. CACCIAVILLANI, *La cosa giudicata*, in *Dir. e soc.*, 2016, II, 258 e ss. nonché 276 e ss.

53 Evitando, così, il tradizionale carattere 'parentetico' del giudizio amministrativo, nei termini efficacemente descritti (in chiave critica) da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 1, nella parte in cui si rileva che «[p]otere giurisdizionale e potere amministrativo si intersecano in una sequenza in cui il processo amministrativo rappresenta una sorta di parentesi tra azione amministrativa antecedente alla proposizione del ricorso giurisdizionale e azione amministrativa successiva al giudicato amministrativo». In giurisprudenza, cfr. T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, ove il richiamo all'impostazione tradizionale del processo amministrativo nell'ambito della quale la cognizione giudiziale del rapporto amministrativo era 'filtrata' attraverso lo 'schermo' della questione di validità dell'atto controverso: [t]ale impostazione, alla cui stregua la soluzione della crisi di cooperazione tra Autorità e cittadino non approdava alla risoluzione in modo positivo e sostanziale del conflitto bensì si arrestava all'accertamento parentetico del profilo esteriore dell'atto». Per la costruzione di un giudicato amministrativo a 'spettanza stabilizzata' sia consentito rinviare a S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 252 e ss.

FRANCESCO ROTA

Professore associato di diritto amministrativo presso il dipartimento di Diritto, Economia,
Management e Metodi Quantitativi dell'Università degli Studi del Sannio, Benevento

franrota@unisannio.it

GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA: GIUDICATO AMMINISTRATIVO A FORMAZIONE PROGRESSIVA?

JUDGMENT OF COMPLIANCE: AN ADMINISTRATIVE JUDGEMENT WITH PROGRESSIVE FORMATION?

SINTESI

Il lavoro indaga il ruolo e le peculiarità del giudizio di ottemperanza nell'attuale contesto ordinamentale, indagando sull'impatto della sua evoluzione nell'ambito del processo amministrativo per comprendere se è in che misura è possibile configurarlo come un giudicato a formazione progressiva.

ABSTRACT

The work investigates the role and peculiarities of the judgement of compliance in the current legal context, investigating the impact of its evolution within the administrative process in order to understand whether and to what extent it can be configured as a judgement with progressive formation.

PAROLE CHIAVE: Giudicato amministrativo – Ottemperanza – Formazione progressiva – Poteri del Giudice amministrativo – Esecuzione sentenza

KEYWORDS: Administrative law judge - Compliance - Progressive formation - Administrative law judge's powers - Execution of judgement

INDICE: 1. Una piccola ma doverosa premessa. 2. Il giudizio di ottemperanza nell'attuale contesto ordinamentale. Cenni. 3. Il giudicato e l'ottemperanza nella giurisprudenza. 4. Sopravvenienze e formazione progressiva del giudicato. 5. Persona e Amministrazione tra giudicato, amministrazione attiva e ottemperanza.

1. Una piccola ma doverosa premessa

L'evoluzione dell'amministrazione e della sua discrezionalità, il crescente rilievo della tecnica, l'evoluzione del processo amministrativo, con la sua aumentata efficacia all'insegna dell'effettività della tutela e le relative conseguenze

sull'ampiezza del merito, non sono prive di impatto sull'ultima fase dell'attività (non meramente esecutiva) del giudice amministrativo, quella che è chiamata ad assicurare la congiunzione tra decisione del giudice e attività dell'amministrazione, garantendo che la seconda si conformi alla prima¹.

Sembra che nel quadro descritto debba peraltro essere inserito a buon diritto anche il ruolo crescente che la buona amministrazione gioca nel nostro ordinamento e che contribuisce a chiedere oggi che l'amministrazione dia risposte sempre più pronte ed opportune anche in relazione all'attività da compiere all'esito del processo².

Con la progressiva transizione dell'attenzione del giudice dall'atto al rapporto e con la moltiplicazione di situazioni in cui il solo annullamento non è

1 Sul giudicato, ex multis, F. Benvenuti, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Encicl. dir.*, Giuffrè, 1969, Vol. XVIII, p. 893 ss.; F. Satta, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 302 ss.; A. Travi, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 919 ss.; C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam, 2005, p. 1 ss.; P. M. Vipiana, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Giuffrè, 1990, p. 1 ss.; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Cedam, 1989, p. 145, secondo cui il giudicato incide, oltre che sull'atto, sulla fattispecie del potere; S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, 2017, p. 1 ss.; S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè, 2016, p. 1 ss. Sulla pregnanza acquisita dal sindacato del giudice amministrativo si rinvia al numero monografico di questa rivista, dedicato al tema della full jurisdiction. Per quanto concerne il tema della discrezionalità tecnica, tra i contributi meno risalenti, si vedano F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Giuffrè, 2005 e A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, 2007 e Id., *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.2, 2021, p. 335 che, individua il limite del potere del giudice in presenza di potere tecnico discrezionale dell'amministrazione, affermando che quando «la sentenza non riesce ad assicurare direttamente il bene finale (...)l'amministrazione che deve riesercitare il proprio potere senza incorrere nei precedenti vizi già censurati» e lasciando però allo stesso tempo emergere il disagio del giudice amministrativo nei casi in cui l'amministrazione non rispetti, nel dare esecuzione alla sentenza che censura un eccesso di potere per sviamento, l'obbligo di rispettare i principi di buona amministrazione. Questo disagio sarebbe alla base del tentativo di affermare l'effetto conformativo della sentenza attraverso l'esaurimento della discrezionalità amministrativa in presenza di una "frattura del rapporto di fiducia fra amministrazione e cittadino" o attraverso "esperimenti giurisprudenziali" come il c.d. one-shot temperato. Sull'ampiezza e la configurabilità del merito amministrativo s. veda B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Cedam, 2013.

2 Fra i contributi più recenti che si sono occupati di buona amministrazione si veda D. U. Galletta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.2, 2019, p. 165. Si veda anche L. R. Perfetti, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.3-4, 2010, p. 789.

satisfattivo cresce il rilievo dell'attività di conformazione al giudicato³ e l'importanza prospettica della decisione del giudice come regola per il rapporto futuro⁴. Inevitabilmente il peso di questa evoluzione ricade sulla portata del giudicato amministrativo e sul giudizio di ottemperanza⁵.

Peraltro il giudicato amministrativo si è sempre atteggiato in modo diverso a seconda che la situazione giuridica fatta valere in giudizio sia un diritto soggettivo o un interesse legittimo⁶: nel primo caso i limiti oggettivi, soggettivi e cronologici del giudicato seguono i principi civilistici mentre nel secondo caso, in passato, poiché si riteneva che la sentenza di annullamento non avesse contenuto di accertamento, non si riteneva applicabile l'art. 2909 c.c. mentre ora, dopo che il CPA ha accentuato il carattere di accertamento delle sentenze del GA, si ritiene che il giudicato sostanziale sia possibile anche nel giudicato amministrativo, seppur con la limitazione che non trova applicazione nei con-

3 Il rilievo del tema emerge con forza se si considera che la sentenza del giudice amministrativo pronunciata sul ricorso di impugnazione di un provvedimento, potrebbe non dettare la compiuta disciplina del rapporto tra le parti e sarebbe secondo alcune letture insuscettibile per questo di giudicato sostanziale. Dirimenti sul punto sembrano le considerazioni di C. Cacciavillani, *Il giudicato*, in Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, p. 618-620, che sostiene l'inesistenza di argomenti a favore della tesi che per la formazione del giudicato sostanziale sia necessaria la definizione compiuta del rapporto tra le parti. Secondo l'A. infatti non sarebbe essenziale l'attribuzione dell'utilità materiale finale cui la situazione si correla e il giudice si pronuncia nei limiti della domanda giudiziale e senza potersi pronunciare sui poteri non ancora esercitati.

4 C. E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2022, p. 282, sottolinea che «in molti casi, allorché i contorni dell'attività amministrativa non sono così precisi, laddove il potere discrezionale esiste ed occorre rispettare delle regole non scritte per il suo corretto esercizio, spesso succede che, allorché vengano dedotte censure di eccesso di potere, il giudice amministrativo spinga la propria riflessione, nella motivazione, fino ad individuare quali saranno i successivi adempimenti che l'amministrazione dovrà porre in essere. In questo caso, nella ricostruzione del quadro normativo e nella lettura della realtà di fatto il giudice non si limita ad individuare quali sono stati gli errori che l'amministrazione ha commesso ma traccia anche il percorso che l'amministrazione dovrebbe compiere. Di per sé, questo modo di comportarsi non può essere criticato, fin tanto che, ovviamente, il giudice rimanga all'interno della tematica che le parti gli hanno sottoposto con i motivi di ricorso e con gli argomenti difensivi. Ed infatti, il giudice amministrativo deve, da un lato, esaminare tutti i motivi di ricorso, dall'altro garantire la tutela più completa: e ciò può fare soltanto se esaurisce compiutamente l'episodio di vita amministrativa sottoposto al suo esame».

5Aa.Vv., *Il giudizio di ottemperanza*, Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna, Giuffrè, 1983, 199 ss.

6 Sulle peculiarità dell'esecuzione delle sentenze del Giudice amministrativo rispetto a quelle del giudice ordinario ex artt. 4 e 5, all. E, l. n. 2248/1865, A. Romano Tassone, *Giudizio di ottemperanza e sentenze dei T.A.R., nota a Tar Sicilia, 23 maggio 1975, n. 120*, in *Trib. amm. reg.*, 1975, II, p. 188 ss.

fronti dell'amministrazione la preclusione del dedotto e deducibile, che opera invece nei confronti del ricorrente, poiché l'accertamento non si estende all'intero rapporto giuridico⁷.

Con il codice del processo amministrativo è venuta meno inoltre la differenza di poteri istruttori che oggi consentono anche al giudice di legittimità un sindacato molto penetrante, con la possibilità di impiego di strumenti come i motivi aggiunti, la tutela cautelare ante causam, la possibilità di sostituirsi alla P.A. per emettere il provvedimento richiesto con l'azione di esatto adempimento, o di nominare un commissario ad acta già nella fase di merito e dunque sembrano venuti meno i presupposti che avevano spinto la giurisprudenza ad elaborare la figura del giudicato a formazione progressiva e, in assenza di un'espressa previsione normativa che lo preveda, il potere di integrazione del giudicato del giudice potrebbe essere ridotto, se non escluso, anche alla luce del fatto che la giurisdizione di merito si è confermata giurisdizione eccezionale e aggiuntiva⁸.

7 M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Il Mulino, 2021, p. 278 ss. Si veda anche Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 gennaio 2013 n. 2, che, trattando la questione dell'annoverabilità nel giudizio amministrativo del deducibile, oltre che del "dedotto", sostiene l'esistenza di un vincolo per l'amministrazione, rappresentato dall'accertamento del fatto compiuto dal giudice amministrativo ed afferma che, qualora non siano i fatti ad essere posti in discussione, ma la loro valutazione, l'amministrazione dovrà comunque soddisfare la pretesa del ricorrente vittorioso, evitando atteggiamenti elusivi. Anche in seguito alla pronuncia del giudice può residuare in capo all'amministrazione uno spazio di esercizio del proprio potere che deve però essere esercitato senza frustrare il soddisfacimento della pretesa del ricorrente vittorioso e dunque nell'ambito di un obbligo di cooperazione che discenderebbe direttamente dal combinato disposto degli artt. 112 co. 1 c.p.a., che impone alla P.A. di dare esecuzione alle sentenze non auto esecutive, e 97 Cost.; F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 534 ss., afferma che «Pur ammesso, infatti, che il Codice abbia configurato un giudizio sul rapporto, permane una distinzione quanto al successivo potere conformativo, tanto che recentemente si è giunti a distinguere tra giudizio sul rapporto in senso statico o dinamico secondo se l'atto successivo al giudicato abbia natura vincolata o discrezionale, con la conseguenza che, nel primo caso, si avrebbe esatto adempimento e preclusione del dedotto e del deducibile, nel secondo si tratterebbe di una mera condanna ad adempiere, che offre solo una chance al ricorrente vittorioso. E questa dicotomia non è l'unica, in quanto sussistono ulteriori coppie di opposti che rendono difficile l'individuazione dei limiti del potere conformativo: l'alternativa tra differenti tipi di giurisdizione del giudice amministrativo; le diverse tipologie di situazioni giuridiche tutelate, divise tra diritti soggettivi ed interessi legittimi e questi ultimi distinti tra oppositivi e pretensivi; il tipo ed il grado di discrezionalità amministrativa esercitabile dall'amministrazione nel rapporto oggetto di giurisdizione».

8 Secondo la dottrina tradizionale essa «si aggiunge e non si sostituisce a quella di legittimità, dovendo il giudizio di legittimità precedere quello di merito». Così, A. Police, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. Scoica (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2020, p. 112, secondo il quale «questo carattere

I più ampi poteri decisorii del giudice amministrativo nel giudizio esteso al merito e in particolare la possibilità non solo di annullare ma anche di riformare l'atto hanno interessato la dottrina che ha elaborato ricostruzioni i cui estremi sono l'individuazione delle peculiarità della giurisdizione in parola nella piena cognizione dei fatti piuttosto che nella possibilità di compiere valutazioni di opportunità amministrativa⁹.

2. Il giudizio di ottemperanza nell'attuale contesto ordinamentale. Cenni

Anche il giudizio di ottemperanza, strumento di effettività della tutela richiesta dalla Costituzione e del diritto europeo¹⁰, si è evoluto ed è concettualmente lontano il tempo in cui era strumento utile solo al recepimento del dictum del giudice ordinario da parte dell'amministrazione e si è arrivati a sentire addirittura l'opportunità di un'ottemperanza dei chiarimenti¹¹.

Sembra però opportuno ricordare anche che «*nel sistema tradizionale (...) il giudizio di ottemperanza non nasce per garantire l'esecuzione forzata di sentenze di condanna, ma come strumento volto a garantire l'effettività della tutela costitutiva di annullamento erogata in fase di accertamento dal giudice amministrativo*»¹² e «*può consistere vuoi nell'attuazione di statuizioni puntuali contenute nel giudicato, rispetto alle quali occorre una semplice attività materiale o giuridica esattamente delineata nel giudicato stesso; vuoi nella in-*

sembrerebbe confermato anche dall'art. 7, comma 6 c.p.a. che (...) parla di giurisdizione estesa al merito».

9 M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 114, individua tre tesi di fondo: giurisdizione di merito come giurisdizione piena in contrapposizione al sindacato un tempo indiretto del giudizio di legittimità; giurisdizione di merito come potere di valutare anche l'equità, l'opportunità e la convenienza economica e amministrativa dell'atto; giurisdizione di merito come giudizio in cui il giudice deve comunque decidere in base a parametri giuridici. L'Autore tiene però distinta l'ipotesi del giudizio di ottemperanza del quale dice che «*sembra difficile negare che il giudice possa operare anche una valutazione e ponderazione di interessi*».

10 S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Giuffrè, 2004; C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam, 2005; D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, 2002.

11 F. Volpe, *L'ottemperanza "di chiarimento". Un istituto inutile o dannoso?*, in *www.lexitalia.it*, 2010; M. Antonioli, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.4, 2011, p. 1291; D. Palazzo, *La c.d. ottemperanza di chiarimenti nel processo amministrativo*, in F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di Diritto amministrativo*, Roma, 2020, p. 189; M. R. Calderaro, *Ottemperanza di chiarimenti e appellabilità della decisione (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 22 giugno 2020, n. 4004)*, in *Giustizia insieme*, 2020.

12 F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1025 ss.

dividuazione, al termine di un'autonoma fase di cognizione in cui il giudice è chiamato a definire un assetto di interessi, di quale sia il portato del giudicato, con una pronunzia che può avere un contenuto caducatorio, e perciò costitutivo, oppure conformativo, e perciò condannatorio»¹³.

E' stato opportunamente osservato che il giudizio di ottemperanza rappresenta un caso a sé stante anche fra le ipotesi di giurisdizione in merito perché in questo caso «i particolari poteri del giudice amministrativo non sono giustificati per il fatto di rientrare in un'ipotesi di giurisdizione anche in merito ma per il fatto che si tratta di garantire l'attuazione del comando del giudice»¹⁴ e sono le esigenze di tutela a rendere il giudizio di ottemperanza «una scelta quasi obbligata atteso che il giudizio di ottemperanza è volto a superare l'inadempimento dell'amministrazione e a porre in essere le attività materiali e provvedimenti necessari per dare corretta esecuzione alla sentenza emessa all'esito del processo di cognizione»¹⁵

La problematicità dell'individuazione della natura del giudizio di ottemperanza deriva dalla specialità del diritto amministrativo e dal rapporto tra giudice amministrativo e amministrazione¹⁶. Su di essa peraltro incidono le incertezze che interessano il giudicato amministrativo e la possibile compresenza di elementi di cognizione e di esecuzione, cosicché si oscilla da letture che ravvisano nell'ottemperanza un giudizio di cognizione¹⁷, ad altre che lo considerano un giudizio misto di cognizione ed esecuzione ad altre che lo inquadrano come giudizio di esecuzione ed eventualmente di cognizione¹⁸. Le tesi prevalenti sem-

13 Così C.E. Gallo, *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Encicl. giur.*, Giuffrè, 2008, Annali, II, pp. 818 ss.

14 C. E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 62.

15 M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 114.

16 S. Valaguzza, *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, p. 296 ss.

17 Sembrano optare per questa tesi, A. M. Sandulli, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della costituzione del Consiglio di Stato*, Giuffrè, 1983, p. 314, sulla base della considerazione che la sentenza del giudice amministrativo non contiene obblighi precisi e che dunque il giudizio di ottemperanza serva anche ad individuare quegli aspetti non esattamente definiti nella sentenza; S. Santoro, *L'esecuzione del giudicato ed il problema del risarcimento del danno*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, p. 462, in considerazione della necessità di assicurare piena soddisfazione al ricorrente, anche adottando misure non puntualmente indicate nella decisione da seguire.

18 In questo senso, M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 1157, considera il giudizio di ottemperanza un misto di cognizione ed ese-

brano essere quelle che optano per una sua natura prevalentemente esecutiva, anche se riconoscono che non mancano una serie di aspetti peculiari dell'ottemperanza rispetto al giudizio di esecuzione del processo civile in virtù della sua funzione che resta sostanzialmente attuativa del giudicato ed ha dunque analoga funzione dell'esecuzione civile¹⁹. Benché l'evoluzione dell'ottemperanza abbia visto rafforzarsi i poteri cognitori del giudice e conseguentemente la natura mista del giudizio, è stato affermato in dottrina che questo non significa «necessariamente che esso rappresenti la prosecuzione del giudizio di cognizione»²⁰.

L'ontologica incompletezza strutturale del giudicato amministrativo che richiede l'intervento dell'amministrazione per l'applicazione della sentenza, necessita che l'intangibilità del giudicato si misuri «con il principio di continuità e tendenziale inesauribilità del potere esecutivo»²¹.

Quanti reputano che l'ottemperanza integri un caso di giudicato a formazione progressiva considerano sempre presente la natura mista del giudizio di ottemperanza; il giudizio di ottemperanza, seppur nella sua consequenzialità al giudicato, non sarebbe dunque mai un giudizio esclusivamente esecutivo o cognitivo²².

cuzione, poiché esso non può essere sempre attratto nell'area dell'attività esecutiva e in alcuni casi deve individuare la concreta volontà della legge; S. Pelillo, *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano, 1990, 44, esclude una classificazione netta della natura giuridica dell'ottemperanza in termini di esecuzione piuttosto che di cognizione per salvaguardarne le prerogative. Per la giurisprudenza si veda Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 gennaio 2013 n. 2, che sostiene l'attuale "polisemicità" del giudizio di ottemperanza in cui convergono azioni diverse, alcune chiaramente esecutive, ex art 112 co. 2 c.p.a., ed altre di natura cognitoria, ex art 114 co. 4 c.p.a., accomunate dalla presenza di una sentenza passata in giudicato che rappresenta l'origine delle differenti azioni necessarie per la sua esecuzione attraverso l'ottemperanza.

19 R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, 1971, p. 106 ss.; G. Verde, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 650 ss.; B. Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Giuffrè, 1997, p. 18 ss.

20 N. Spadaro, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza plenaria*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 4, 2016, pp. 1169 ss.

21 Così, C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, in *Foro Amm.*, fasc. 11, 2018, p. 2109 ss.

22 C. Calabrò, *L'ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo*, in *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, 1983, p. 159 ss.

E' stato però correttamente ricordato che elementi, benché minimi, di cognizione sono presenti in ogni processo di esecuzione e ciò rende necessario distinguere tra “cognizione ordinaria” e “cognizione per l'esecuzione”²³.

In realtà nel giudizio di ottemperanza, seppur in casi limitati, possono essere anche dedotte posizioni nuove ed esperite azioni di cognizione come il pagamento di somme e la rivalutazione di interessi maturati dopo il giudicato o il risarcimento danni per la mancata ottemperanza della sentenza ma sono sempre azioni «*ancillari al giudicato*»²⁴.

Nonostante gli interventi del legislatore, è evidente il ruolo che la giurisprudenza gioca nel processo menzionato e il quadro che ne deriva è inevitabilmente alla ricerca di assestamenti nel sistema multilivello, anche alla luce delle spinte sovranazionali verso tutele, compatibili con l'impostazione dei singoli e diversi sistemi nazionali, ma adeguate nella prospettiva della soddisfazione della persona, con la richiesta che la tutela processuale possa essere una tutela efficace nella realtà materiale.

In definitiva si potrebbe dire che si è evoluta l'amministrazione, si è evoluto il giudizio amministrativo, si è chiarita la natura delle sentenze del Giudice Amministrativo e si è evoluto lo strumento dell'ottemperanza.

Si è cercato rapidamente di tratteggiare alcune direttrici che costituiscono lo sfondo entro il quale la relazione tra decisione del giudice, per definizione strutturalmente incompleta, ed intangibilità del giudicato, da un lato, e continuità ed inesauribilità del potere dell'amministrazione, dall'altro lato, hanno portato a cercare possibili tutele nella progressiva formazione del giudicato amministrativo²⁵. E si è iniziato ad affermare che il giudice dell'ottemperanza può con-

23 In questo senso F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, cit., pp. 534 ss., secondo il quale «nell'ambito della cognizione strictu sensu si possono proporre le ordinarie questioni di natura generale quali la legittimazione, la corrispondenza tra chiesto e pronunciato, la tipologia delle azioni, i tipi di prova ammissibili. Invece, l'oggetto della cognizione per l'esecuzione è, oltre la legittimazione, solo la verifica dell'effettiva attuazione di quanto previsto nella sentenza, con più limitati poteri del giudice in ordine all'accertamento dell'inadempimento o dell'elusione».

24 Così M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 296.

25 G. Pepe, *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2017, p. 231 ss.; L. Carbonara, *Il giudicato a formazione progressiva e l'efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia*,

tribuire al contenuto del giudicato specificandolo o integrandolo quando ciò si renda necessario e nel rispetto del *decisum*²⁶, dando vita a quel complesso di potere di cognizione e di esecuzione che costituisce il possibile contenuto dell'ottemperanza e che ha stimolato il dibattito in dottrina²⁷.

Il giudice amministrativo²⁸ ha così affermato la polisemicità del giudizio e dell'azione di ottemperanza, nel senso che al suo interno sono configurabili sia azioni meramente esecutive sia azioni cognitive originando la tesi del giudicato a formazione progressiva, per la quale il giudizio di ottemperanza sarebbe una continuazione del giudizio di cognizione.

In realtà la prima difficoltà è individuare i confini del giudicato e la natura dell'ottemperanza, per la possibile presenza sia di momenti di cognizione che di esecuzione. In questo modo il problema diventa il confine tra giudizio ordinario di legittimità e ottemperanza e inevitabilmente si è portati ad interrogarsi sulla portata del giudicato ed a chiedersi in che misura quanto statuito dal giudice dell'ottemperanza sia immediatamente riconducibile al giudizio di legittimità e quanto sia invece frutto di una nuova valutazione del giudice²⁹. La dottrina ha sottolineato nel tempo l'ampiezza dei poteri del giudice dell'ottemperanza e le sue particolarità anche rispetto alle altre ipotesi di giurisdizione di merito, che, insieme alle finalità dell'ottemperanza, fanno comprendere la peculiarità dell'ottemperanza e spiegano anche le ragioni del suo scostamento da alcuni principi generali³⁰.

in *Il Giornale di Dir. Amm.*, 2017, fasc. 3, p. 372 ss.; C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Insupervenienti e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109. Per la giurisprudenza si veda in particolare Cons. Stato, Ad. Plen. 6 aprile 2017, n. 1; Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2010, n. 8064.

26 Cons. St., sez. V, 21 novembre 2017, n. 5391; Cons. St., sez. IV, 9 dicembre 2015 n. 5589.

27 Per una ricostruzione esaustiva delle principali tesi espresse si rinvia a C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam, 2005.

28 Sul punto è intervenuta già nel 2013 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e, più di recente, il Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione siciliana, con la statuizione n. 623 del 28 giugno 2021.

29 M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Mulino, 2021, 294

30 A. Travi, *Lezioni di Giustizia amministrativa*, Giappichelli, 2021, 197

Nel giudizio di ottemperanza, il giudice per ottenere l'integrale esecuzione del giudicato si può sostituire all'amministrazione anche quando residuino in capo ad essa poteri propriamente discrezionali e la sua attività è perfettamente fungibile con quella dell'amministrazione³¹. La sostituzione del giudice all'amministrazione è fondata sull'interpretazione del giudicato, che consente di individuare il comportamento che l'amministrazione avrebbe dovuto tenere, oltre che sull'accertamento del comportamento dell'amministrazione e sulla valutazione della conformità del comportamento dell'amministrazione a quello che avrebbe dovuto tenere³².

Proprio per queste particolarità la giurisprudenza ha cercato di costruire una rete di cautele attorno all'ottemperanza e, ad esempio, quando il giudice dell'ottemperanza esercita i propri poteri in ottemperanza di una sentenza non ancora passata in giudicato, pur se i suoi poteri non mutano, dovrebbe evitare di determinare assetti definiti ed immutabili per non frustrare gli effetti di un eventuale appello alla sentenza³³.

La logica è quella di implementare l'effettività della tutela giurisdizionale a fronte di un precedente sindacato favorevole cui non è stata data spontanea esecuzione e che non ha dunque prodotto significativi risultati sul fronte delle tutele concrete per il ricorrente vittorioso³⁴.

31 Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2000, n. 6835.

32 In questo senso Corte di Cassazione, SS.UU., sentenza n. 6494 del 2015. S. Valaguzza, *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, cit., p. 296 ss. sostiene che «la teorizzazione del giudicato a formazione progressiva trascuri di prendere atto del fatto che (...) quello che si verifica in sede di ottemperanza non è tanto un'integrazione del vincolo che deriva dalla decisione portata ad esecuzione, quanto piuttosto una mera interpretazione, nuovamente giurisdizionale (dunque esterna rispetto al giudicato), del *decisum*, per la parte che non riguarda propriamente il dispositivo di annullamento (che siccome accoglie o respinge il ricorso, è, in quanto tale, inequivocabile), ma la motivazione della sentenza, al fine di dedurne gli effetti che la pronuncia comporta sulla successiva (ed eventuale) azione dell'amministrazione in fase di riedizione del potere. Ciò è inevitabile conseguenza del fatto che oggetto del giudizio di ottemperanza è l'attività amministrativa (da svolgersi o già svolta) successiva al giudicato, estranea invece al giudizio di cognizione, volto ad esaminare la sussistenza del diritto all'annullamento per come articolato nei motivi di ricorso».

33 Cons. Stato, sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 5352.

34 Che sono riconosciuti anche da quanti non condividono l'idea che il giudice dell'ottemperanza possa contribuire alla formazione del giudicato alla luce di una teoria pura. Si veda ad es. S. Valaguzza, I. Martella, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc.2, 2018, p. 783.

Il rischio paventato in dottrina è che l'«*interpretazione evolutiva del giudicato (...) non potrà godere della immodificabilità e intangibilità del giudicato inteso come esito della lite e risultato del giudizio di cognizione*»³⁵.

Così ci si chiede se non possa esserci dietro l'idea di un giudicato a formazione progressiva un fraintendimento legato all'idea che l'ottemperanza sia un giudizio di merito e non un giudizio esteso al merito e si tenta di difendere i confini tra giudizio e ottemperanza, ragionando dei diversi poteri dei due giudici, e si sottolinea che quanto statuito nell'ottemperanza, proprio perché interpretazione di un giudicato, trova nella decisione del giudice di legittimità o del GO il suo parametro di legittimità, non potendo discostarsi dalla interpretazione della decisione e questi elementi vengono utilizzati per cercare di distinguere il carattere della decisione del giudice dell'ottemperanza da quello del giudicato.

3. Il giudicato e l'ottemperanza nella giurisprudenza

L'idea di un giudicato a formazione progressiva nasce dalla menzionata sussistenza di un insieme di elementi di cognizione e di esecuzione nel giudizio di ottemperanza che costituirebbe la base per l'arricchimento, l'integrazione e la specificazione del giudicato amministrativo originario, con dei contenuti che non sarebbero meramente esecutivi ma attuativi della sentenza, contribuendo ad arricchire un sindacato che si formerebbe appunto progressivamente, anche nel giudizio di ottemperanza, senza doversi fermare a quanto statuito nel giudizio di cognizione. Il giudicato amministrativo sarebbe caratterizzato da una flessibilità e da una formazione progressiva che, consentendo al giudizio di ottemperanza, in presenza di determinati presupposti, di superare il giudicato, lo allontanerebbero dal giudicato civilistico disciplinato dall'art. 324 c.p.c.³⁶.

Per inquadrare correttamente il tema sembra opportuno chiarire cosa significa che il giudicato in sede di ottemperanza può essere arricchito e integra-

35 S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 11

36 Pertanto, ad esempio, mentre solitamente, dopo la notifica, le sopravvenienze non sono rilevanti, in virtù del principio della primazia del diritto comunitario, secondo la tesi del giudicato a formazione progressiva, si potrebbe superare tale limite e influire sul giudicato già intervenuto, in modo da renderlo comunitariamente compatibile.

to di contenuto, occorre chiedersi se questa possibilità di arricchimento e di integrazione del giudicato può giungere a sopperire ad eventuali lacune derivanti dal processo da cui origina e bisogna comprendere se quando si parla di formazione del giudicato che continua anche dopo il giudizio principale, completandosi nella fase successiva dell'ottemperanza, per quanto non stabilito dal giudice di cognizione si apre ad una incertezza indefinita del giudicato³⁷.

Uno dei possibili timori connessi all'ammissione di un giudicato a formazione progressiva è che un giudizio con cognizione estesa al merito sia utilizzato per rimediare ad errori o mancanze del giudizio di primo grado o possa sostituirsi ad esso. Il problema diventa allora comprendere quanto possa essere ampio il margine interpretativo del giudice per capire l'ampiezza della formazione progressiva del giudicato.

Per comprendere il rapporto tra giudicato e ottemperanza e per comprendere se siffatti timori sono fondati si è pensato di guardare al modo in cui la giurisprudenza recente ricostruisce rapporto tra il giudicato e l'ottemperanza.

Si scopre così che il giudicato rappresenta il presupposto dei limiti di utilizzabilità del giudizio di ottemperanza. Il giudizio di ottemperanza non può dunque essere utilizzato per colmare lacune difensive del giudizio di cognizione e, ogniqualvolta il giudicato si limiti ad introdurre un vincolo per la successiva attività discrezionale dell'amministrazione, gli atti da questa emanati, anche quando si discostano dai criteri indicati dal giudice nella sentenza, sono semplicemente soggetti all'ordinario regime di impugnazione³⁸. Allo stesso modo nel giudizio di ottemperanza non possono essere proposte domande che non riguardino il decisum della sentenza da eseguire³⁹ e il giudizio di ottemperanza non può riconoscere posizioni nuove e ulteriori rispetto a quelle fatte valere e tutelate dalla sentenza da ottemperare, anche se siano collegate ad esse⁴⁰. Ecce-

37 F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2018, p. 534.

38 Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2007, n. 428.

39 Consiglio di Stato, sez. III, 2 gennaio 2020, n. 40.

40 Consiglio di Stato, sez. VI, 18 maggio 2020, n. 3122.

zione a quanto affermato è la considerazione da parte del giudice dell'ottemperanza delle sopravvenienze di fatto e di diritto successive alla pronuncia di cui si chiede l'ottemperanza⁴¹.

Affinché possa entrare in gioco il giudizio di ottemperanza è, come noto, necessaria la necessità di una verifica da parte del giudice dell'esatto adempimento dell'obbligo conformativo che la decisione pone in capo all'amministrazione. Secondo costante giurisprudenza⁴², l'oggetto dell'ottemperanza consiste proprio nella puntuale verifica da parte del giudice dell'esatto adempimento da parte dell'amministrazione dell'obbligo di conformarsi al giudicato per far conseguire all'interessato l'utilità o il bene della vita riconosciutogli in sede di cognizione. Compete, allora, di norma, al giudice dell'ottemperanza interpretare e, eventualmente, completare ed integrare il vincolo in executivis all'azione amministrativa⁴³. Questa attività può essere svolta anche a mezzo dei "chiarimenti" che può essere chiamato a rendere, su impulso di parte, in ordine alle relative "modalità", ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a.⁴⁴

Nell'ottemperanza il giudice, esercitando la propria giurisdizione con cognizione estesa al merito, diviene il giudice naturale sia dell'adeguamento dell'attività amministrativa che segue una sentenza, sia delle obbligazioni che hanno il proprio presupposto da quel giudicato⁴⁵.

Coerentemente con questa prospettiva il Consiglio di Stato ha affermato che la sentenza amministrativa costituisce titolo per l'azione esecutiva e non per la prosecuzione del giudizio di cognizione, che essa asseconi in ogni fase

41 Consiglio di Stato, Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3468. Si veda anche C. Matteucci, *Il giudizio di ottemperanza: ius superveniens e giudicato a formazione progressiva*, cit., p. 2109; A. Randazzo, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3, 2017, p. 227 ss.

42 Ex multis si vedano Consiglio di Stato sez. V, 03/06/2021, n. 4223; 12 marzo 2020, n. 1769.

43 C. Filicetti, *Sui limiti e poteri del giudice dell'ottemperanza in ordine al giudicato civile di condanna (nota a Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione siciliana, 28 giugno 2021, n. 623)*, in *Giustizia insieme*, 2021.

44 M. Ricciardo Calderaro, *Ottemperanza di chiarimenti e appellabilità della decisione (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 22 giugno 2020, n. 4004)*, in *Giustizia insieme*, 2020.

45 C. Matteucci, *Il giudizio di ottemperanza: ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109 ss.

l'ordinaria attitudine dinamica dell'attività amministrativa - sicché il giudizio di cui agli artt. 112 ss. c.p.a. è volto a tradurre in atto le statuizioni già contenute, ancorché implicitamente o prospetticamente, nella sentenza definitiva, senza poter, tuttavia, incidere sui "tratti liberi" dell'azione amministrativa, lasciati impregiudicati dal giudicato; ne discende che le regole fissate, a fini di prospettiva conformazione, in sede di cognizione, quand'anche aventi carattere elastico, condizionato o incompleto, possono essere integrate nel giudizio di ottemperanza nella logica di un giudicato c.d. a formazione progressiva, che fa del relativo giudizio un peculiare misto di attività cognitoria ed esecutiva. Questa possibilità di integrazione è però possibile solo allorché il loro ulteriore svolgimento sia comunque già desumibile, nei suoi tratti essenziali, dalla sentenza da portare ad esecuzione, poiché è solo entro questi limiti che si può avere una sorta di "cognizione esecutiva"⁴⁶.

In questa direzione sembra muovere anche quella giurisprudenza che afferma la preclusione per il giudice dell'ottemperanza di integrare la decisione o risolvere questioni non espressamente affrontate dal giudice, specie se si tratti di eseguire il giudicato di organo appartenente ad altra giurisdizione⁴⁷.

I limiti che incontra il giudice dell'ottemperanza diventano ovviamente più stringenti quando interviene per dare esecuzione al giudicato civile. In questo caso la sua funzione è meramente attuativa della concreta statuizione giudiziale adottata dal giudice civile e non può alterare il suo precetto, limitandone (o ampliandone) la portata effettuale in violazione dell'art. 2909 c.c. Nel processo amministrativo, infatti, in sede di giudizio di ottemperanza, il giudice adito non ha la possibilità di arricchire, integrare o specificare il giudicato con una formazione progressiva dello stesso laddove le decisioni da ottemperare sono state rese da un plesso giurisdizionale diverso da quello amministrativo⁴⁸.

46 Consiglio di Stato sez. V, 8 luglio 2021, n. 5196, annullando TAR Campania, Napoli, sez. VI, n. 4592 del 2013.

47 T.A.R. Pescara, (Abruzzo) sez. I, 03/12/2021, n. 500.

48 Cons. St., ad. plen., 17 gennaio 1997 n. 1; Cons. St., sez. V, 16 novembre 2010 n. 8064; Cons. St., sez. IV, 04/05/2018, n. 2668 e, più di recente, T.A.R. Venezia, (Veneto) sez. III, 10 aprile 2020, n.339.

Il giudice dell'ottemperanza ha dunque poteri diversi a seconda del tipo di decisione che è chiamato ad ottemperare e il riparto delle giurisdizioni diventa confine invalicabile anche per la configurabilità di un giudicato a formazione progressiva che interessa dunque solo l'ottemperanza di decisioni del giudice amministrativo.

Anche in questo caso però il giudice dell'ottemperanza è dunque un interprete della decisione e del giudicato ed è grazie a questa attività di interpretazione che può enucleare, precisare ed integrare il contenuto della prescrizione che emerge dalla sentenza, risolvendo gli eventuali problemi interpretativi rientranti nella sua giurisdizione⁴⁹.

Benché la giurisprudenza amministrativa spesso parli di integrazione della sentenza impugnata da parte del giudice dell'ottemperanza con determinazioni che non ne costituiscono una mera esecuzione, ma un'attuazione in senso stretto, dando luogo al giudicato a formazione progressiva⁵⁰, quando si cerca di cogliere la portata di questa "attuazione" la sensazione che si ricava è che si debba escludere l'idea che essa stia ad indicare la possibilità di una nuova decisione e lascerebbe intendere che il giudizio di ottemperanza si muova quasi senza innovare sulla falsariga della decisione resa dal giudice⁵¹.

Certamente il problema sussiste, tanto che il Consiglio di Stato⁵² ha avuto dovuto chiarire che il divieto del ne bis in idem è estensibile anche all'azione di ottemperanza, proprio perché essa non è inquadrabile nello schema della mera azione esecutiva di sentenze o di altri provvedimenti equiparabili, ma presenta

49 Cons. di Stato, Sez. V, 30 marzo 2001, n. 2609; sez. V, 10 maggio 2012, n. 2698.

50 Cons. St., sez. IV, 24 ottobre 2016, n. 4421.

51 C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109 ss., afferma che «i momenti di cognizione ammessi nel giudizio di ottemperanza, possono essere solo quelli strettamente consequenziali al giudicato o con essi connessi. Non sono, invece, concepibili momenti di cognizione autonomi, in relazione a sopravvenienze o spazi lasciati «bianchi» dal giudicato, perché diversamente ragionando si potrebbero alterare le regole sul riparto di giurisdizione e l'ottemperanza diventerebbe la sede per attribuire al giudice amministrativo spazi di cognizione in ambiti riservati ad altre giurisdizioni (in questo senso, TAR Lombardia, sez. III, 8 febbraio 2017, n. 308)».

52 Consiglio di Stato sez. V, 02/11/2021, n.7322, in *Il Foro Amministrativo*, 2021, 11, 1723, confermando Tar Calabria, Reggio Calabria, n. 211 del 2020. Cfr. Cons. St., sez. V, 23 marzo 2015, n. 1558.

profili di carattere cognitorio che arricchiscono il contenuto della domanda; la legge conferisce al giudice dell'ottemperanza ampi poteri che gli consentono di integrare l'originario disposto della sentenza impugnata, con determinazioni che non ne costituiscono una mera esecuzione. Conseguentemente, qualora ci fosse una corrispondenza tra la sentenza di merito e quella di ottemperanza, si potrebbe plausibilmente ravvisare un bis in idem nella riproposizione di un secondo ricorso per l'ottemperanza, traducendosi il divieto di giudicare due volte sulla medesima reg Giudicanda nell'onere per il ricorrente di dedurre in giudizio il dedotto ed il deducibile⁵³.

Allo stesso modo il Consiglio di Stato⁵⁴ ha affermato che *«perché una sentenza possa considerarsi contraria ad un precedente giudicato, occorre che le decisioni a confronto risultino fra loro incompatibili in quanto dirette a tutelare beni ed interessi di identico contenuto, nei confronti delle stesse parti, con riferimento ad identici elementi di identificazione della domanda (petitum e causa petendi) confluiti nel decisum»* e che *«deve escludersi l'identità per oggetto tra pronuncia ottemperanda che decida la controversia all'esito del giudizio di cognizione e quella emessa in sede di ottemperanza per stabilire l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato; infatti, qualora le sentenze poste a raffronto costituiscano l'esito, rispettivamente, del giudizio di cognizione e di quello di esecuzione, ciò che viene dedotto come contrasto tra giudicati è l'interpretazione che il giudice dell'ottemperanza ha dato dell'ambito della statuizione della sentenza da eseguire, onde la richiesta di revocazione si risolve, in realtà, nel chiedere il riesame delle conclusioni cui detto giudice è pervenuto, non nell'assenza di consapevolezza dell'esistenza di un giudicato facente stato fra le stesse parti, ma proprio nell'espresso apprezzamento dell'ambito di quest'ultimo e degli adempimenti am-*

53 La giurisprudenza, intervenendo sul rapporto tra nomina ed insediamento del Commissario ad acta e potere di provvedere dell'amministrazione, ritiene che quest'ultima non perda il proprio potere di provvedere dopo la nomina e l'insediamento del Commissario ad acta e che si configuri, infatti, una situazione di concorrenza nell'esercizio del potere - dovere di dare attuazione alla pronuncia del Giudice da parte dell'Amministrazione, che ne è titolare ex lege, e da parte del Commissario, che, per ordine del Giudice, deve provvedere in sua vece, nella veste di ausiliario e non di organo straordinario dell'Amministrazione.

Da ultimo T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 02/02/2022, n.1221. Si veda anche Cons. St., ad. plen., 25 maggio 2021 n. 8.

54 Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n. 1 del 2017.

ministrativi necessari per la sua corretta esecuzione»⁵⁵. La funzione precipua dell'ottemperanza, anche in presenza di elementi di cognizione, non è quella di introdurre un nuovo grado di giudizio ma resta quella di evitare le elusioni del giudicato da parte delle amministrazioni che lo avrebbero dovuto rispettare ed è dunque legato al principio di lealtà processuale delle parti⁵⁶.

Il margine entro cui può avvenire la formazione progressiva del giudicato resta dunque quello del giudicato formatosi sulla sentenza frutto del giudizio di cognizione, con una significativa limitazione della possibilità di progressività nella formazione del giudicato.

4. Sopravvenienze e formazione progressiva del giudicato

L'idea di un giudicato amministrativo a formazione progressiva diventa più forte in presenza di eventi di fatto o di diritto successivi all'emanazione della decisione ed indipendenti dalla volontà dell'obbligato che possono incidere sull'efficacia della decisione stessa, contrastando con la pronuncia del giudice e incidendo sui poteri esercitabili dal giudice dell'ottemperanza. La disciplina delle cosiddette sopravvenienze spinge ad interrogarsi sui tratti che distinguono l'ottemperanza dalla mera esecuzione del decisum e a chiedersi in che misura esse possono incidere sulla intangibilità del giudicato, limitandola o facendola venire meno.

A sollevare problemi più che le sopravvenienze di fatto che *«possono incidere nei limiti in cui non rendono più possibile la c.d. tutela ripristinatoria, ferma restando la possibilità di attivare altri rimedi di tipo risarcitorio»*, sembrano essere le sopravvenienze di diritto⁵⁷, cambiamenti della normativa che intervengono dopo la pronuncia del giudice *«e si frappongono fra il giudicato e il bene della vita, facendo venire*

55 Cfr. S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 332, che sottolinea che *«la dimensione oggettiva del giudicato fornisce la misura della capacità della sentenza di interessare la realtà giuridica e fenomenica esterna al processo»*

56 M. A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, Giuffrè, 2013.

57 Per la considerazione nell'ambito delle sopravvenienze di diritto del rapporto tra giudicato nazionale e diritto comunitario sopravvenuto si veda, N. Spadaro, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza plenaria*, cit., pp. 1169 ss.

meno (a determinate condizioni) l'obbligo della P.A. di ottemperare»⁵⁸. La giurisprudenza chiarisce che le sopravvenienze giuridiche non possono corrispondere ad un provvedimento amministrativo⁵⁹ e la dottrina, partendo dal ruolo del giudizio di ottemperanza per l'effettività della tutela⁶⁰, ha sottolineato che la disciplina delle sopravvenienze di fatto o di diritto non può essere utilizzata in modo pretestuoso per eludere la decisione del giudice⁶¹.

Per non vanificare l'intangibilità del giudicato, la giurisprudenza prevalente⁶², seppur con alcune eccezioni rilevate in dottrina⁶³, limita l'operatività del novum individuando come limite temporale la data di notificazione della sentenza divenuta irrevocabile.

Le sopravvenienze, nella lettura del giudice amministrativo, non incidono sulle situazioni giuridiche istantanee e toccano quelle durevoli solo nel tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato e, per questo motivo, non si verificherebbe un conflitto con la pronuncia del giudice, ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica⁶⁴. È stato quindi affermato che l'efficacia del giudicato amministrativo sarebbe subordinata al permanere invariato delle circostanze normative e fattuali presenti al momento di emanazione della decisione⁶⁵.

58 Così, C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109 ss.

59 TAR Sicilia, Catania, sez. III, 26 settembre 2014, n. 2553

60 G. Mari, *Giudice amministrativa ed effettività della tutela: l'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Esi, 2013, pp. 1 ss.; I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in G.D. Comporti (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze University Press, 2016, p. 85.

61 C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109 ss. afferma che «naturalmente, la sopravvenienza non può, però, essere usata come «scudo» per eludere il decisum del giudice, poiché ciò contrasterebbe con i principi costituzionali di legalità e separazione dei poteri».

62 Ex multis: Cons. St., ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11; TAR Umbria, sez. I, 20 novembre 2017, n. 717; Cons. St., sez. IV, 29 maggio 2015, n. 2690; Cons. Giust. Amm. Sic., 10 aprile 2017, n. 181.

63 C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109 ss..

64 Cons. St., ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11.

65 C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109 ss.; M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., pp. 1157 ss.; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p. 257; P. M. Vipiana, *Contributo allo stu-*

5. Persona e Amministrazione tra giudicato, amministrazione attiva e ottemperanza

Il processo ha, secondo l'insegnamento chiovendiano, lo scopo di assicurare l'effettivo conseguimento del bene della vita a cui aspira chi, a ragione, si rivolge al giudice per ottenere tutela e l'ottemperanza riveste un'enorme importanza come strumento di effettiva tutela nei confronti della amministrazione alla luce dei principi della Costituzione e del diritto europeo e la mancata esecuzione del giudicato si pone in sé in contrasto con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa.

L'ottemperanza è dunque strumento per l'effettivo conseguimento del bene della vita individuato all'esito di un processo in capo alla parte vittoriosa⁶⁶. L'importanza dello strumento è connessa alla presenza di una parte del processo che deve dare esecuzione alla sentenza, che dovrebbe rispettare il principio di buona fede e che conserva però un potere sulla questione oggetto del giudizio e alla sua attitudine a contrastare elusioni e contrasti con quanto statuito dal giudice di cognizione, assicurando una corrispondenza fra la realtà materiale e quella giuridica per come individuata all'esito di un giudizio⁶⁷.

Il ricorso di ottemperanza rappresenta l'*extrema ratio* per ottenere, in sede di giurisdizione di merito, l'esecuzione del giudicato qualora, in sede amministrativa, sia mancata la definizione della questione conforme al giudicato stesso⁶⁸. Per questo il giudice dell'ottemperanza può direttamente o tramite il commissario ad acta emanare atti che soddisfino l'interesse del ricorrente per come statuito dalla sentenza del giudizio di cognizione, rendendola effettiva. In

dio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica, cit., pp. 366 ss.; B. Marchetti, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000, pp. 121 ss.; C. Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, pp. 298 ss.; G. Pepe, *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, cit., p. 231 e ss.

⁶⁶ P.M. Vipiana, *L'ottemperanza al giudicato amministrativo fra l'attività del commissario ad acta e quella dell'amministrazione "commissariata"*, in Urb. e app., 2015, 1049 ss., sottolinea l'importanza dell'ottemperanza nel processo amministrativo, in quanto strumento volto ad assicurare l'effettività del dictum del giudice, nell'ambito dell'equilibrato assetto tra giudicato e riedizione del potere amministrativo.

⁶⁷ C. Matteucci, *Il Giudizio di ottemperanza: Ius superveniens e giudicato amministrativo a formazione progressiva*, cit., p. 2109 ss.

⁶⁸ Cons. Stato, sez. IV, 11 agosto 2020, n. 4990.

questo senso il giudice dell'ottemperanza, nell'ambito di una giurisdizione estesa al merito, non si sostituisce all'amministrazione⁶⁹ ma interpreta ed applica la regola del caso di specie per come definita dal giudice del giudizio di cognizione⁷⁰ e «anche quando opera in sede di ottemperanza, comunque, il giudice amministrativo è un giudice e la sua attività ha natura giurisdizionale»⁷¹. Sembra opportuno ricordare che, come osservato autorevolmente in dottrina⁷² «i giudici non curano interessi; li tutelano, se ingiustamente lesi».

In questo senso, e anche alla luce degli evidenziati limiti che il giudice incontra nell'esercizio dei poteri dell'ottemperanza, sembra che l'obbligo di conformazione si muova in seno ad un rapporto fisiologico che deve intercorrere tra sentenza e ottemperanza all'interno del dictum della sentenza. Ciò limita fortemente l'ambito di azione di una formazione progressiva del giudicato, intesa come possibilità concreta per il giudice di distaccarsi dal contenuto della sentenza adottata in sede di cognizione, magari nell'interesse dell'amministrazione che ha visto censurare la propria attività dal giudice⁷³. E' stato in proposito sottolineato che «la natura cognitoria dell'attività giurisdizionale in sede di ottemperanza attiene, invero, all'accertamento dell'inadempimento amministrativo ed è funzionale all'esercizio dei poteri propri del giudice dell'ottemperanza, che sono chiaramente previsti per

69 F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, cit., pp. 534 ss.

70 F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, cit., pp. 534 ss., afferma che «è in questo frangente della giurisdizione che è possibile "completare" il giudizio di cognizione, nel senso che il giudice potrà adattare il decisum all'effettivo stato attuale dei fatti. In questo senso il giudice dell'ottemperanza esercita poteri di cognizione per dare corretta esecuzione alla sentenza: un continuum tra accertamento giudiziale ed esecuzione, rafforzato da un tipo di giurisdizione (di merito) che consente al giudice di realizzare la piena soddisfazione del ricorrente».

71 C. E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 285.

72 F.G. Scoca, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Giappichelli, 2017, p. 185.

73 Per una lettura del giudicato a formazione progressiva come strumento per conciliare intangibilità del giudicato amministrativo ed effettività del diritto europeo, C. Figliolia, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il principio di autonomia processuale degli Stati: il giudicato a formazione progressiva come soluzione di compromesso tra il principio di certezza del diritto e l'effettività del diritto europeo*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., fasc.3-4, 2015, p. 925. Si vedano anche N. Spadaro, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza plenaria*, in Dir. Proc. Amm., fasc.4, 2016, pp. 1169 ss.; M. Giavazzi, *Eureka! La sentenza anticomunitaria è inutiliter data per carenza di giurisdizione del giudice nazionale sui segmenti comunitari di un procedimento di amministrazione intrecciata*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., fasc. 5, 2019, pp. 683 ss.

*garantire l'esecuzione del giudicato, e non già per rimetterlo in discussione»*⁷⁴. Anche in presenza di eventuali errori contenuti nella sentenza da ottemperare diventa difficile considerare il giudizio di ottemperanza come strumento alternativo alla revocazione per la risoluzione del problema.

Peraltro è necessario fare attenzione alla possibilità che un eccessivo ampliamento del ricorso al giudicato a formazione progressiva possa contribuire a dilatare in modo eccessivo un sindacato esteso al merito del Giudice Amministrativo sugli atti in qualche modo collegati a precedenti pronunce giurisdizionali con la possibile elusione di *«una serie di regole proprie del giudizio di legittimità quali quelle del termine decadenziale, dell'onere di deduzione di specifici motivi, del rispetto del principio generale del doppio grado di giudizio»*⁷⁵.

È stato autorevolmente evidenziato in dottrina che la cognizione nel giudizio di ottemperanza emerge soprattutto quando la regola posta dalla sentenza amministrativa è implicita, elastica, incompleta e condizionata⁷⁶. Benché si sia consapevoli che, come visto, all'esito del giudizio amministrativo possa essere fisiologicamente presente un margine di indeterminatezza connesso all'inesauribilità del potere dell'amministrazione, anche in presenza dell'effetto conformativo, è vero che spesso su tali profili incide la qualità delle statuizioni del giudice, che non sono sempre adeguatamente chiare e accurate nella definizione degli assetti che intendono supportare⁷⁷. La sentenza del giudice di cognizione dovrebbe individuare, da un lato, vincoli e limiti dell'azione che l'amministra-

74 N. Spadaro, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza plenaria*, cit., pp. 1169 ss.

75 Così, M. Antonioli, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2011, pp. 1291 ss. che sottolinea anche che *«il termine di riferimento per la valutazione dell'attività di esecuzione svolta dall'Amministrazione debba essere sempre e comunque la sentenza: essa, ove sia esperita l'azione di annullamento, accerta, in caso di accoglimento, la fondatezza di uno o più dei motivi di ricorso e conseguentemente l'illegittimità dell'atto in tali limiti, ponendo un vincolo espresso alla futura azione dell'Amministrazione»*.

76 M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 295. Per una ricostruzione del giudizio di ottemperanza come luogo per il possibile completamento dell'accertamento giudiziale, che avrebbe dovuto aver il suo esito nella fase di cognizione, E. Cannada Bartoli, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Noviss. Dig. It.*, Utet, 1966, pp. 1077 ss.; Id., *Specialità del giudizio di ottemperanza*, in *Giur. it.*, 1999, 2414 ss.; G. Corso, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, Giuffrè, 1989, 1 ss.; A. Pajno, *Il giudizio di ottemperanza come giudizio di esecuzione*, in *Foro amm.*, 1987, 1648 ss.

zione dovrebbe porre in essere e, dall'altro, le aree di discrezionalità ancora legittimamente esercitabili dopo l'annullamento dei suoi atti da parte del giudice⁷⁸. Senza dover arrivare a sostenere l'opportunità di far convergere nel giudizio di cognizione ogni aspetto dell'azione amministrativa sottesa al provvedimento impugnato, consentendo al giudicato di coprire dedotto e deducibile⁷⁹, in questo modo l'amministrazione potrebbe agire nel rispetto del principio conformativo e non sarebbe necessario il ricorso all'ottemperanza come rimedio per una sentenza dal contenuto inadeguato.

Seppur nella consapevolezza delle molteplici possibili cause dello "sconfinamento del giudice"⁸⁰, in questa prospettiva la formazione progressiva del giudicato esula dagli ordinari rapporti tra giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza, per acquisire una dimensione suppletiva della funzione del giudice di cognizione ed acquista una dimensione patologica che viola lo statuto costituzionale di tutela della persona e che viene censurata anche dalla stessa giurisprudenza amministrativa⁸¹.

77 E' stato ad esempio rilevato in dottrina il rischio che può annidarsi nell'assorbimento dei motivi di accoglimento del ricorso, che dovrebbe essere valutato con maggiore attenzione da parte del giudice. Quando ciò non avviene, si rischia di trovarsi di fronte ad una sentenza che non rispetta il principio della domanda, non garantisce una tutela piena e può richiedere uno sforzo di integrazione della cognizione al giudice dell'ottemperanza. In questo senso C. E. Gallo, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., p. 285.

78 M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit.; B. Marchetti, *Il giudicato amministrativo e il giudizio di ottemperanza*, in R. Caranta (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Il Mulino, 2011, p. 831; A. Travi, *L'esecuzione delle sentenze*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale, IV, Il processo amministrativo*, Giuffrè, 2003, pp. 4607 ss..

79 In questo senso, M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., pp. 137 ss.

80 L. Torchia, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., fasc.1, 2019, pp. 188 ss., sostiene che in molteplici casi si verifichi «una vera e propria interferenza della decisione del giudice rispetto all'attività amministrativa, a volte dovuta ad una sorta di abdicazione dell'amministrazione al suo ruolo, altre volte al fatto che i principi predominano ormai sulle regole nel nostro ordinamento e consentono quindi una latitudine sempre più ampia all'interpretazione, altre volte ancora all'importazione nel giudizio amministrativo di tecniche di bilanciamento fra diritti e interessi — largamente utilizzate nel giudizio di legittimità costituzionale — che riproducono l'attività di ponderazione tipicamente amministrativa», con la conseguente «riduzione dello spazio a disposizione dell'amministrazione, o per abbandono del campo o per sconfinamento del giudice, con un impoverimento della capacità di decisione amministrativa».

81 Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2007, n. 428.

È fondamentale che, come auspicato autorevolmente in dottrina il giudice presti adeguata attenzione agli effetti e alle conseguenze delle sue sentenze e l'amministrazione comprenda che non può delegare ad altri le proprie scelte⁸².

82 L. Torchia, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, cit., pp. 188 ss.

LUCA LONGHI

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università Telematica Universitas
Mercatorum (Roma)

luca.longhi@unimercatorum.it

SOVRANITÀ GIURISDIZIONALE E GIUDICATO

JURISDICTIONAL SOVEREIGNTY AND ADJUDICATION

SINTESI

Secondo questo articolo la funzione giurisdizionale può essere declinata in termini di potere – con le responsabilità che vi sono correlate – e che il giudicato può compiutamente trovare tutta la propria *auctoritas*, nella più alta accezione del concetto, in quanto espressione qualificata della sovranità statale. È in quest'ultima locuzione, tutt'altro che simbolica, che va ricercata la *statualità* e, quindi, la sovranità stessa della giurisdizione.

ABSTRACT

According to this article, the jurisdictional function can be declined in terms of power - with the responsibilities that go with it - and the judgement can fully find its *auctoritas*, in the highest meaning of the concept, as a qualified expression of state sovereignty. It is in this latter locution, which is anything but symbolic, that statehood and hence the sovereignty of jurisdiction itself must be sought.

PAROLE CHIAVE: Legittimazione democratica, giurisdizione, società, giudicato.

KEYWORDS: Democratic legitimacy, jurisdiction, society, judgement.

INDICE: 1. Premessa. – 2. La legittimazione democratica della giurisdizione nel combinato disposto dei due commi dell'art. 101 Cost. – 3. Crisi del legislativo e supplenza giudiziaria. – 4. Giurisdizione e società. – 5. La giurisdizione tra potere e responsabilità. – 6. Giudicato e coesione sociale. – 7. Osservazioni conclusive (a partire dalla rilettura di Feliciano Benvenuti).

1. Premessa

Lo svolgimento della giurisdizione, in quanto funzione fondamentale dello Stato, costituisce una dimensione essenziale della sua sovranità. Dietro que-

sta osservazione, apparentemente banale, si nasconde uno snodo essenziale del nostro ordinamento, che attiene all'antico rapporto tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, ovvero, se si vuole, al punto di congiunzione ideale tra giurisdizione e democrazia.

Si tratta di un profilo all'apparenza scontato in uno Stato di diritto, ma che reclama di essere costantemente alimentato ed evidenziato, in assenza, nel nostro sistema, della legittimazione elettorale, che rende più immediato ed intuitivo quel vincolo, con riferimento, ad esempio, al potere legislativo.

Eppure, la funzione giurisdizionale, in quanto chiamata a produrre un impatto diretto sulla sfera giuridica dei consociati, necessita di vedere affermati a vari livelli quei connotati democratici espressi dall'impianto costituzionale, ma relegati troppo spesso sullo sfondo del dibattito corrente.

È attraverso il giudicato, quale risultato dell'attività giurisdizionale (*res iudicata*), che si realizza in concreto un impatto diretto sulle vite dei cittadini, con effetti che possono essere considerati definitivi e, in quanto tali, potenzialmente *irrimediabili*, a corollario dell'immutabilità della sentenza e del suo c.d. effetto preclusivo (cfr. art. 2909 c.c.) e senza tener conto qui del diverso problema degli errori giudiziari, richiamato dall'art. 24, ult. co. Cost.

Ecco perché la giurisdizione viene in rilievo come la più importante delle funzioni dello Stato o quantomeno quella destinata ad incidere più direttamente sui consociati e, non a caso, qualificata come la funzione mediante la quale il diritto si fa *carne* e attraverso la quale i diritti possono essere misurati nella loro concreta effettività.

Anche e soprattutto per questi motivi, è necessario che la funzione sia ricondotta entro l'alveo dei circuiti costituzionali, complessivamente intesi, a partire dalla relazione di rappresentanza che si instaura con il popolo in forza dell'art. 101 Cost.

2. La legittimazione democratica della giurisdizione nel combinato disposto dei due commi dell'art. 101 Cost.

Il vincolo di c.d. rappresentanza istituzionale¹ che lega al popolo chi è chiamato ad amministrare la giustizia non può evidentemente essere ridotto al dato formale dell'intestazione delle sentenze rese dagli uffici giudiziari, ma deve consistere in una manifestazione concreta, ancorché complessa, della sovranità popolare.

Soltanto attraverso una valorizzazione del disposto dell'art. 101 Cost., nel duplice richiamo al popolo (co. 1) e alla legge (co. 2), si può dare davvero un senso compiuto al principio di sovranità popolare, nelle molteplici forme presupposte dall'art. 1 Cost., che non possono esaurirsi nel mero esercizio del diritto di voto ai sensi dell'art. 48 Cost.

Nella soggezione del giudice alla legge (art. 101, co. 2), vi è, difatti, un'ulteriore declinazione della legittimazione democratica della giurisdizione, in un'accezione ancora più profonda rispetto a quella espressa dal primo comma, se si considera che la legge può essere intesa come la sublimazione della volontà popolare e, al tempo stesso, come si vedrà, come guida e limite naturale per l'operato dei giudici.

La giusta considerazione del principio di soggezione del giudice alla legge (*index sub lege*), senza particolari enfasi ma nemmeno inutili sottovalutazioni, aiuta a recuperare il significato originario della *iurisdictio*, che consiste pur sempre, anche in un ordinamento costituzionale come il nostro, in un'attività di applicazione (*ius dicere*) – e non già di creazione in quanto tale – del diritto.

Ed anzi, riprendendo l'antico insegnamento di Chiovenda, si potrebbe tutt'ora validamente sostenere che compito del giudice sia, prima di tutto, quello di dichiarare la volontà della legge in relazione ad una fattispecie già completamente verificata, così come è stata introdotta e postulata dalle parti nel processo².

1 Si veda, sul punto, S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, p. 27.

2 Si veda, sul punto, G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia. Viaggio nel Paese e nella Costituzione*, Catanzaro, 2021, p. 91.

Non è casuale, d'altronde, che la disposizione costituzionale più rilevante in materia (ovvero, l'art. 24 Cost., che disciplina il diritto di tutela giurisdizionale nelle sue plurime dimensioni) sia, in realtà, collocata nella parte prima della Carta, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini, a riprova del fatto che è anzitutto intorno ai cittadini che deve ruotare l'esercizio della funzione.

3. Crisi del legislativo e supplenza giudiziaria

I contenuti democratici della giurisdizione, cui si faceva riferimento nel paragrafo precedente, non si esauriscono certo in un'unica sede, ma richiedono di essere alimentati, come all'interno di un circuito chiamato continuamente a rinnovarsi.

Un circuito dal quale scaturisce il c.d. diritto vivente, ovvero la *regola* nella sua materiale applicazione al caso concreto, destinata a fare stato tra le parti (art. 2909 c.c.) attraverso la necessaria intermediazione del giudice, ma al culmine di un percorso che vede coinvolti numerosi altri protagonisti, come ci si accinge ad osservare.

In questa prospettiva, il processo diventa il luogo ordinamentale deputato che consente di tradurre il sistema normativo in una regolamentazione speciale che esprima la controversia nei suoi elementi essenziali, nonché la decisione in coerenza con gli elementi acquisiti³.

In questo processo evolutivo si rende, altresì, fondamentale il contributo di altri attori istituzionali coinvolti nei circuiti di produzione del diritto, che possono essere identificati, per approssimazione, con i seguenti soggetti: il legislatore, la politica, la dottrina, l'avvocatura, l'opinione pubblica, ciascuno nel proprio ambito e nel rispetto della funzione che gli compete secondo la trama costituzionale.

Ciascuno di questi soggetti è chiamato a svolgere, cioè, una precisa funzione all'interno dei meccanismi di adattamento del diritto al fatto, in assenza

3 Cfr. G. ABBAMONTE, *Il ruolo dell'avvocato nell'evoluzione della società italiana*, in *Raccolta di scritti in memoria di Antonio Villani*, Napoli, 2002, ripubblicati a cura del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli, ed. 2022, p. 16.

della quale finiscono inevitabilmente per dilatarsi gli spazi di supplenza del giudice, che dovrebbe rappresentare, invece, solo l'anello terminale della catena descritta.

È fin troppo banale constatare, ad esempio, quanto carente risulti talora la funzione legislativa, che, negli ultimi tempi, a causa delle lungaggini dei lavori parlamentari o anche solo di una classe politica non sempre all'altezza della situazione, arriva con ritardo o con scarsa qualità a disciplinare fattispecie che attendono da tempo un intervento efficace.

È evidente che, in questi casi, al giudice si richiedano ambiti di intervento supplementare, che di fatto finiscano per colmare i vuoti di tutela di un ordinamento che astrattamente non ammetterebbe lacune.

È in questa dinamica, brutalmente semplificata nello schema sopra formulato, che si può ravvisare il germe della crisi del legislativo e, di conseguenza, l'assoluta necessità di riaffermare i connotati democratici della giurisdizione, troppo spesso dati per scontati nella vulgata comune.

È necessario, cioè, che la magistratura (inteso come corpo dei giudici in senso lato) non rimanga isolata dalla società, ripiegandosi su sé stessa e sulle proprie prerogative di categoria, ma sia messa nelle condizioni di svolgere correttamente la propria missione, adempiendo appieno alla relazione di rappresentanza stabilita dall'art. 101 Cost.

È questo, del resto, il vero senso dell'indipendenza e dell'autonomia proclamate dall'art. 104 per la magistratura ordinaria e dall'art. 108 per le giurisdizioni speciali, che, se non osservate dalla giusta angolazione, finirebbero per tradursi solo in autoreferenzialità e separatezza.

Ecco, quindi, che la giurisdizione, collocata nella prospettiva costituzionale che realmente le compete, ritrova la propria piena legittimazione democratica, reclamando, come si diceva, la partecipazione a vario titolo di un novero di soggetti più ampio rispetto a quanto si sarebbe portati a ritenere a prima vista.

La funzione giurisdizionale si rivela, in tal modo, la funzione qualificata mediante la quale il diritto positivo (*vox mortua* per definizione⁴) diventa effettivamente diritto vivente.

Questa transizione richiede, tuttavia, come osservato, un'ampia legittimazione democratica nel senso descritto, così da generare in seno alla comunità quell'indispensabile sentimento di fiducia collettiva nell'amministrazione della giustizia, congeniale, a sua volta, al consolidamento di quella coesione sociale, tante volte evocata invano nel dibattito corrente.

4. Giurisdizione e società

La funzione giurisdizionale, d'altronde, non può che concorrere nella direzione di ricucire quegli *strappi* nei rapporti interindividuali e nel tessuto sociale, alla base delle singole controversie⁵, anche nell'ottica di favorire la convivenza tra i consociati, tanto più in una società tradizionalmente litigiosa come la nostra.

La fiducia collettiva nell'amministrazione della giustizia non si consegue naturalmente attraverso la mera ricerca del gradimento popolare, ovvero mediante quello che potremmo definire populismo giudiziario, dovendo, anzi, i magistrati mantenersi quanto più possibile lontani dai meccanismi di cattura del consenso (e verosimilmente dalle lusinghe della carriera politica, ma questo è un altro discorso) e dovendosi evitare le pericolose derive della politicizzazione della giustizia e della giudiziariizzazione della politica⁶.

Si tratta, invece, di alimentare una fiducia nel buon andamento dell'amministrazione della giustizia, che si nutre della credibilità delle istituzioni giudiziarie, nelle quali i cittadini sono chiamati a riconoscersi, in ossequio sempre a quella relazione di rappresentanza espressa dall'art. 101 Cost.

Proprio per questo motivo, diventa necessario rinsaldare i vincoli di responsabilità che legano chi è chiamato ad esercitare la funzione giurisdizionale

4 Cfr. G. VERDE, cit., p. 90.

5 Cfr. G. ABBAMONTE, cit., p. 12.

6 Cfr. G. VERDE, cit., p. 46.

con i destinatari della stessa, cui si richiede, di converso, un certo sforzo di *obbedienza*, alle regole così come all'autorità del giudicato⁷.

Un'obbedienza che non equivale, evidentemente, a conformismo etico, ma che deve rappresentare piuttosto il presupposto di quei doveri di solidarietà (art. 2 Cost.) che ci tengono uniti.

La responsabilità correlata all'esercizio della funzione va intesa, anzitutto, nel senso etimologico di dover *rispondere* del proprio operato, prima ancora che nei meccanismi effettivi di responsabilità previsti dall'ordinamento (pensiamo alla responsabilità civile, la cui applicazione, invero, ha spesso lasciato a desiderare sin dall'entrata in vigore della disciplina del 1988).

È in questo complesso itinerario che può concretizzarsi il senso profondo della giurisdizione, in quanto realtà *plurale e partecipata*, in conformità con il disegno costituzionale⁸, disseminato (nel titolo IV, parte II e non solo) di elementi tali da configurare la funzione in maniera molto più articolata di quanto si sia comunemente abituati ad immaginarla.

5. La giurisdizione tra potere e responsabilità

È in questo circuito, sommariamente delineato in questa sede, che la funzione giurisdizionale può essere declinata in termini di potere – con le responsabilità che vi sono correlate – e che il giudicato può compiutamente trovare tutta la propria *auctoritas*, nella più alta accezione del concetto, in quanto espressione qualificata della sovranità statale (“*in nome del popolo italiano*”).

È in quest'ultima locuzione, tutt'altro che simbolica, che va ricercata la *statualità* e, quindi, la sovranità stessa della giurisdizione.

L'esercizio della giurisdizione fa riferimento sì ad uno dei poteri fondamentali dello Stato, secondo l'antica tripartizione di Montesquieu, ma un potere *sui generis* (vista la sua natura, variamente definita, di potere nullo, potere neu-

⁷ Il riferimento è a N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021.

⁸ Si veda, sul punto, A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1990, ora anche in ID., *L'ordinamento giudiziario*, I, Napoli, 2019, p. 81.

tro, potere diffuso, ciascuna delle quali meriterebbe un approfondimento specifico), cui dovrebbero comunque corrispondere, come si diceva, precisi assetti di responsabilità (*là où est la responsabilité, là est le pouvoir*).

Un potere che consiste soprattutto nella prestazione di un servizio (*municipus*⁹) alla comunità e che richiede, comunque, degli elementi di riequilibrio per poter essere correttamente esercitato.

In un quadro così ricostruito un ruolo centrale è rivestito dalla certezza del diritto, concetto che merita di essere rivalutato, nella triplice dimensione di certezza delle regole, prevedibilità delle decisioni¹⁰ ed effettività delle responsabilità correlate all'esercizio della funzione.

Ne scaturisce, pertanto, una visione della giurisdizione costruita intorno al cittadino, in armonia con l'art. 24 Cost. (e con lo stesso art. 1, già più volte richiamato), che, pertanto, con le garanzie e le tutele apprestate dall'ordinamento, non può essere inteso come soggetto votato unicamente a *subire* gli effetti del suo esercizio.

È qui che rileva, ad esempio, il ruolo dell'avvocato, nel peculiare posizionamento ordinamentale che lo caratterizza¹¹, a prescindere dalla questione di una sua (ulteriore) formale consacrazione nel testo costituzionale, di cui si era parlato negli ultimi anni, prima che altre urgenze andassero ad occupare l'ordine del giorno dell'agenda politica del Paese¹².

In questo processo di continua rigenerazione del diritto, si richiede all'avvocato un'insostituibile funzione di consulenza tecnica, che va arricchendosi di nuove sfumature in concomitanza con le evoluzioni sociali ed istituzionali degli ultimi decenni.

9 Vocabolo che, non a caso, può anche essere tradotto con il significato di «dono».

10 Il riferimento è a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

11 Cfr. G. ABBAMONTE, cit., p. 11.

12 Si veda, sul punto, M. LUCIANI, *L'avvocatura e la Costituzione*, in www.consiglionazionaleforense.it, 2018.

È all'avvocato, difatti, che si chiede di *costruire* il giudizio – ovvero di promuovere l'azione, nelle giurisdizioni diverse da quella penale – prima ancora che il giudice intervenga¹³.

Basti pensare al disposto dell'ultimo comma dell'art. 24 Cost., in tema di riparazione degli errori giudiziari, che concorre a definire questa visione *democratica* della giurisdizione, rivolta all'effettività della tutela giurisdizionale (come testimoniato, ad esempio, dalla fatidica sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999, in tema di risarcibilità del danno derivante da lesione di interessi legittimi, che già aveva indicato una strada sempre più orientata alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive, al di là delle tradizionali categorie concettuali).

6. Giudicato e coesione sociale

Ecco, dunque, che viene a delinearsi un triangolo ideale tra gli artt. 1, 24 e 101 della Carta, che tiene uniti lo Stato-organizzazione e lo Stato-comunità, nello spirito di realizzare quell'aspirazione alla *giustizia* (intesa, in ultima istanza, in termini di edificazione di una società più giusta, cfr. art. 3 Cost.) espressa dall'intera architettura costituzionale.

Solo se riguardata da questa angolazione, la giurisdizione può essere messa nelle condizioni di assolvere pienamente alla propria funzione, ossia a quella di “fare stato” tra le parti con la forza del giudicato (*facit de albo nigrum*), reclamando la stessa, per definizione, una diffusa osservanza delle regole e, di conseguenza, del comando giudiziale emesso in ossequio alla legge (cfr. art. 101 e 111 Cost.), indispensabile cemento della già richiamata idea di coesione sociale (si pensi anche solo al ruolo *unificante* svolto dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 65, co. 1 r.d. n. 12/1941)¹⁴.

¹³ G. ABBAMONTE, cit., p. 21.

¹⁴ «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge».

Non si può, in altri termini, omettere di considerare che il giudicato ritrova la propria efficacia (leggi: autorità) proprio nel suo essere pronunciato *nel nome* del popolo, elemento che riassume in sé, a sua volta, la sovranità e, dunque, la statualità che l'esercizio della giurisdizione necessariamente presuppone¹⁵.

In altri termini, in quella formula si esprime la forza in senso giuridico del giudicato, ovvero la sua imperatività.

È solo in presenza di una coesione sociale – da intendersi anche e soprattutto come comune identificazione in un *corpus* di principi e regole condivisi (cfr. art. 54 Cost.)¹⁶ – diffusamente maturata nella collettività che si potrà arrivare a parlare, in una dimensione di effettività, di un popolo *sovrano*, nell'accezione degli artt. 1 e 101 Cost.

In tal modo, l'art. 101 Cost., nell'ottica descritta, diventa uno dei più rilevanti crocevia del nostro ordinamento costituzionale, esplicitando, nella dimensione del diritto vivente, l'equilibrio ideale tra diritti e doveri sotteso all'art. 2 Cost., sul quale è costruito tutto il nostro stare *insieme*.

In questa prospettiva, la giurisdizione – che, come osservato, investe una pluralità di profili ben più ampia rispetto a quanto si è portati comunemente ad immaginare – viene in rilievo anche come fondamentale fattore di coesione, in quanto il suo delicato esercizio concorre a realizzare in seno alla società l'*ordine* giuridico, da intendersi nella sua più compiuta ed alta accezione costituzionale¹⁷.

7. Osservazioni conclusive (a partire dalla rilettura di Feliciano Benvenuti)

15 Sul giudicato in quanto regolamento autoritario di interessi, si veda F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)* (voce), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 895.

16 Sul punto, si veda, da ultimo, R. RORDORF, *Commento all'art. 54 della Costituzione*, in www.lamagistratura.it, 22 aprile 2022.

17 Si veda, sul punto, A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio giuridico*, sesta serie, vol. XXXIV, fasc. 1-2, 1963, ora in ID., *Per la Costituzione. Scritti scelti*, vol. II, Napoli, 2019, pp. 797 ss.; A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in *Dir. soc.*, 2013, ora in ID., *Per la Costituzione. Scritti scelti*, cit., pp. 765 ss.

Alla luce delle osservazioni formulate nei paragrafi che precedono, si può dire che il giudicato, come prodotto qualificato dell'attività giurisdizionale, occupi, per tutti i motivi illustrati, uno snodo assolutamente cruciale dell'ordinamento.

Nella fase avanzata dello Stato di diritto che ci troviamo a vivere – nella quale, ad esempio, non si pone più in termini realistici la questione dell'indipendenza del potere giudiziario dall'esecutivo come poteva essere agli albori della Repubblica – non ha senso continuare a contrapporre la giurisdizione agli altri poteri, caricandola di un'enfasi che non dovrebbe appartenere, se solo si avesse la diligenza di recuperarne l'originario significato costituzionale, come si è tentato, sia pure a grandi linee, di fare in questa sede¹⁸.

Il contributo di Feliciano Benvenuti sull'argomento, attorno al quale ruota gran parte delle nostre riflessioni odierne, ha, tra gli altri, il merito di chiarire che il giudicato indica esso stesso un limite all'operato del giudice, che non può mai giungere ad elevarsi al livello del legislatore e modificare la regola contenuta nella sentenza¹⁹ (cfr. anche art. 111 Cost., in tema di obbligo di motivazione).

Non si tratta qui di stabilire a chi spetti un presunto primato nell'ordinamento (che sarebbe di per sé polemica oziosa e certamente inattuale), quanto di provare ad evidenziare, una volta per tutte, un comune denominatore democratico nell'esercizio delle funzioni fondamentali dello Stato.

In caso contrario, si rischia di alimentare una contrapposizione che non avrebbe ragion d'essere, favorendo, quel che è più grave, l'errata concezione che la giurisdizione sia appannaggio esclusivo dei giudici, quali detentori a titolo personale di un potere che in realtà non compete loro (cfr. artt. 101, 102, 107 Cost.), in un ambito intangibile ed avulso dal resto dei circuiti costituzionali.

¹⁸ Sul punto, sia consentito il rinvio a L. LONGHI, *La democrazia giurisdizionale. L'ordinamento giudiziario tra Costituzione, regole e prassi*, Napoli, 2021.

¹⁹ F. BENVENUTI, cit., p. 894.

All'esercizio della giurisdizione, tuttalpiù, spetta il non meno nobile e delicato compito di rendere concreto il precetto normativo applicandolo al rapporto sostanziale dedotto in giudizio²⁰.

In un ordinamento come il nostro, ferme restando le ulteriori garanzie apprestate dal sistema, la legittimazione democratica della giurisdizione deve poter risiedere – prima ancora che nella pretesa di farsi interprete di principi o valori costituzionali, che potrebbe rischiare di sfociare nella deriva del *creazionismo* giudiziario²¹ – innanzitutto nell'esercitare la funzione in nome del popolo ed in ossequio alla legge (come prescritto, del resto, dal più volte evocato art. 101 Cost.), in quanto espressione privilegiata, a sua volta, della volontà popolare.

È sempre la legge – in senso sostanziale e processuale – ad indicare al giudice i binari ai quali attenersi nello svolgimento della propria funzione ed è questa, d'altronde, un'ulteriore declinazione, se si vuole, del principio, troppo spesso sottovalutato, di cui all'art. 101, co. 2 Cost.

Solo in questa prospettiva, la giurisdizione potrà assolvere veramente alla funzione di certezza e di stabilità²², che le viene richiesta dall'ordinamento e che, anzi, costituisce il presupposto logico di esistenza dell'edificio giuridico che ci tiene insieme e che ci vede tutti sottoposti al medesimo *corpus* di regole.

In tal modo, il giudice deve potersi fare garante della stabilità dei rapporti giuridici rispetto al mutamento perenne della società e dei fatti che si verificano nell'ambito dell'ordinamento²³ e, in quanto tale, non potrà abbandonarsi ad interpretazioni eccessivamente creative delle norme vigenti.

²⁰ Ivi, p. 893.

²¹ Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit.

²² Cfr. F. BENVENUTI, cit., p. 894.

²³ Così, F. BENVENUTI, cit., p. 896.

LUCA R. PERFETTI
Direttore scientifico di PA Persona e Amministrazione
luca.perfetti@belex.com

**PROCESSO E POTERE NEL PRISMA DEL GIUDICATO
AMMINISTRATIVO: L'ASIMMETRIA RIBALTATA.
RILEGGENDO LA VOCE «GIUDICATO
AMMINISTRATIVO» DI FELICIANO BENVENUTI**

**ADMINISTRATIVE PROCESS AND PUBLIC POWER THROUGH THE
DIAMOND OF RES IUDICATA: THE OVERTURNED ASYMMETRY.
RECONSIDERING FELICIANO BENVENUTI'S «GIUDICATO
AMMINISTRATIVO»**

SINTESI

L'articolo prende le mosse dalla rilettura della voce enciclopedica di Feliciano Benvenuti, per mettere in luce il ribaltamento di prospettiva. Nel saggio della fine degli anni Sessanta il processo amministrativo appariva ancora molto fragile in relazione alla protezione dei diritti ed interessi legittimi delle parti private e consegnato al solo interesse dell'ente pubblico; in questa prospettiva la *res iudicata* assumeva un ruolo minimo, destinata ad essere travolta dal fluire dell'azione amministrativa. A fronte di un quadro deludente del processo amministrativo si avverte, invece, l'evoluzione dell'organizzazione e del potere pubblici. Senza che siano elementi decisivi dell'argomentazione del saggio di Benvenuti, emergono però elementi - come il procedimento e la giurisdizione esclusiva - suscettibili di considerazioni del tutto diverse alla luce della legislazione vigente. Esaminando la situazione di oggi, invece, la prospettiva pare ribaltata perché il diritto positivo presenta un processo amministrativo sostanzialmente adeguato al quadro costituzionale, entro il quale può essere teorizzata in modo adeguato la *res iudicata*. Al contrario, la teoria del potere pubblico è poco sviluppata, se non in virtù di pochi ma preziosi contributi di giovani studiosi. La prassi e la giurisprudenza sono, invece, vanno decisamente arretrando.

Il problema è che non si può avere una soddisfacente teorizzazione della *res judicata* se non a fronte di teorie del potere pubblico e del processo amministrativo coerenti con le norme costituzionali ed europee; se anche solo uno dei due fattori arretra, anche l'effettività della protezione delle pretese individuali viene compromessa. Attraverso l'esame delle teorie proposte negli ultimi decenni, l'articolo trova conferma della necessaria simmetria tra potere e processo e propone una sintesi del contenuto di accertamento della sentenza che determina effetti diretti sul rapporto e preclusioni all'attività amministrativa successiva.

ABSTRACT

The article takes as its starting point the re-reading of Feliciano Benvenuti's encyclopedic voice to highlight the reversal of perspective. In the essay of the late 1960s, the administrative process still appeared very fragile in relation to the protection of the rights and legitimate interests of private parties and consigned to the sole interest of the public body; in this perspective the *res judicata* assumed a minimal role, destined to be overwhelmed by the flow of administrative action. Against this disappointing picture of the administrative process, on the other hand, the evolution of public organization and power is felt. Without being decisive elements in the argumentation of Benvenuti's essay, however, elements emerge - such as the procedure and exclusive jurisdiction - that are susceptible to entirely different considerations in light of the legislation in force.

Examining today's situation, however, the perspective seems to be reversed because positive law presents an administrative process that is substantially suited to the constitutional framework, within which *res judicata* can be adequately theorized. In contrast, the theory of public power is little developed, except by virtue of a few but valuable contributions by young scholars. Practice and jurisprudence, on the other hand, are definitely lagging behind.

The problem is that there can be no satisfactory theorization of *res judicata* unless theories of public power and the administrative process are consistent

with constitutional and European standards; if even one of these two factors falls behind, the effectiveness of the protection of individual claims is also compromised. Through an examination of the theories proposed in recent decades, the article finds confirmation of the necessary symmetry between power and process and proposes a summary of the declaratory content of the judgment that determines direct effects on the relationship and preclusion of subsequent administrative activity.

PAROLE CHIAVE: processo amministrativo – potere pubblico – giudicato amministrativo – Feliciano Benvenuti

KEYWORDS: administrative process – public authority power – res iudicata – Feliciano Benvenuti.

INDICE: 1. Introduzione. – 2. Cultura del potere pubblico ed adeguatezza della tutela giurisdizionale; sulla voce Giudicato Amministrativo di Feliciano Benvenuti. – 3. Inversione del paradigma. Perché il processo è adeguato al modello costituzionale. – 4. (*segue*) e la concezione del potere non lo è. – 5. Conclusioni sulla cosa giudicata nel processo amministrativo, tra diritto positivo ed involuzioni.

1. Introduzione.

Rileggere oggi la voce dell'*Enciclopedia del Diritto* dedicata al giudicato amministrativo¹ sembra consentire di porre in luce il ribaltamento della relazione tra concezioni del processo amministrativo e del potere pubblico che si è determinato in pochi decenni di storia repubblicana. Già solo per questo, dunque, sembra opportuno dedicare a questo ribaltamento alcune spiegazioni.

Ma v'è dell'altro: il progressivo distanziarsi dell'esercizio del potere pubblico dai caratteri propri dello Stato-di-diritto e, più ancora, dal modello costituzionale, finisce per influenzare profondamente anche il processo amministrativo – almeno in alcuni suoi tratti essenziali – sicché sembra utile, nella costante influenza tra evoluzione del diritto sostanziale e di quello processuale, mettere in luce anche elementi di significativo rischio involutivo nel nostro diritto processuale.

In termini essenziali, si può osservare come nella sintesi di Benvenuti fosse assai chiaro che la struttura del processo amministrativo – limitata alla

1 F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 893.

cassazione dell'atto illegittimo – e l'inesistenza di una disciplina doverosa del procedimento conducessero ad un'alterità drammatica tra il giudicato amministrativo e quello civile – o, per dire diversamente, ad una sostanziale inesistenza dell'effetto di cosa giudicata nel processo amministrativo, giacché l'unico effetto perdurante risiedeva nell'impossibilità per l'ente di adottare nuovamente un atto identico a quello annullato in sede giurisdizionale perché illegittimo ed il giudicato era da intendersi come sostanzialmente nella disponibilità dell'amministrazione.

Ci si trova innanzi ad una sintesi – che mostra chiarissima la delusione rispetto allo stato del diritto positivo – nella quale sono molto evidenti i tratti dell'evoluzione del diritto sostanziale e delle concezioni del potere, nelle maglie delle disposizioni e – soprattutto – del disegno costituzionale, a fronte di un processo amministrativo ancora estremamente attardato.

Non sarebbe difficile seguire i percorsi evolutivi di questo secondo, fino a giungere ad una struttura sostanzialmente adeguata ad assicurare il suo scopo costituzionale (art. 24 Cost.), vale a dire quello di assicurare la pienezza della tutela. Ciò che si deve registrare è, invece, che se il diritto sostanziale – fino almeno al principio di questo millennio – ha proseguito la sua evoluzione verso l'obiettivo di funzionalizzare il potere al godimento dei diritti costituzionali della persona, l'obiettivazione dell'azione e dell'organizzazione amministrative, la partecipazione e la paritarietà, negli ultimi decenni si è rapidamente mosso verso il polo opposto – aggravandosi vistosamente a fronte della crisi delle autonomie sociali e locali, delle incertezze ed inadeguatezze dell'organizzazione ed il moltiplicarsi di poteri derogatori, emergenziali, sottratti a garanzie e estranei ad altra direzione se non l'interesse dello Stato (sempre indefinito nei suoi contenuti).

Né è utile tacere che questo percorso ha visto come protagonisti la giurisprudenza amministrativa ed il legislatore, con significative distrazioni della dottrina.

In altri termini, se il problema del giudicato amministrativo in Benvenuti sembrava essere quello dell'inadeguatezza del processo ed inesistenza del procedimento, dopo una lunga e fruttuosa evoluzione, oggi i termini della questione sembrano ribaltati: abbiamo una disciplina del procedimento e del processo in grado di determinare l'accertamento del rapporto ed il formarsi della cosa giudicata intorno ad esso, strumenti processuali – pur non perfetti – perché si possa avere conoscenza del fatto, sindacato circa la sua ricostruzione e qualificazione nonché la valutazione posta in essere nell'esercizio del potere, si giunga ad accertare giudizialmente la relazione e limitare profondamente l'esecuzione; sul versante opposto, l'organizzazione amministrativa – vittima di un lungo recedere, confondersi delle forme giuridiche, ridursi dell'imparzialità e della professionalità – mostra profonde incertezze ed inadeguatezze, l'esercizio della funzione amministrativa viene cosparso della soggettività della valutazione discrezionale ritenuta insindacabile, la stessa teoria del potere – sostanzialmente abbandonata, se non dalla miglior giovane dottrina – e del provvedimento sciocava non insensibilmente in paradigmi *pre-* o *praeter-* costituzionali.

Oggi, quindi, il problema non è tanto quello di non disporre di un processo in grado di produrre l'effetto di cosa giudicata se non in limiti così minuti da esser sostanzialmente irrilevanti, ma quello di condurre in un giudizio adeguato a fornire tutela e accertamenti suscettibili di passare in giudicato, un rapporto sostanziale cui si nega o depotenzia il valore di accertamento proprio del procedimento amministrativo, si afferma una radicale sudditanza all'interesse pubblico della stessa obiettiva interpretazione delle norme, agitando una clausola generale dal contenuto mai definito, una latitudine dell'insindacabilità dell'esercizio del potere – sotto le insegne della discrezionalità – difficilmente compatibile con lo Stato-di-diritto, quando il potere non abiti – come, invece, molto frequentemente accade – entro fattispecie derogatorie, emergenziali, *ad hoc*. La legalità e oggettivazione del potere apparivano quindi irraggiungibili senza una (potenziale) stabilizzazione processuale, mentre oggi, al contrario,

quest'ultima pare irraggiungibile a fronte di un potere in parte ritenuto – a motivo delle concezioni del potere e della discrezionalità – ed in altra divenuto – in ragione del contenuto delle disposizioni di legge e della totale deformalizzazione della teoria delle fonti – sostanzialmente insindacabile. Se il problema di Benvenuti, in relazione alla cosa giudicata, era l'inanità del processo e l'assenza del procedimento, il nostro è la stessa teoria del potere nel diritto sostanziale, i radicali arretramenti autoritari dell'ordinamento e la limitata attenzione della dottrina di diritto sostanziale.

I due ambiti tematici, naturalmente, non sono tra loro impermeabili.

Ed, infatti, sempre più frequentemente, la moltiplicazione dei riti, la riduzione della tutela cautelare relativamente a materie ritenute di interesse strategico e, soprattutto, l'affermarsi di orientamenti giurisprudenziali che conducono all'insindacabilità di vaste aree del potere pubblico ed all'irrilevanza di segmenti decisivi del procedimento amministrativo, riporta al processo l'involuzione del diritto sostanziale. Forse più ancora, la circostanza, per stare nel perimetro del problema del giudicato, è chiaramente leggibile nell'esecuzione della sentenza (che non è neutro culturalmente qualificare, in modo molto impreciso, come riesercizio del potere), susseguente il formarsi della cosa giudicata, giacché v'è – in dottrina e giurisprudenza – chi ammette che l'accertamento del rapporto formatosi nel procedimento venga coperto – attraverso il giudizio sulla validità dell'atto – dal giudicato, che l'amministrazione non possa agire in contrasto con quanto ha previsto in sede di preavviso di rigetto, che la manovra sulle domande ammesse dall'art. 34 C.P.A. consentirà una piena tutela dell'interesse pretenitivo giacché il giudice, nei limiti della domanda del ricorrente, potrà condannare l'amministrazione all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio (art. 34 C.P.A., lett. c) nonché disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato (art. 34 C.P.A., lett. e), quando non condannare l'ente ad adottare il provvedimento richiesto (art. 31 C.P.A., co. 3). Tuttavia, ci si affretterà ad osservare che tutto ciò non toglie al-

cunché alla natura inesauribile del potere amministrativo² e, soprattutto, che non potrà limitare il successivo³ potere discrezionale – sempre più considerato, espressamente o implicitamente, insindacabile.

Peraltro, non è infrequente leggere in giurisprudenza, anche recente, insegnamenti largamente più prudenti ed arretrati, che meriterebbe discutere paritativamente, così come in generale la giurisprudenza – con il sostegno di parte della dottrina – oppone alla piena applicazione di regole costituzionali (art. 24 Cost.) e dell'Unione (art. 6 Cedu) un'affermazione ideologica del principio di separazione dei poteri (che non ha alcun fondamento costituzionale espresso) che, in relazione alla cosa giudicata ed al processo di esecuzione (o ottemperanza) riceve un'applicazione variabile e non di rado largamente discutibile⁴.

La relazione tra diritto sostanziale e cosa giudicata è il problema essenziale di questa seconda, che sarebbe quasi inutile osservare indipendentemente dal confronto con il potere dell'amministrazione; anche per questo è utile riprendere l'insegnamento di Benvenuti (che proprio lungo questo crinale si muove pressoché interamente), alla luce di quello della miglior dottrina processualistica, che osserva che *«il vero nodo è l'individuazione delle prescrizioni discendenti dal giudicato a carico dell'amministrazione: laddove simili prescrizioni sussistano l'amministrazione è vincolata (e suscettibile di surrogazione tramite procedimenti esecutivi); se permangono ambiti di discrezionalità, si resta al di fuori dello spettro degli effetti della sentenza»*⁵.

2 Ma, sul punto, con la consueta precisione e profondità, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, specie da 32, ove, con richiamo a dottrina autorevole, si indica il limite segnato dal giudicato al potere esercitato successivamente, considerando che l'annullamento dell'atto condiziona la successiva azione con il contenuto dichiarativo o costitutivo della sentenza; conseguentemente, *«ciò che viene accertato con efficacia di giudicato è soltanto l'esistenza del titolo giuridico contestato con il motivo accolto. Il giudicato, quindi, non preclude l'emanazione di un nuovo atto del medesimo contenuto, se questo sia fondato su un altro "titolo" eventualmente preesistente»* - conclusione, questa, che avendo il merito di indicare il collegamento al titolo, potrebbe essere oggi rivista, quanto a titoli preesistenti, in ragione della giurisprudenza relativa al preavviso di rigetto.

3 F. SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 307, sottolinea che i fatti successivi al giudicato *«possono condizionare in maniera determinante l'esecuzione del giudicato stesso: fino a precluderla»*.

4 Significativa in questo senso, e largamente criticabile, è la recentissima decisione T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 8 agosto 2022, n. 11098.

5 R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 370 ed ora in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè,

Sembra utile, quindi, tornare alla notissima (ma non sempre frequentata) voce benvenutiana dell'Enciclopedia del diritto.

2. Cultura del potere pubblico ed adeguatezza della tutela giurisdizionale; sulla voce «*Giudicato Amministrativo*» di Feliciano Benvenuti.

Non serve particolarmente indugiare sulla trattazione di Benvenuti, come frequentemente costruita sulla base delle tripartizioni kelseniane⁶ – e, quindi, ponendo in relazione l'effetto di cosa giudicata con il legislatore, la giurisdizione e le parti, tra le quali ovviamente l'amministrazione. Si colloca proprio nella relazione tra giudicato e rapporto tra le parti il tema di «*quale sia il rapporto tra l'immutabilità della sentenza e il fluire della vita giuridica e dei rapporti, che si svolge necessariamente secondo il criterio della mutevolezza*»⁷; immutabilità e mutamento finiscono per collocarsi la prima sul versante del giudice («*garante della conservazione rispetto al mutamento perenne della società e dei fatti giuridici*»⁸), il secondo su quello delle parti, sicché la cosa giudicata non è che il «*punto di equilibrio*»⁹ tra questi opposti movimenti, rilevante essenzialmente quanto al «*regime giuridico dell'attività delle parti successiva ad essa*»¹⁰.

2.1. Si colloca qui, sul versante del rapporto del giudicato con le parti il primo, essenziale, elemento di rilievo che occorre riprendere della trattazione benvenutiana: l'assenza di una disciplina di diritto positivo che renda doveroso il procedimento amministrativo.

La trattazione, tutta in nota e senza eco nel testo, è chiarissima: l'intonazione del giudicato amministrativo è differente da quella dell'ordinario non solo perché il suo oggetto è ristretto alla legittimità di una specifica decisione, quan-

2015, 1037 (la citazione è a 1046). Sull'attività successiva, per aggiornamento giurisprudenziale, G. PEPE, *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, Napoli, ES, 2017.

6 Per maggiori considerazioni in ordine alla sistematica in Benvenuti, sia consentito rinviare a L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017 (LXVII), 99.

7 F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, cit., 897.

8 F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*

9 F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*

10 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 898.

to perché «la relazione di fondo tra amministrazione e giurisdizione non sembra consentire, nemmeno sul piano dogmatico, quella separazione netta tra sostanza e processo, ovvero quella possibilità di separazione, che è alla base dell'impostazione dei processualisti civili»¹¹; realtà sostanziale e processuale, quindi, si trovano in uno «stadio ancor di fusione o in stato confuso»¹², il giudizio «si pone necessariamente quale definizione della realtà sostanziale», sicché la giurisdizione si presenta come prosecuzione e completamento «anche sostanziale dell'amministrazione»¹³. Questa confusione tra sostanza e processo e limitatezza del secondo viene delineata come un fatto, sia pure verso il quale l'accento è critico, finché in una piccola annotazione, inattesa, in nota, senza enfasi, in poche righe, si colloca un passaggio decisivo e non ulteriormente valorizzato: «la controversia tra privato e amministrazione manca di un modo giuridico di rilevazione e di qualificazione sul piano strettamente sostanziale: occorrerebbe all'uopo una procedura amministrativa garantita in via generale»¹⁴. L'osservazione non viene ulteriormente ripresa e resta nascosta in una nota apparentemente dedicata ad una critica generale dell'indistinzione tra sostanza e processo nella vicenda amministrativa.

Qui, invece, è il tema essenziale: la formazione della decisione attraverso un procedimento amministrativo definito dalla legge determina un accertamento del rapporto nel diritto sostanziale, rispetto al quale la vicenda processuale si distingue ma, soprattutto, la cosa giudicata conterrà, comunque, l'accertamento e definizione di un rapporto giuridico di diritto sostanziale. Da oltre trent'anni una simile disciplina legislativa esiste, con l'evidente conseguenza che il procedimento è il luogo giuridico dell'accertamento del rapporto e la vicenda processuale vedrà definito quell'accertamento – in un senso o in un altro, attraverso la manovra delle parti in ordine ai mezzi di ricorso ed alle domande proposte – con valore di cosa giudicata.

11 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 897, nota 14.

12 F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*

13 F. BENVENUTI, *ivi.*

14 F. BENVENUTI, *ivi.*

Sul versante delle procedure, sia il procedimento che il processo – oggi, all’opposto rispetto al momento in cui scrisse Benvenuti – presentano regole e struttura adeguata alla piena protezione delle posizioni soggettive delle persone, come impone l’art. 24 Cost. quanto al giudizio. Ne riesce interamente superata la conclusione cui Benvenuti era costretto dal diritto positivo dell’epoca, non essendo più vero che sia *«da escludere che al giudicato amministrativo possa riconnettersi l’effetto di sostituire all’atto la pronuncia giurisdizionale come statuizione positiva su di un rapporto»* e *«ciò, quanto meno, prendendo in considerazione la giurisdizione generale di legittimità»*¹⁵ – ma, subito dopo, e di nuovo in nota, la considerazione è estesa anche alla giurisdizione esclusiva ed a quella di merito, poiché *«l’intera vicenda amministrativa, che culmina nel giudizio di validità, è necessariamente interiorizzata rispetto al potere definito dalla norma, giacché per definizione intanto vi è giurisdizione amministrativa in quanto vi sia potere dell’amministrazione»*¹⁶.

Tuttavia, per quanto sia la legge generale sul procedimento che il codice del processo amministrativo – se letti nella prospettiva delle regole dettate dalla Costituzione repubblicana e dalle norme e principi del diritto dell’Unione europea immediatamente rilevanti – assicurino un quadro largamente diverso a quello della legislazione che si presentava all’osservazione di Benvenuti, non deve essere tacita né la prudenza di buona parte della dottrina, né (e soprattutto) il progressivo arretramento della giurisprudenza su questi versanti; sul punto occorrerà tornare con maggiore precisione tra breve.

2.2. Prima di provare a mostrare per quali motivi il paradigma si sia invertito – e per quali altre ragioni v’è da essere profondamente scontenti nella nostra giurisprudenza ed in parte della nostra dottrina – rispetto alle regole costituzionali e dell’Unione, è necessario seguire il ragionamento di Benvenuti fino in fondo.

La cosa giudicata ha un rilievo sul rapporto limitato ai vizi per i quali l’atto viene dichiarato illegittimo, sicché *«non assorbe né preclude in qualche modo la*

15 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 898

16 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 898, nota 16

*persistente disponibilità nell'amministrazione della disciplina del rapporto tra interesse pubblico ed interesse individuale*¹⁷; con il che l'imperatività della decisione giurisdizionale si confronta con quella dell'atto espressione di potere esecutivo e, nel misurare questo rapporto, Benvenuti – diversamente da tanta giurisprudenza contemporanea – ci fa grazia di non proporre argomenti fondati sulla separazione dei poteri (che non trova alcun fondamento espresso nel nostro ordine costituzionale, diversamente dalla protezione giurisdizionale delle posizioni soggettive) quanto, piuttosto, ponendo l'unica questione sostanziale decisiva, vale a dire quella del perdurare del potere esecutivo (il «*potere proprio ed originario*» dell'amministrazione)¹⁸ in relazione alla fattispecie reale, pur ad esito della sentenza.

In questo senso la cosa giudicata opera come preclusione, come ovvio, ma non nei confronti del potere amministrativo e della sua capacità di disciplina del rapporto¹⁹, quanto in relazione ai limiti della discrezionalità in sede di riesercizio. Riferendosi alla giurisprudenza dell'epoca, se ne trae l'opinione per la quale la preclusione opera non già nei confronti del potere amministrativo in quanto tale, ma in relazione al suo esercizio, come vincolo alla discrezionalità; per questa ragione, la cosa giudicata non definisce il rapporto tra potere e situazioni soggettive ma, piuttosto, in relazione alla relazione tra potere ed atto e, quindi, in ordine all'esercizio del potere «*interpone un elemento che non può essere trascurato*»²⁰ – sicché, innanzi ad una simile trascuratezza, si verifica un vizio dell'atto che ne determinerà l'invalidità. Conseguentemente, la cosa giudicata che deriva dal processo amministrativo non consente la distinzione tra giudicato come qualità della sentenza ed effetti del giudicato, poiché non vi sono effetti che operano in via diretta, ma solo indirettamente sul versante del vizio del provvedimento successivo.

17 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 899.

18 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 901.

19 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 902.

20 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 902.

L'argomento mostra, tuttavia, un'impresione proprio a fronte dell'argomento decisivo: Benvenuti osserva come a fronte della riedizione del medesimo atto già annullato, in modo del tutto identico, non vi sarebbe una preclusione derivante dalla cosa giudicata, ma un'invalidità del provvedimento identico a quello già annullato e, tuttavia, si conclude come sia *«persino troppo facile rilevare come non sia già la dichiarazione di illegittimità dell'atto precedente a funzionare come vincolo rispetto al nuovo esercizio del potere, ma quell'accertamento di circostanze che aveva portato a valutare negativamente l'emanazione dell'atto rispetto ad esso. Ove quelle circostanze ancora sussistano, l'accertamento di esse con forza di giudicato farà sì che il confronto tra il nuovo atto e la fattispecie reale includa quell'accertamento»*²¹.

Se così è non se può passare inosservato il fatto che la sentenza, quindi, oltre ad annullare il provvedimento invalido, contiene un accertamento²² e quest'accertamento è coperto dalla cosa giudicata. In questi termini, quindi, la cosa giudicata, anche nel processo amministrativo, determina un effetto sul rapporto e, quindi, sul potere dell'amministrazione. Quest'ultimo, quindi, non può esprimersi in ogni modo – anche in quello invalido della replica dell'atto annullato – perché la fattispecie reale è oggetto di un accertamento coperto da giudicato. Ed allora, la relazione tra l'imperatività della sentenza e quella dell'atto amministrativo non si esprime nei termini che poche pagine prima Benvenuti esprimeva con sicurezza.

Ciò è tanto più vero oggi, a fronte dei dati del diritto positivo, in ragione dei quali (art. 21 *septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241)²³ l'atto adottato *«in violazione o elusione del giudicato»* è nullo – ed il potere di adottarlo, quindi, è inesistente.

21 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 903.

22 Sembra utile notare come i termini della questione ritornino in F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 905, anche in relazione ai vincoli che incombono sull'amministrazione in sede di autotutela conseguente la sentenza, sicché *«l'esercizio dell'autotutela sarà condizionato agli accertamenti compiuti dal giudice»*.

23 Si deve osservare, tuttavia, che il profilo processuale, per come disegnato dalla legge, mostra degli elementi di contraddizione di quanto nel testo; se si esamina l'art. 31 c.p.a. (Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità) non si può non osservare come la pronuncia circa la fondatezza della pretesa dedotta in giudizio sia limitata alle ipotesi nelle quali si tratti di attività vincolata o non residuino *«ulteriori margini di esercizio della discrezionalità»* e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

Ne consegue che, se la cosa giudicata copre l'accertamento operato dalla sentenza, v'è un'operatività del giudicato diretta, nei confronti del rapporto, indipendentemente dal fatto che un procedimento doveroso e disciplinato dalla legge abbia preceduto l'adozione del provvedimento poi dichiarato invalido, con conseguente rilievo del giudicato su quell'accertamento.

2.3. Infine, merita di essere sottolineato il passaggio del lavoro di Benvenuti dedicato alla giurisdizione esclusiva che, testualmente, denota «*un giudizio e un giudicato coerenti con il ruolo di disciplina dei rapporti: il che accade nelle sentenze dichiarative di obblighi dell'amministrazione, dove appunto l'accertamento dell'obbligo viene a rappresentare insieme il contenuto della sentenza e l'oggetto al quale si riaggancia l'efficacia del giudicato*»²⁴. In questi casi, la sentenza fa stato tra le parti a termini dell'art. 2909 codice civile «*non subordinandosi al potere amministrativo*»²⁵ ed, anzi, «*l'effetto di giudicato da riconnettersi all'accertamento*» è esattamente quello di «*rendere certo e incontrovertibile il rapporto*» sottraendolo alla disponibilità del potere amministrativo, sicché la cosa giudicata comprende «*non tanto la sentenza come tale ma l'accertamento che ne forma il contenuto*»²⁶.

Non è difficile notare come il nostro ordinamento positivo proponga un quadro per il quale la giurisdizione esclusiva riguarda la più parte delle controversie che si svolgono innanzi al giudice amministrativo, sia per importanza che per rilievo, e la giurisdizione esclusiva – pur nella complessità e pluralità dei riti – tende a presentarsi come lo standard della giurisdizione amministrativa in sé; a ciò si aggiunga che i giudizi diretti ad ottenere la dichiarazione di obblighi in capo all'amministrazione – basterebbe pensare al rito sull'inadempimento del dovere di provvedere – non sono limitati alla giurisdizione esclusiva.

2.4. Vi sono, quindi, almeno tre elementi che emergono dalla lettura di Benvenuti e che non val la pena di trascurare nel nostro dibattito contemporaneo: il giudizio amministrativo ha ad oggetto la validità di provvedimenti che

24 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 909.

25 F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*

26 F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 910.

derivano da un procedimento amministrativo necessario, giuridicamente rilevante e disciplinato dalla legge, nel quale si determina un accertamento destinato ad essere anch'esso oggetto del giudizio; la cosa giudicata, indipendentemente dal valore del procedimento amministrativo, copre profili del rapporto ed incide direttamente sul potere – determinandone l'inesistenza collegata alla nullità dell'atto in violazione o elusione del giudicato – poiché accerta la fattispecie reale; nella sede della giurisdizione esclusiva e del giudizio sull'inerzia dell'amministrazione, la cosa giudicata mostra la stessa estensione di rilievo diretto sul rapporto, non intermediato dal nuovo esercizio del potere, propria della giurisdizione ordinaria.

3. Inversione del paradigma. Perché il processo è adeguato al modello costituzionale ...

Benvenuti si trovava innanzi ad un sistema processuale *«decisamente inadeguato»*²⁷ rispetto al modello costituzionale di tutela, reclamando a gran forza la paritarietà del processo, che *«potrà esservi soltanto quando il potere amministrativo si presenti nel giudizio ridotto e trasformato al ruolo di una pretesa collocabile sul medesimo piano di quella del privato e a questa contrapposta»*²⁸. Mentre, cioè, il diritto sostanziale avvia un profondo processo di revisione che condurrà in solo vent'anni alla disciplina positiva del procedimento, all'affermazione del rango costituzionale del principio del giusto procedimento, alla risarcibilità dell'interesse legittimo, a fondamentali riforme organizzative – tra le quali l'articolazione dei livelli di governo coerentemente a quanto previsto in Costituzione – e via enumerando, quello processuale sembra irrimediabilmente contrapposto al quadro costituzionale.

Vi sono elementi per ritenere che questo paradigma sia oggi ribaltato.

Pur in un quadro che mostra singoli elementi di profonda insoddisfazione, il processo amministrativo, per come oggi disciplinato, si mostra retto dai principi di pienezza della tutela delle posizioni sostantive individuali. Il princi-

27 F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*

28 F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*

pio – di rango costituzionale ed europeo – è declinato dai principi (che pure subiscono qualche contraddizione) che connotano il giudizio come processo di parti, nel loro interesse; l'istruttoria è retta dal principio dispositivo e l'acquisizione dei mezzi di prova fornisce le parti di strumenti adeguati; le domande proponibili consentono alla parte una larga manovra per conseguire pronunzie a garantire la propria pretesa con effetto diretto sul rapporto²⁹; l'estensione della giurisdizione esclusiva (nella quale il giudicato si forma con pienezza anche su diritti e sul rapporto) è assai significativa; le regole che si declinano dal principio di *full jurisdiction* completano il quadro; è assai difficile sostenere che il giudicato, a fronte della diretta applicazione degli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c. non si formi sull'accertamento e sul rapporto³⁰.

Limitandosi alle questioni direttamente rilevanti per il tema della cosa giudicata, sono destinate a passare in giudicato le statuizioni concernenti diritti ed interessi legittimi in sede di giurisdizione esclusiva, sicché la qualificazione della questione come incidentale o pregiudiziale è limitata (art. 8, c.p.a.) al caso delle decisioni concernenti diritti in ipotesi diverse dalla giurisdizione esclusiva; quanto alla decisione di merito, quale che sia la giurisdizione, la sentenza dovrà (art. 34, c.p.a.) disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato;

29 Sia pure con i limiti che alcune letture propongono in relazione alla questione di mero accertamento e sull'azione di adempimento, questioni sulle quali non mette conto entrare in questo momento, sicché basti il rinvio a M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 279 – fermo che il tema, ben prima delle norme del codice del processo amministrativo, a me sembra essere stato correttamente affrontato e risolto da G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, dal che probabilmente l'insoddisfazione che trapela in ID., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 484, che, proprio quanto all'effetto di cosa giudicata, lamenta come le norme – sia pure ormai previgenti – assicurassero una tutela non ancora soddisfacente, giacché questa finisce per ripartirsi in tanti giudizi successivi «*quanti son necessari per contestare i singoli aspetti dell'azione amministrativa, centellinati dall'Amministrazione – per ragioni di economia e di calcolo, non importa – in varie manifestazioni successive*», ancora assente una valutazione globale del rapporto e, quindi, la conformità del sistema alle regole di cui all'art. 24 Cost.

In ogni caso, si veda, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012.

30 Vale la pena di richiamare la distinzione tra accertamento e cognizione e la relazione del primo con la cosa giudicata che si legge in E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, 1987, 17.

l'azione di ottemperanza (art. 112, c.p.a.) diretta ad «ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione» ed il giudice dovrà (art. 114, c.p.a.) prescrivere le modalità dell'adempimento «anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione», dichiarando nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato; come già rammentato sopra, il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio se non residuino margini di discrezionalità (art. 31, c.p.a.); più d'ogni altra norma, la previsione del codice del processo amministrativo (art. 39, c.p.a.) per la quale trova applicazione il codice di procedura civile³¹ per quanto non espressamente disciplinato dal codice del processo amministrativo, importa una diretta applicabilità dell'art. 324 c.p.c e, per conseguenza, dell'art. 2909 codice civile³². Questo, se si guarda – come dovrebbe fare il giurista primariamente – al diritto positivo.

La dottrina, per lato suo, mostra un ventaglio significativo di impostazioni³³. Pur senza indulgere nelle ricostruzioni più risalenti³⁴, sembra agevole osservare come la letteratura più recente abbia cercato, lungo percorsi anche sensibilmente differenti, di strutturare la cosa giudicata come elemento di garanzia per il richiedente tutela giurisdizionale, rispetto all'attività successiva dell'ente pubblico. A fronte di posizioni che tengono largamente conto dei problemi e della prassi sia pure con lo sforzo di rileggere la cosa giudicata alla luce delle di-

31 Sul giudicato civile, per tutti, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987

32 Sul punto, correttamente, tra gli altri G. URBANO, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, 2020, 11.

33 Per una recente e sempre acuta ricostruzione, M. TRIMARCHI., *Il giudicato e l'esecuzione della sentenza*, in P.M. Vipiana, V. Fanti, M. Trimarchi (a cura di), *Manuale di giustizia amministrativa*, Milano, Cedam, 2019, 453.

34 Per una compiuta ed affidabile ricostruzione delle tesi del passato, sicuramente M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, da 54; ma si veda anche A. LOLLI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

sposizioni costituzionali rilevanti³⁵, i percorsi teorici sono essenzialmente due – anche se tra loro solo parzialmente alternativi.

Per un lato si è cercato di rendere rilevante l'accertamento contenuto nel procedimento per come disciplinato dalla legge e, per conseguenza, il valore di accertamento proprio anche della sentenza di annullamento³⁶; per l'altro, invece, si è agito sul versante delle domande proponibili e dell'iniziativa della parte in sede istruttoria³⁷. In ogni caso, la questione è quella del contenuto oggettivo della sentenza e, quindi, dell'estensione della cosa giudicata in modo da conseguire una definizione diretta del rapporto, la sottrazione all'area riservata all'attività imperativa successiva alla sentenza e, quindi, la garanzia dell'effettività della tutela e della certezza del diritto³⁸.

Nella prima prospettiva – che muove dal percorso teorico di Nigro³⁹ – si valorizza il rilievo del procedimento amministrativo come luogo dell'accertamento ed il suo riflesso sul provvedimento oggetto del giudizio, in ragione della simmetria tra la relazione del potere amministrativo nei confronti del proce-

35 P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990, soprattutto da 426, con esposizione che individuando correttamente i problemi e gli elementi necessari per la ricerca di una soluzione equilibrata, non sembra fissare una teoria definita.

36 Si allude ovviamente a M. CLARICH, *op. ult. cit.*

37 In questa prospettiva principalmente C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Cedam, Padova, 2005.

38 Su questo profilo del giudicato, di recente, M. GRADI, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari, Cacucci, 2020.

39 M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in AA. VV., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna 17-19 settembre 1981, Milano, 1983, passim, ma anche ID., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, 279, che prima di altri ha colto che «il giudicato amministrativo sia più ricco di contenuti di quanto non risulti strettamente dalla natura di giudizio di impugnazione o di annullamento di questo processo. Se il nucleo centrale della sentenza amministrativa è l'eliminazione dell'atto impugnato, previo accertamento del diritto del ricorrente a provocare tale eliminazione, e quindi l'effetto principale di essa è l'effetto di eliminazione, la sentenza non esaurisce in ciò il suo contenuto e la sua funzione».

Come noto, la teoria di Nigro consente di cogliere tre diversi livelli di portata oggettiva della cosa giudicata, rispettivamente pieno, semi-pieno, strumentale, sicché il primo si ha a fronte della carenza dei presupposti perché l'amministrazione assuma un nuovo provvedimento lesivo; il secondo quando l'annullamento colpisca alcuni – ma non tutti – gli elementi della valutazione discrezionale, sicché l'ente potrà condurre nuova attività amministrativa subendo il vincolo della sentenza quanto ai profili da quest'ultima coperti; l'ultimo si avrà nelle ipotesi nelle quali l'annullamento dipenda da elementi formali o procedurali, sicché il giudicato non si proietti in alcun modo sul merito della vicenda amministrativa.

dimento e quella del diritto all'invalidazione e processo amministrativo⁴⁰; per conseguenza, l'estensione della cosa giudicata al dedotto e deducibile, determina la stabilità sul rapporto della pronunzia giurisdizionale, che si determinerà su di un provvedimento che deve, per caratteristica deontologica del potere, frutto di un procedimento completo ed esaustivo, oggetto di un'impugnazione, per caratteristica deontologica dell'azione, nella quale la parte ha riversato tutte le domande e le prove adeguate ad assicurare protezione piena della sua pretesa al godimento del bene della vita. A fronte di un procedimento partecipato e con istruttoria adeguata e di un altrettanto completa deduzione delle domande, l'oggetto del giudizio (sul quale si formerà giudicato⁴¹) unito al dovere del giudice di affrontare l'insieme delle domande proposte, consente la formazione di un giudicato idoneo ad assicurare stabilità ed effettivo accesso della parte che agisce in giudizio al conseguimento del bene della vita⁴².

Il che non significa affatto che non vi possa essere attività amministrativa successiva alla sentenza esercizio di potere e, tuttavia, ove questa intervenga nell'area interessata dalla cosa giudicata essa sarà puramente vincolata – come mostrato con chiarezza da autorevolissima dottrina⁴³ – ovvero estranea al perimetro del giudicato – sicché è certamente sbagliato parlare di riedizione del potere a fronte del giudicato.

In questa prospettiva, acquistano rilievo alcuni istituti procedurali, come il preavviso di rigetto⁴⁴, giacché la legge prevede che «*in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti*

40 M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 184.

41 Per un'impostazione del problema strettamente connessa al tema dell'oggetto del giudizio, di recente, S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè, Milano, 2017, da 67, per la quale, tuttavia, l'influenza delle norme costituzionali sul sistema processuale sarebbe «*alquanto limitata (valendo per veri e propri casi limite)*» (69).

42 M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, per il quale il tema della natura preclusiva dell'accertamento non è peculiare della tutela costitutiva, essendo generale della cosa giudicata (325).

43 R. VILLATA, *op. loc. ult. cit.* e, comunque, *passim*.

44 Sul punto anche A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020, 156.

dall'istruttoria del provvedimento annullato», introducendosi una preclusione procedimentale del dedotto e deducibile che incide sul potere dell'amministrazione⁴⁵ – resta da vedere se in termini di esistenza dello stesso, e quindi con rilievo sul rapporto, ovvero di legittimità dell'esercizio; peraltro, la disposizione in questione appena rammentata sembra derivare dall'orientamento giurisprudenziale (cosiddetto *one shot*) per il quale l'amministrazione, in sede di attività successiva all'annullamento, nel nuovo procedimento ha l'onere – in deroga al principio di inesauribilità del potere – di condurre tutti gli accertamenti necessari ed esplicitare tutte le ragioni che giustificano un eventuale nuovo provvedimento che non soddisfi la pretesa al godimento del bene della vita, pena non poterlo fare successivamente⁴⁶.

Muove da basi profondamente diverse⁴⁷ la tesi⁴⁸ che, invece, concentra la garanzia delle pretese soggettive assicurata dal giudicato sulla manovra processuale del ricorrente ed esclude che la tutela costitutiva innanzi al giudice amministrativo operi come nel processo ordinario⁴⁹, argomentando dall'interpretazione proposta dell'art. 34 c.p.a. (particolarmente enfatizzando il riferimento al secondo comma)⁵⁰. Da queste diverse basi, la tesi in questione – mentre contrasta l'idea che l'effetto della cosa giudicata riguardi l'accertamento che deriva dalla domanda costitutiva – valorizza l'insieme delle domande proponibili, inclusa la previsione di cui all'art. 34 che consente di domandare la pronuncia circa «*le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato*», nonché delle allegazioni

45 Sul punto M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2021, 283.

46 Ad esempio, la nota decisione Consiglio di Stato, sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660.

47 Ad esempio richiamandosi all'idea che una protezione giurisdizionale effettiva delle posizioni soggettive strumentali non richieda necessariamente l'attribuzione al richiedente di un'utilità finale, impostazione che era già di B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, Cedam, 1989 – tesi che ho avuto modo di discutere in *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

48 C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit.

49 Sul giudicato in relazione all'azione costitutiva, in modo convincente, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappicchelli, 2012, da 619.

50 Mi pare, invece, che non sia convincente trarre queste conclusioni dall'art. 34, co.2, c.p.a., giacché la tesi per la quale la cosa giudicata agisca direttamente sul rapporto in ragione dell'accertamento contenuto nel procedimento, nel provvedimento e, per essi, nella decisione di annullamento, non influisce su «*poteri amministrativi non ancora esercitati*», ma piuttosto non esercitabili per ragione della preclusione derivante dalla cosa giudicata.

probatorie del ricorrente – anche attraverso l'istruttoria procedimentale ma negando che un tale onere spetti all'amministrazione e non mancando di riferirsi alla dottrina molto autorevole⁵¹ per la quale sarebbe onere dell'amministrazione resistente allegare e provare in giudizio (e non ancora nel procedimento) tutti gli elementi di fatto e diritto relativi alla spettanza dell'utilità finale in capo al portatore dell'interesse legittimo.

Si tratta di due teorie tra loro del tutto incompatibili sul versante dei presupposti e delle ragioni e, tuttavia, una volta che si sia accolta la prima – che appare convincente – nulla esclude che vi si possa aggiungere il risultato della seconda, sicché la cosa giudicata, che copre dedotto e deducibile, determini una disciplina diretta del rapporto per ragione dell'intervenire la decisione giurisdizionale sull'accertamento procedimentale (doveroso), con le preclusioni proprie del rito sostanziale⁵², che trova (doverosamente) riscontro nella motivazione del provvedimento oggetto della tutela costitutiva, rispetto alla quale non si sanno vedere difficoltà a considerare ammissibili le altre domande previste dall'art. 34 c.p.a.⁵³, con l'effetto di determinare non solo l'accertamento del rapporto⁵⁴ e la conseguente preclusione sostanziale all'attività amministrativa successiva al giudicato⁵⁵ ma, anche, una soddisfacente tutela delle posizioni sostanziali ex art. 24 Cost. in relazione anche all'eventuale giudizio esecutivo⁵⁶ e ferma l'applicazione del principio dispositivo e, quindi, la libertà della parte di limitare

51 A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962.

52 Per maggiori indicazioni, M. BELLAVISTA, *I procedimenti*, in L.R. Perfetti, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2007, 377.

53 Nella prospettiva della valorizzazione delle previsioni di cui all'art. 34, della separazione tra giudizio di esecuzione e giurisdizione di merito e l'elaborazione dei modelli di tutela ricavabili dalla giurisprudenza, A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, ES, 2012.

54 Sul quello che viene chiamato "effetto di accertamento", di recente, S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 213.

55 Vale la pena di richiamare A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, I, 390 per il quale «il giudicato sostanziale opera come *lex specialis* staccando la disciplina del diritto fatto valere in giudizio dalla norma generale ed astratta».

56 Sul rilievo dell'attività successiva al giudicato in relazione all'effettività della protezione giurisdizionale delle posizioni soggettive, E. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*. (Saggio sul giudicato amministrativo), ora in *Diritto e processo*, Padova, 1978, 447.

il perimetro della sua iniziativa giurisdizionale⁵⁷ purché in modo tale da avervi interesse.

In sostanza, il diritto positivo consente di ritenere che il giudicato amministrativo possa incidere direttamente sul rapporto e dare accesso ad un accertamento utile al conseguimento dell'utilità finale, stabilità alla relazione tra cittadino e amministrazione e configurare l'attività amministrativa successiva, purché nell'area coperta dal giudicato, come vincolata.

A fronte di questo quadro, tuttavia, la giurisprudenza amministrativa è andata progressivamente arretrando ed in parte smentendo il dato positivo. Non è questa la sede per un'indagine dettagliata – che pure pare necessaria ed urgente. Tuttavia, è piuttosto chiaro come la giurisprudenza amministrativa abbia utilizzato largamente il canone della discrezionalità come strumento per limitare il contenuto delle domande ammissibili, del suo sindacato, del perimetro della cosa giudicata e delle preclusioni all'attività amministrativa successiva – non a caso, ed imprecisamente, qualificata come riedizione del potere originario –, facendo del giudizio di ottemperanza il luogo di aggiustamenti progressivi, diretti ad una lenta limitazione del margine di azione dell'ente, negando che ciò che è accertato e deciso in sentenza determini un vincolo che consuma interamente la discrezionalità e via procedendo lungo una linea che conduce non lontano dalla situazione nella quale scriveva Benvenuti.

La questione, però, appare solo conseguentemente di diritto processuale. Fondamentalmente, il problema riguarda la concezione del potere sostanziale dell'amministrazione pubblica.

4. (segue) e la concezione del potere non lo è.

Infatti, se si osserva la giurisprudenza più recente, non sarà difficile accorgersi che la concezione del procedimento amministrativo come rito o pro-

⁵⁷ Sicché ha certamente ragione F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo alla prova delle sopravvenienze normative*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, II, 525, che precisa, sia pure ad altri fini, che si potrà avere «giudicato completo o incompleto secondo che la fattispecie dedotta in giudizio consenta oppure no di arrivare ad una decisione sulla spettanza dell'utilità finale, e di definire così il rapporto»

cedura sostanziale, dalla quale la legislazione chiaramente promana, il principio costituzionale del giusto procedimento e le stesse disposizioni di diritto positivo nazionale o europeo (come l'art. 41 CEDU), sono sostanzialmente pretermesse, per lasciare posto all'idea che il procedimento sia una semplice sequenza di atti e operazioni sempre ripetibili ed alterabili, nella piena disponibilità dell'amministrazione; la disposizione relativa al preavviso di rigetto ed la corrispondente preclusione sono sostanzialmente dimenticati; la stessa giurisprudenza sul *one shot*, dichiaratamente abbandonata; la preclusione determinata dalla cosa giudicata, lungi che operare sul rapporto e l'accertamento procedimentale, provvedimentale e processuale, è sostanzialmente limitata alla impossibilità di porre in essere il medesimo atto ovvero, con maggiore precisione, l'identico atto a fronte dell'identica situazione, sicché basterà una modificazione sostanziale qualsivoglia per ripetere lo stesso provvedimento già annullato.

Tutto ciò non sembra dipendere tanto dalla concezione del giudicato o del processo, quanto dall'evoluzione della concezione del potere e del sindacato intorno ad esso.

Per conservare la tripartizione benvenutiana relativa alla relazione tra giudicato e legislatore, giudice e parti, non pare si avvertano elementi significativi da osservare in relazione al primo – come quasi ovvio. Quanto alle parti, è altrettanto ovvio che la loro manovra processuale, le domande proposte, le prove introdotte, ampliano o riducono il perimetro dell'operatività della cosa giudicata.

L'elemento di rilievo, invece, è quello della relazione tra potere esecutivo, giurisdizione e cosa giudicata. Anzitutto, l'efficacia oggettiva del giudicato è sostanzialmente vanificata dall'evocazione giurisprudenziale della separazione dei poteri – principio certo di rilievo, ma privo di copertura costituzionale e nelle norme europee – che viene non solo collocato dalla giurisprudenza sullo stesso piano di quello di pienezza della tutela – che invece deriva direttamente dall'art. 24 Cost. e dai Trattati dell'Unione – ma, sostanzialmente, in posizione superio-

re, giacché l'argomento utilizzato è quello per il quale esiste certo il principio costituzionale di pienezza della tutela ma esso non può operare se non nel limite della separazione dei poteri, sicché la giurisprudenza limita radicalmente il suo sindacato sulla discrezionalità sia in sede di cognizione che di giudizio di esecuzione (ottemperanza).

In secondo luogo, come già s'è lamentato più volte⁵⁸, la giurisprudenza – scontato che l'amministrazione pubblica operi sempre nel pubblico interesse, compresa nella sua attività di diritto privato o comunque priva di poteri autoritativi – attraverso l'evocazione dell'interesse pubblico quale clausola generale, ben guardandosi dal definirla, costruisce sempre spazi discrezionali (accoppiati alla norma incerta, qual è la clausola generale), per poi inserire una sostanziale equivalenza tra discrezionale ed insindacabile che, per quanto non trovi riscontro alcuno nella legislazione, viene largamente applicata salvi limiti piuttosto ridotti consegnati al sindacato di eccesso di potere.

Siamo innanzi ad una panpubblicizzazione dell'attività amministrativa (sicché la sola esistenza di un atto amministrativo si accompagna, con opinione forse anche influenzata dal riparto di giurisdizione, all'affermazione giurisprudenziale – e non di rado dottrinale – dell'esistenza di potere imperativo, anche in ipotesi molto discutibili); ad un depotenziamento (ma sarebbe da osservare, ad uno stravolgimento del diritto positivo) del rilievo del procedimento; ad una larghissima affermazione dell'area riservata alla discrezionalità e ad una limitazione della sua sindacabilità non sempre compatibili con lo Stato-di-diritto. A ciò si deve aggiungere la frequente introduzioni di legislazioni emergenziali, derogatorie, temporanee, che altera anche il quadro delle concezioni del potere verso le quali s'è andati con decisione, nel solco delle norme costituzionali, per alcuni decenni e fino a tempi recenti. Inoltre, il quadro della disciplina e della prassi (oltre che della gran parte della dottrina) relative all'organizzazione mostra uno scenario di alterazione delle forme, di crisi delle autonome territoriali,

58 Ad esempio, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 429

di confusione delle forme organizzative rispetto al compito pubblico cui sono chiamate.

Questa significativa involuzione del diritto sostanziale si accompagna ad una scarsa attenzione della dottrina, che per lo più si limita a presupporre il potere pubblico come un dato esistente, senza avvertire il bisogno di fornire una sua spiegazione, finalizzazione, proceduralizzazione. Fanno eccezione valorose teorizzazioni di giovani studiosi che ne hanno indagato la logica⁵⁹, la possibile configurazione come dovere⁶⁰, la natura inesauribile⁶¹, i modelli procedurali di accertamento⁶² e sindacato⁶³, sempre con attenzione anche ai profili di tutela⁶⁴.

Il quadro che viene tracciato da queste importanti trattazioni del tema del potere pubblico, tuttavia, se consente di tracciare un profilo del potere sostanziale dell'amministrazione del tutto coerente con il quadro costituzionale, diretto ad assicurare la legalità del suo esercizio e la sua sindacabilità, trova ancora limitata eco nella prassi organizzativa, dell'attività e soprattutto nella sua ricostruzione in sede giurisdizionale.

Le cause di quest'arretramento del diritto sostanziale non sembrano risiedere solo nell'asestamento rispetto al progresso dei decenni passati, quanto piuttosto in un profondo mutamento dell'assetto dei poteri, accompagnato da una non piccola crisi della rappresentanza, ad una diversa dislocazione dei poteri sostanziali tra Stato e mercato e tra Stato e autorità sovranazionali, sicché non sembra sufficiente l'accurata manutenzione dello Stato-di-diritto, la rigorosa logica dei processi di decisione e l'ermeneutica dei suoi risultati provvedi-

59 F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, Cedam, 2017; ID., *Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato*, in questa Rivista, 2017, I, 111.

60 M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. Vol. 1: Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012 e ID., *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in questa Rivista, 2020, II, 543.

61 M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; ID., *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013.

62 A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, cit. e ID., *Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Una proposta di confronto*, in questa Rivista, 2021, II, 359.

63 A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit.

64 B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

mentali, la definizione della dinamica procedimentale e del suo rilievo nella decisione e successivamente ad essa, il chiarimento circa la natura del potere discrezionale, della sua funzionalizzazione al godimento dei diritti della persona e riscrittura in termini di dovere, il contenuto dell'accertamento e le conseguenze di tutto ciò sul sindacato giudiziale. Occorre piuttosto affrontare l'oscurità della sovranità, la trasformazione dei poteri e del potere, cercando di dare spiegazione dei fenomeni da tempo in atto, che segnano un'alterazione profonda dello Stato-di-diritto ed ai quali occorre certo reagire ribadendo i concetti fondamentali di quest'ultimo ma anche discutendo le ragioni della sua profondissima crisi e cercando con franchezza rimedi non effimeri.

5. Conclusioni sulla cosa giudicata nel processo amministrativo, tra diritto positivo ed involuzioni

La rilettura di Benvenuti in questo contesto (più volte) mutato non appare dunque inutile.

Il problema della cosa giudicata nel processo amministrativo, nella prospettiva dei problemi posti dalla rilettura di Benvenuti, sembra trovare una soluzione agevole una volta che sia impostato alla luce delle disposizioni costituzionali sul giudice e sul processo amministrativi – ed in particolare, gli artt. 113 e 24. Seguendo in questa prospettiva dottrina sempre acuta, si deve condividere l'idea che *«l'interesse a ricorrere non ha ad oggetto la mera eliminazione dell'atto sfavorevole, quanto l'accertamento dell'insussistenza dei presupposti dell'esercizio del potere amministrativo in contrasto con la posizione del ricorrente stesso»* e ciò in ragione della ormai innegabile concezione sostanziale dell'interesse legittimo, da intendersi (ex art. 24 Cost.) quale situazione soggettiva di cui è titolare chi fronteggia l'esercizio del potere: *«l'atto non viene infatti annullato dal giudice in quanto meramente illegittimo, ma in quanto la sua illegittimità impedisce al ricorrente di conservare od ottenere un'utilità garantita dalla disciplina sostanziale originariamente violata dalla p.a.»*; ed, allora *«tanto l'azione quanto la sentenza di annullamento possono essere scomposte in due componenti essenziali»*, vale a dire *«a) la prima ha ad oggetto l'accertamento dell'inesistenza dei presup-*

posti fattuali e giuridici di emanazione dell'atto lesivo, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 241/1990 (83); b) la seconda ha ad oggetto la consequenziale, e necessaria, eliminazione degli effetti dell'atto, cui si può accompagnare l'obbligo di ripristino della situazione antecedente alla sua emanazione e la fissazione di regole di comportamento applicabili nel riesercizio del potere amministrativo»⁶⁵.

In altri termini, il problema della cosa giudicata nel processo amministrativo non trova soluzione se non alla luce di adeguate teorie sia del potere pubblico che del processo, pena, altrimenti, subire le oscillazioni, le evoluzioni ed involuzioni dell'uno e dell'altro, senza trovare una sistemazione adeguata e, tuttavia, necessaria ad assicurare alle pretese una protezione soddisfacente.

65 A. CASSATELLA, *Le ripercussioni del giudicato amministrativo di annullamento nel processo penale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, 492.

SEZIONE II

NINO LONGOBARDI

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli studi dell'Aquila

longobardi@ec.univaq.it

EQUIVOCI IN TEMA DI AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI. I NODI VENGONO AL PETTINE

MISUNDERSTANDINGS REGARDING INDEPENDENT ADMINISTRATIVE AUTHORITIES. ALL CHICKENS COME HOME TO ROOST

SINTESI

Nella prima parte dello studio viene brevemente illustrato il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti e l'innovativo modello regolativo giustiziale che le informa.

La seconda parte è quella più direttamente attinente al titolo <<Equivoci in tema di autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine>>. Non si tratta solo degli equivoci alimentati dalla dottrina nazionale, bensì del recupero con riguardo alle autorità indipendenti, soprattutto da parte della giurisprudenza, dei tratti più tradizionali del diritto amministrativo e della presentazione di essi come dogmi, verità indiscutibili. Trasparente è l'obiettivo di <<normalizzare>> le autorità vanificandone il carattere innovativo. Oggetto di esame critico è in particolare la sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale, che rappresenta una sorta di *de profundis* per le autorità amministrative indipendenti. Vi erano, tuttavia, le premesse per una storia diversa, tuttora indicata anche dal diritto positivo. I concetti presentati alla stregua di verità indiscutibili, veri e propri dogmi inconfutabili, costituiscono palesi equivoci ove ci si ponga nella corretta prospettiva evolutiva della funzione amministrativa e dei suoi modi di esercizio.

ABSTRACT

The first part of this essay briefly analyses the phenomenon of the independent administrative authorities and the innovative judicial-regulatory model that informs them.

The second part is the one that is more relevant to the title. This part not only discusses the misunderstandings fed by the national doctrine, but also with regard to independent administrative authorities the restoration of the more traditional traits of the administrative law and their presentation as dogma, undeniable truths. It is clear the objective of “normalizing” the authorities by undermining their innovative profile. Object of critical examination is the judgment n. 13 of the constitutional Court of 2019, which represents a sort of *de profundis* for the independent administrative authorities. There were, however, the premises for a different story, which is still indicated by positive law as well. These concepts, presented as undeniable truths and indisputable dogma, form obvious misunderstandings if we adopt a correct evolutionary perspective of the administrative function and its ways of operating.

PAROLE CHIAVE: imparzialità, autorità amministrative indipendenti, funzione amministrativa.

KEYWORDS: impartiality, independent administrative authorities, administrative function.

INDICE: 1. Premessa – 2. Il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti - 3. Le autorità di regolazione dei mercati e il modello regolativo giustiziale. - 4. Le autorità atipiche. - 5. La sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019 e l'inquadramento nell'ordinamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. - 6. Sulla collocazione speciale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in seno alle autorità amministrative indipendenti. - 7. La sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019 e la sua portata generale. La presa d'atto della realtà e gli equivoci in ordine alle conseguenze. - 8. Autorità amministrative indipendenti e concezione regolativo-giustiziale delle funzioni amministrative. Dall'ordinario provvedimento discrezionale alla decisione amministrativa. - 9. L'interruzione del percorso di affermazione del <<giusto procedimento>> (<<due process>>) e la vanificazione del carattere innovativo delle autorità amministrative indipendenti.

1. Premessa

Nella prima parte di questo studio illustrerò brevemente il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti. Con l'affermarsi di esse, vedremo, si

. Questo scritto costituisce rielaborazione e sviluppo della lezione tenuta il 12 aprile 2022 nell'ambito del modulo <<Il diritto amministrativo in trasformazione>> del Dottorato di Ricerca in Istituzioni, mercato, garanzie e tutela dell'individuo presso l'Università dell'Aquila.

delinea nel nostro ordinamento un modello amministrativo innovativo che ha ricevuto consacrazione dal legislatore a livello di principio nel 2005 ed anche inizialmente il sostegno del Consiglio di Stato.

La seconda parte dello studio è quella direttamente attinente al titolo <<Equivoci in tema di autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine>>. Non si tratta solo degli equivoci alimentati dalla dottrina nazionale, un lungo elenco che sarebbe difficile anche solo stilare. Si tratta del recupero con riguardo alle autorità indipendenti, soprattutto da parte della giurisprudenza, dei tratti più tradizionali del diritto amministrativo e della presentazione di essi come dogmi, verità indiscutibili. Trasparente è l'obiettivo di <<normalizzare>> le autorità vanificandone il carattere innovativo. Il ripudio del nuovo modello amministrativo è, del resto, parte rilevante di un più generale regresso ordinamentale¹.

Come si vedrà, la sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale rappresenta una sorta di *de profundis* per la novità costituita dalle autorità amministrative indipendenti. Vi erano, tuttavia, le premesse per una storia diversa, tuttora indicata anche dal diritto positivo. L'aspetto che qui soprattutto interessa porre in rilievo è che i concetti presentati alla stregua di verità indiscutibili, veri e propri dogmi inconfutabili, costituiscono palesi equivoci ove ci si ponga nella corretta prospettiva evolutiva della funzione amministrativa e dei suoi modi di esercizio².

2. Il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti

La creazione di autorità amministrative indipendenti, nel nostro come in altri ordinamenti, non è derivata da un disegno prestabilito, né è stata guidata da una logica istituzionale complessiva. Così è stato non solo in Francia, ma an-

1 N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, Firenze 2021, 99-108.

2 Sulla necessità per il giurista di prescegliere una interpretazione evolutiva <<nella quale consiste la vita stessa e anzi la verità dell'ordinamento giuridico>>, da condurre alla stregua delle esigenze, dei bisogni, dei valori di un <<sistema di società aperta>>, che sono anch'essi <<valori giuridici>>. v. F. BENVENUTI, *Nuovo stato e crisi delle scienze politiche*, in *Amministrare*, 1994, 237 ss.

che nell'esperienza delle independent regulatory agencies. Al modello statunitense, che ha una tradizione più che secolare, si sono ispirate le assai più recenti esperienze europee, a partire da quella francese. Determinante è stata la spinta dell'ordinamento comunitario nell'istituzione delle autorità di maggior rilievo.

Il fenomeno delle autorità indipendenti, ormai consolidato anche nel nostro ordinamento, si è sviluppato nel tempo anche in settori diversi da quello della regolazione dei mercati. Anche per ciò, al di là del rilevante tratto comune costituito dall'indipendenza, le autorità amministrative indipendenti non si lasciano ricondurre ad un modello unico a causa della notevole diversità dei campi di attività, delle funzioni e dei poteri ad esse assegnati.

Emerge tuttavia una distinzione fra le autorità di regolazione dei mercati e le altre autorità.

Per le autorità di regolazione dei mercati è ben evidente l'influenza del modello statunitense e può parlarsi non solo del consolidamento dell'indipendenza, ma anche della formazione di un modello amministrativo innovativo. Anche le altre autorità costituiscono una importante manifestazione del bisogno di adattamento ed evoluzione delle forme dell'azione pubblica e dei principi di organizzazione dello Stato. Si afferma la tendenza a sottrarre determinate funzioni pubbliche all'indirizzo politico di maggioranza, ovvero ad una logica nella quale sull'imparziale svolgimento delle funzioni sono destinati a prevalere gli obiettivi più pressanti ed immediati della maggioranza governativa. Ciò risponde ad una esigenza di efficacia oltre che ad una esigenza di garanzia, che divengono ineludibili quando il corretto esercizio delle funzioni rileva anche a livello europeo e/o globale (come, da ultimo, attesta ad es. l'evoluzione dell'ISTAT verso l'assetto di autorità indipendente).

A un simile sviluppo occorre tuttavia guardare con attenzione critica, non solo perché esso indica un'esigenza di riorganizzazione dello Stato anche al fine di rafforzarne l'imparzialità, ma anche perché dello strumento autorità amministrativa indipendente può essere fatto un uso improprio o che comunque

può risultare non giustificato. Infatti, la creazione di un'autorità indipendente può costituire un espediente di fuga dalla responsabilità politica, quale si realizza scaricando scelte difficili o costose in termini di consenso su un organo qualificato come indipendente; inoltre, può consentire di allargare la sfera amministrativa a scapito del giudice, incidendo, così, sulla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

3. Le autorità di regolazione dei mercati e il modello regolativo giustiziale.

L'affermazione delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione dei mercati si iscrive in un contesto caratterizzato dall'adesione all'economia di mercato e dalla globalizzazione.

L'Unione Europea e la globalizzazione dei mercati non comportano solo l'accettazione dei valori del mercato, ma anche una nuova modellistica istituzionale dell'intervento pubblico. Deve essere, infatti, garantita, per evitare l'emarginazione dei mercati nazionali, l'affidabilità delle istituzioni preposte alla regolazione dei mercati ed il loro corretto operare secondo standards internazionali. Ne consegue una spinta all'omogeneizzazione delle regole e dei modelli istituzionali, che tendono a conformarsi alle regole ed ai modelli istituzionali più evoluti. Già nel Rapport public 2001 del Conseil d'État veniva sottolineato come la creazione di autorità amministrative indipendenti risponda in primo luogo ad un «imperativo di credibilità internazionale» del sistema economico del Paese. Inoltre, le autorità, nel campo finanziario specialmente, sono in rete con le omologhe autorità straniere, non solo a livello europeo.

Credibilità e funzionalità delle autorità indipendenti di regolazione dei mercati sono strettamente legate ad un nuovo modello di azione e di organizzazione, che può essere definito regolativo-giustiziale. In esso la funzione istituzionale di regolazione assegnata all'autorità è intesa in senso ampio, ovvero occorre che la legge conferisca all'autorità un mandato pieno con riguardo al settore affidatole, che siano attribuiti poteri sufficienti oltre ad essere garantita

l'indipendenza dell'autorità sia dal Governo che dai soggetti regolati. Come indicato dalle esperienze anglosassoni, l'efficacia dell'azione discende dall'estensione dei poteri normativi e dal cumulo di essi con i poteri di carattere amministrativo, repressivi e di attuazione contenziosa.

Si tratta evidentemente di una concentrazione di poteri assai rilevante e delicata, che richiede, anche sotto il profilo costituzionale, una disciplina adeguata³. Lo dimostra l'esperienza americana delle autorità indipendenti che è strettamente legata alla dottrina del due process, il cui pieno rispetto è stato imposto dalla Corte Suprema⁴.

Il modello regolativo-giustiziale è informato ai principi della partecipazione all'elaborazione delle regole, dell'amministrazione contenziosa quanto all'applicazione di esse, dell'imparzialità oggettiva dell'autorità decidente. In adesione ad esso, ovvero nel segno dell'affermazione del «giusto procedimento», si è evoluto il nostro ordinamento. Alla stregua di quanto previsto negli USA dall'Administrative Procedure Act fin dal 1946, le autorità indipendenti di regolazione devono, infatti, prevedere ed applicare una procedura di notice and comment. La proposta di atto regolamentare o generale deve essere resa pubblica dall'autorità per consentire che i soggetti interessati si esprimano su di essa; delle osservazioni acquisite al procedimento va tenuto conto nell'adozione dell'atto di regolazione generale. D'altro canto, l'attività amministrativa provvedimento assume carattere contenzioso. In essa è fondamentale l'osservanza scrupolosa di un pieno e paritario contraddittorio. Anche in questo caso il riferimento è all'Administrative Procedure Act statunitense, alla procedura di adju-

3 I rischi derivanti dalla creazione di autorità amministrative indipendenti non adeguatamente accompagnata dall'introduzione di <<garanzie procedimentali, organizzative e di partecipazione, di trasparenza dell'azione>> sono stati da me sottolineati in <<Amministrazioni indipendenti>> e *posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*>> (1993), ora in N.LONGO-BARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino 2009, 64. V. successivamente M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano 1994, 226 ss., secondo la quale esattamente le carenze al riguardo contrastano con l'ordinamento costituzionale.

4 M. H. DAVIS, *L'expérience américaine des <<independent regulatory commissions>>*, in C.A. COLLARD e G. TIMSIT (a cura di) *Les Autorités administratives indépendantes*, Paris 1988, 224 e 227 ss. V. *amplius* N. LONGOBARDI, <<Amministrazioni indipendenti>>, cit., 50 ss.

dication da esso prevista. Per realizzare il modello occorre ancora che sia garantita l'imparzialità dell'autorità anche sotto il profilo organizzativo, ciò che in particolare impone la separazione tra le funzioni istruttorie e le funzioni decisorie. Nei suoi tratti essenziali, il modello regolativo-giustiziale ha ricevuto consacrazione a livello di principio in due normative di grande rilievo, contenute nella legge comunitaria 2004 (art. 9, l. 18.4.2005, n. 62) e nella legge 28.12.2005, n. 262 sulla tutela del risparmio.

In particolare, l'art. 24 della legge 262 citata, relativo ai <<Procedimenti per l'adozione dei provvedimenti individuali>> stabilisce nei primi due commi la seguente disciplina generale:

<< 1. Ai procedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP volti all'emanazione di provvedimenti individuali si applicano, in quanto compatibili, i principi sull'individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti amministrativi recati dalla [legge 7 agosto 1990, n. 241](#), e successive modificazioni. I procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione. Le notizie sottoposte per iscritto da soggetti interessati possono essere valutate nell'istruzione del procedimento. Le Autorità di cui al presente comma disciplinano le modalità organizzative per dare attuazione al principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione.

2. Gli atti delle Autorità di cui al comma 1 devono essere motivati. La motivazione deve indicare le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.>>

I principi del modello regolativo-giustiziale sono estensibili a tutte le autorità amministrative indipendenti. La necessaria distinzione fra funzioni istruttorie e funzioni decisorie nell'esercizio del potere sanzionatorio è in primo luogo richiesta dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

I predetti principi sono ovviamente estensibili nella misura in cui ciò sia possibile. Sicuramente ed interamente, quindi, alle autorità dotate di poteri normativi, attuativi e sanzionatori quali quelle di regolazione dei servizi di pubblica utilità (AGCOM e AEEG, ora ARERA), che da tempo hanno discipline specifiche in materia di partecipazione agli atti regolamentari e generali e di contraddittorio nei procedimenti per l'adozione degli atti individuali.

Il modello regolativo giustiziale indicato dalla normativa richiamata è stato inizialmente sostenuto dal giudice amministrativo. In questa direzione il Consiglio di Stato ha affermato la necessità del giusto procedimento e della motivazione degli atti delle autorità e si è orientato ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti delle autorità escludendo ambiti di attività ad esse riservati (Cons. St., sez. VI, 3.6.2004, n. 926; v. anche al riguardo Cass., S.U., 20.1.2014, n. 1013). Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato diretta ad affermare il giusto procedimento ha, inoltre, assunto ruolo centrale l'esatta convinzione del valore legittimante, dal punto di vista democratico, delle regole del contraddittorio e della partecipazione dei privati all'esercizio dei poteri regolatori (Cons. St., sez. VI, 27.12.2006, n. 7972)^{5,6}

5 Tuttavia, la cultura e la prassi del contraddittorio, inteso come pieno e paritario, caratterizzato dalla parità delle armi tra accusa e difesa ed ancora più il principio di separazione tra l'organo inquirente e quello giudicante non hanno conseguito un sufficiente grado di affermazione perfino nell'ambito dei procedimenti sanzionatori (v. C. eur. dir. uomo, 4.3.2014, *Grande Stevens e altri contro Italia*).

6 Al riguardo v. N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in ID. (a cura di), *il diritto amministrativo in trasformazione*, cit., 117 ss. Sono ivi richiamati numerosi scritti sulle autorità indipendenti. Si segnalano tuttavia qui N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento*, in *Itinerari d'impresa*, 8/2015, nel quale viene sottolineata la decisiva rilevanza della nuova disciplina contenuta nella legge comunitaria 2004 e nella legge sulla tutela del risparmio e N. LONGOBARDI, *La regolamentazione ed i controlli: le autorità amministrative indipendenti. Il modello regolativo-giustiziale* (2006) ora in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, 242 ss.

All'iniziale sostegno della modalità innovativa di azione amministrativa recata dalle autorità amministrative indipendenti è tuttavia seguito un deciso *re-virement* in senso regressivo da parte del giudice amministrativo e, ancor più, della Corte di cassazione⁷.

4. Le autorità atipiche

Costituisce un'anomalia rispetto al modello regolativo-giustiziale di derivazione angloamericana l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), che svolge una funzione generale di tutela della concorrenza e del mercato, in primo luogo con poteri di intervento e sanzionatori in tema di intese restrittive della libertà di concorrenza, di abuso di posizione dominante, di operazioni di concentrazione tra imprese; ma anche con poteri di segnalazione al Parlamento e al Governo, ai quali si sono assommati nel tempo importanti funzioni consultive e poteri di impugnazione di atti amministrativi, nonché competenze specifiche in tema di pubblicità ingannevole e tutela dei consumatori. Tale "anomalia" costituisce rimedio all'assenza di una cultura diffusa della concorrenza, ma resta problematica. L'Autorità invade, infatti, lo spazio del giudice e, benché sprovvista di un potere di regolazione generale del mercato, finisce per svolgere ugualmente una funzione di regolazione attraverso la modulazione dell'esercizio dei suoi ampi poteri di diffida e sanzionatori congiuntamente al ricorso ai nuovi strumenti di concertazione con le imprese ed alla conseguente assunzione di impegni da parte delle stesse.

Non trova valida giustificazione, invece, nella sua attuale disciplina, l'anomalia costituita dal Garante per la protezione dei dati personali, che ha compiti di vigilanza, controllo, poteri di divieto e di blocco in tema di trattamento dei dati e di stimolo dell'attività del Governo. La disciplina istitutiva del Garante rimette sostanzialmente al Governo, attraverso la fonte regolamentare, la latitudine del diritto alla riservatezza e consente all'autorità amministrativa Garante

⁷ Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Il declino italiano*, cit., 85 ss., 99 ss., cit., nonché la seconda parte di questo scritto.

di invadere – parzialmente, ma con effetti sicuramente condizionanti – il campo proprio ed esclusivo del giudice ordinario.

Nella politica di contrasto alla corruzione nel nostro Paese si segnala infine la presenza di una nuova autorità amministrativa ritenuta indipendente, ovvero l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC-legge 30 ottobre 2013, n. 125), dall'incerta collocazione nel nostro ordinamento e dal profilo fortemente atipico.

L'ANAC, alla quale è stato anche attribuita una posizione centrale nel codice degli appalti del 2016, successivamente ridimensionata, ha assunto un ruolo preponderante in un settore tipico della responsabilità politico-governativa, quale non può non essere ritenuto quello della prevenzione della corruzione e del contrasto ad essa attraverso misure amministrative. Inoltre, il progressivo accumularsi di funzioni, la connotazione ed il carattere disparato di esse inducono a configurare in capo all'Autorità un delicato ruolo di sintesi tipicamente politica fra diversi interessi pubblici potenzialmente confliggenti⁸.

5. La sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019 e l'inquadramento nell'ordinamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Vengo alla parte dello studio direttamente attinente al titolo. La seconda parte del titolo, <<I nodi vengono al pettine>>, è diretta a collegare le mie riflessioni alla sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019. Con questa decisione è stata negata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito: AGCM) la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale.

Il tentativo dell'AGCM di farsi giudice a quo, sostenendo la propria assimilabilità a un giudice, ha fatto leva sulla affermata qualificazione di <<autorità di garanzia>> svolgente <<funzioni analoghe a quelle giurisdizionali>> e sulla giurisprudenza della Consulta che, specialmente in passato, ha inteso in modo

⁸ A riguardo v. N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in www.giustamm.it, n. 5/2016; ID., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it, n. 6/2016.

elastico le nozioni di <<giudice>> e <<giudizio>>, ovvero la ricorrenza dei presupposti normativi che legittimano a sollevare una questione di legittimità costituzionale. In particolare, è stato affermato che, <<per aversi giudizio a quo, è sufficiente che sussista esercizio di “funzioni giudicanti per l’obiettivo applicazione della legge” da parte di soggetti, “pure estranei all’organizzazione della giurisdizione” “posti in posizione super partes” (sentenza n. 387 del 1996, n. 226 del 1976 e n. 83 del 1996) (sentenza n. 376 del 2001)>>⁹. Essenziale è che i soggetti, benché non incardinati in un ordine giudiziario, presentino il <<requisito della terzietà>>¹⁰.

Per la Corte l’AGCM difetta di tale requisito¹¹.

Nella confutazione degli argomenti addotti dall’AGCM la Corte costituzionale è andata oltre quanto necessario ad escludere la legittimazione dell’Autorità a sollevare questione di legittimità costituzionale¹².

L’AGCM ha <<assunto la inedita posizione di parte processuale ricorrente per l’impugnazione davanti al giudice amministrativo degli atti di qualsiasi amministrazione>> ritenuti in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato. Ciò rifletterebbe per la Consulta la natura del potere discrezionale attribuito all’Autorità.

Esattamente viene poi escluso che quello che si svolge davanti all’AGCM possa essere considerato un giudizio in senso sostanziale. Infatti, <<non può ravvisarsi una netta separazione tra gli uffici e il Collegio, attesa l’esistenza ...di un nesso funzionale tra Segretario e Presidente, cui il primo “risponde” anche

⁹ Corte cost., sent. n. 13 del 2019, §3.

¹⁰ *Ivi*, § 4.

¹¹ *Ivi*, § 5.

¹² Cfr. F. APERIO BELLA, *Amministrazione soggettivamente pubblica per fini pubblici e amministrazioni indipendenti e agenzie*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2021, 105 ss. Lo studio dell’autrice offre una ampia panoramica dottrinale sugli <<equivoci>> in tema di autorità amministrative indipendenti, non solo con riguardo all’AGCM e ha stimolato le mie riflessioni. L’autrice aderisce alle conclusioni della Corte costituzionale tentando di dare ad esse un sostegno teorico. All’amplia bibliografia citata nel saggio dell’Aperio Bella si farà più di un rinvio in questo scritto.

del funzionamento dei servizi e degli uffici medesimi...>>¹³. Manca, quindi, il requisito dell'<<imparzialità oggettiva>> dell'Autorità¹⁴.

D'altro canto, dinanzi all'Autorità non si realizza un contraddittorio pieno e paritario, bensì <<un contraddittorio che non si differenzia – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico e che resta di natura verticale>>. È interessante notare che secondo la Consulta, che fa leva anche su giurisprudenza recente del Consiglio di Stato, le cose non potrebbero andare diversamente <<perché il privato si confronta con un soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità...>>¹⁵.

La Corte non ha dubbi sulla <<natura del potere dell'autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990) e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale>>¹⁶.

6. Sulla collocazione speciale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in seno alle autorità amministrative indipendenti.

La Corte ha sconfessato le tesi dottrinali che avevano assegnato una collocazione speciale in seno alle autorità amministrative indipendenti all'AGCM. Questa Autorità – si è affermato- eserciterebbe esclusivamente un <<potere di

¹³ Corte cost., sent. n. 13 del 2019, §5.

¹⁴ Sulla imparzialità oggettiva, che implica l'osservanza del principio di separazione tra le funzioni di istruzione e quelle di giudizio all'interno dell'autorità, requisito da me evidenziato nel 2001, v. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., 177 ss. e 250 ss.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 13 del 2019, § 8.1.

¹⁶ *Ivi*, § 8. *Ad abundantiam* la Corte aggiunge che il carattere discrezionale dei poteri assegnati all'AGCM è anche evidenziato dai <<rilevanti poteri pararegolatori e consultivi attribuiti all'Autorità Garante...e dall'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli "impegni" e i cosiddetti programmi di clemenza>> (*ivi*).

accertamento e di qualificazione di fatti, atti e comportamenti, in termini di liceità e illiceità, in relazione alla disciplina materiale della concorrenza>>¹⁷. Ancora, avendo <<compiti esclusivamente di aggiudicazione e non di regolazione>>, deciderebbe <<sillogisticamente di casi concreti applicando la legge>>¹⁸. Queste tesi¹⁹ sono state avversate con sempre maggior successo dalla dottrina, mano a mano che all'AGCM sono state conferite dal legislatore nuove attribuzioni anche di carattere regolatorio o <<pararegolatorio>>²⁰.

La dottrina si è divisa anche sulla connotazione dell'attività dell'AGCM come volta al perseguimento di un interesse pubblico²¹, ciò che, come si è visto, è stato ritenuto decisivo dalla Corte costituzionale per affermare la natura discrezionale nel senso più tradizionale dei poteri dell'Autorità e per negare la neutralità di essa.

Le tesi dottrinali sulla collocazione speciale dell'AGCM nell'ordinamento, negata dalla Corte costituzionale, hanno certamente alimentato gli equivoci in ordine alle autorità amministrative indipendenti. Il discorso con riguardo all'AGCM può tuttavia essere qui rapidamente chiuso. L'Autorità antitrust, già definita <<il modello più puro di Autorità indipendente>>²², costituisce in realtà un'anomalia rispetto al modello statunitense delle independent regulatory agencies, al quale si sono ispirati le assai più recenti esperienze europee. Come si è visto, infatti, l'AGCM invade lo spazio del giudice e svolge una funzione

17 M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI – F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano 1993, 89.

18 G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1997, 645 ss., che con tale dicotomia mira anche a svalutare l'indipendenza delle autorità di regolazione.

19 V. per altre indicazioni di dottrina in linea con quelle sopra citate F. APERIO BELLA, *Amministrazione soggettivamente pubblica*, cit., 116, n. 39.

20 V. per tutti A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C. RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, 2010, 369 ss., che parla conseguentemente di <<tramonto del mito della neutralità della funzione antitrust>>. Per altre indicazioni v. F. APERIO BELLA, *Amministrazione*, cit., 116, n. 39.

21 Per le indicazioni di dottrina v. ancora F. APERIO BELLA, *Amministrazione*, cit., 120, n. 50.

22 M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., 239. In precedenza, Id., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005, 117.

non settoriale, bensì generale, di tutela della concorrenza, che ridonda in una funzione di regolazione, ancorché impropria.

Deve essere invece evidenziata la portata generale dei concetti presentati dalla Consulta come dogmi inconfutabili per poi procedere alla critica di essi.

7. La sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019 e la sua portata generale. La presa d'atto della realtà e gli equivoci in ordine alle conseguenze.

Ho in passato messo in evidenza che la linea dottrinale più o meno consapevole avversatrice della novità costituita dalle autorità amministrative indipendenti si segnalava per alcune affermazioni caratteristiche, indicando come esempi più importanti:

<<1. Le autorità amministrative indipendenti non curano interessi pubblici.

2. Le autorità amministrative indipendenti non compiono (non possono compiere) scelte politiche e/o non compiono scelte discrezionali.

3. In quanto organismi neutrali le autorità amministrative indipendenti non possono avere ruolo politico.

4. Le autorità amministrative indipendenti non sono...amministrative.

5. Le autorità amministrative indipendenti vanno collocate a livello costituzionale e/o abbisognano di una esplicita previsione costituzionale>>. ²³

Limitandoci qui alle prime tre affermazioni, si può constatare come, alla stregua della sentenza n. 13 del 2019, che trae sostegno anche da giurisprudenza recente del Consiglio di Stato, il discorso iniziale sia stato rovesciato. Di fronte all'evidenza è del resto ben difficile negare che le autorità amministrative indipendenti curano interessi pubblici, compiono scelte discrezionali ed hanno palesemente un ruolo politico. Non sono tuttavia condivisibili le conseguenze che ne vengono tratte e che conducono alla vanificazione del carattere innovativo delle autorità. Si tratta, infatti, di equivoci ove ci si ponga nella corretta

23 N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo* (1998), ora in Id., *Autorità amministrative indipendenti e sistema*, cit., 98.

prospettiva evolutiva della funzione amministrativa e dei suoi modi di esercizio indicata (non solo) dalle autorità amministrative indipendenti.

Come mostra l'esperienza statunitense, il public interest <<è sempre stato protagonista nella legislazione, nella giurisprudenza, nella prassi, nella dottrina, in materia di independent agencies>>²⁴. Ciò non impedisce in quell'ordinamento che l'insieme delle decisioni che producono effetti vincolanti per uno o più soggetti determinati rientri nella funzione di adjudication. Questa funzione non può dunque essere ristretta, come avviene in rappresentazioni nostrane, alla risoluzione da parte delle autorità di vere e proprie controversie.

8. Autorità amministrative indipendenti e concezione regolativo-giustiziale delle funzioni amministrative. Dall'ordinario provvedimento discrezionale alla decisione amministrativa.

Nel corso del primo importante Convegno sulle autorità amministrative indipendenti, svoltosi a Parigi l'11 e 12 giugno 1987, uno dei maggiori studiosi di diritto pubblico, Jean Rivero, in un intervento di significativa brevità, così indicava, come non chiarito, il <<problema del perché>>:

<<Perché questa volontà di indipendenza?>> (resa manifesta dalla creazione delle nuove autorità) <<Credo che è su questa nozione di indipendenza che bisogna riflettere>>²⁵.

Il fenomeno delle autorità indipendenti ha in seguito ricevuto diverse spiegazioni. Tra loro legate, esse confluiscono nell'interpretazione più profonda che indica il delinarsi di un mutamento della concezione delle funzioni amministrative e dei modi del loro esercizio²⁶.

Gli studi storici hanno individuato nell'introduzione del procedimento amministrativo e nella creazione di autorità amministrative indipendenti punti di svolta cruciali nel processo di ricomposizione della storica frattura fra giusti-

24 M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.* (1996), 69.

25 Gli Atti del Convegno sono pubblicati in C.A. COLLIARD- G. TIMSIT (a cura di), *Les autorités administratives indépendantes*, cit., v., *ivi*, 309 s. l'intervento di Rivero.

26 Al riguardo, v. più ampiamente N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti laboratori*, cit., 84 ss.

zia e amministrazione che <<contraddistingue fra '700 e '800 il percorso europeo-continentale>>²⁷.

Da questa ricomposizione emerge la concezione regolativo-giustiziale delle funzioni amministrative, che è quella che caratterizza il <<modello>>, che ho per l'appunto denominato <<regolativo-giustiziale>>, delle autorità amministrative indipendenti²⁸.

È una concezione che realizza anche le aspirazioni di una parte rilevante e autorevole della nostra dottrina. Feliciano Benvenuti e Giorgio Berti figurano tra i primi sostenitori del due process, la cui forza compositiva è basata sul <<primato dei diritti individuali e quindi sulla necessità di verificare in confronto a questi diritti la giustificazione dei fini pubblici>>, secondo quanto affermato da Berti. Ad essi può essere aggiunto almeno Giorgio Pastori che ha particolarmente sottolineato la trasformazione della concezione dell'interesse pubblico come effetto di una mutata concezione dell'amministrazione da funzione del governo a funzione dell'ordinamento²⁹. Un contributo teorico decisivo è venuto da Mario Nigro come sarà anche qui evidenziato.

Il modello regolativo-giustiziale delle autorità amministrative indipendenti implica il superamento dei tratti tradizionali del diritto amministrativo.

Così, le autorità curano certamente interessi pubblici, ma non nel modo tradizionale o, per meglio dire, secondo la rappresentazione tradizionale. Le autorità amministrative indipendenti sono chiamate ad elaborare regole con il concorso dei soggetti interessati e ad applicarle in contraddittorio, in posizione di neutralità, ovvero di indifferenza rispetto agli interessi³⁰.

27 B. SORDI, *Per una storia del diritto amministrativo* (a proposito di F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif de la Révolution au début des années 1970*, PUF, Paris, 1995), in *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 25, Milano, 1996, 683 ss., del quale sono le conclusioni riportate tra virgolette nel testo.

28 N. LONGOBARDI, *La regolamentazione ed i controlli: le Autorità amministrative indipendenti – Il modello regolativo-giustiziale* (2006), cit., 243 ss.

29 Al riguardo v. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti laboratori*, cit., 90 ss.

30 La «terzietà» delle autorità amministrative indipendenti viene generalmente esclusa e, non così chiaramente, ma implicitamente, anche la «neutralità» di esse, essendo la loro missione istituzionale legata al perseguimento di un interesse pubblico, da F. APERIO BELLA, *Amministrazione*, cit., 125 s. e n. 70. La «terzietà» è ritenuta propria della sola giurisdizione ed identificativa

Interessa qui particolarmente mettere in rilievo che, con riguardo all'attività provvedimentale delle autorità amministrative indipendenti, allo schema dell'ordinario provvedimento discrezionale si sostituisce quello della decisione amministrativa, <<categoria strutturale>> <<risultato di procedimenti o sub-procedimenti amministrativi contenziosi>>³¹.

Una categoria, quella della decisione amministrativa, quale illustrata da Mario Nigro, che non è ristretta alle sole decisioni sui ricorsi, ma più ampiamente va riconosciuta in presenza di <<un procedimento costruito in modo da dar rilievo ad un conflitto di interessi o di opinioni, che essi atti (le decisioni appunto, n.d.r.) si applicano a risolvere>>³².

Mario Nigro ha avuto piena consapevolezza di trattare di una <<categoria, per così dire, di frontiera, dai confini fluidi e storicamente variabili>>³³; nonostante le scarse e incerte indicazioni allora rinvenibili nel diritto positivo, il chiaro Autore non ha tuttavia rinunciato alla teorizzazione di un modello di azione amministrativa, alternativo a quello usuale, dalle sicuramente avvertite grandi potenzialità applicative.

Decisivo è, infatti, al riguardo, il centrale rilievo conferito al conflitto di interessi, cosicché <<dall'interesse al contenuto del provvedimento (interesse amministrativo in senso stretto) che ovviamente non può mancare>>, salvo qualche eccezione, <<si scorpora, attraverso la struttura contenziosa, e quindi attraverso la considerazione formalmente garantita degli interessi o delle posizioni in conflitto, un diverso specifico interesse dell'amministrazione, l'interesse alla giusta soluzione del conflitto, al quale l'atto-decisione dà- o dà anche- in tutto o in parte, soddisfazione>>³⁴. La strutturale presenza nelle decisioni di

di essa, in contrasto tuttavia con l'insegnamento più volte evocato di A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, Riv. dir. proc. 1964, 200 ss. V. anche F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, Napoli 2017, 436 ss.

31 M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, cit., 816. La voce dell'Enciclopedia del diritto è stata preceduta dalla monografia su *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953, sempre dello stesso Autore.

32 M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, cit., 813.

33 *Ivi*, loc. cit.

34 *Contra* da ultimo v. F. APERIO BELLA, cit., 127, n. 73, che restringe la nozione di attività giustiziale per affermata incompatibilità tra attività giustiziale e perseguimento dell'interesse

un interesse giustiziale è alla base dell'incertezza in ordine alla natura degli atti di tale tipo ed è alla base della loro qualificazione come <<atti materialmente o sostanzialmente giurisdizionali, o paragiurisdizionali>>³⁵.

La struttura degli atti con riguardo alle decisioni amministrative rivela dunque la funzione giustiziale svolta dall'amministrazione anche allorché l'amministrazione stessa persegue – come è per essa la norma – un obiettivo di soddisfazione dell'interesse pubblico. L'obiettivo di giustizia risulta incorporato nell'azione amministrativa, qualificando la stessa, e la funzione amministrativa così concepita comporta stringenti regole per il suo esercizio. Da un canto, infatti, la condizione di imparzialità del o dei decidenti <<deve essere accertata con il massimo rigore>>, dall'altro, diviene <<peculiare requisito>> dell'atto decisionale <<anche l'osservanza dei principi e delle regole che conferiscono struttura contenziosa al procedimento>>³⁶. Cosicché, significative somiglianze vengono ad intercorrere, in particolare anche in punto di motivazione e di irrevocabilità, tra le decisioni amministrative e le sentenze³⁷.

Non deve ingannare il termine <<accertamento>> impiegato per la descrizione della funzione delle decisioni amministrative. Trattasi, infatti, di <<accertamenti in senso giuridico>>, veri e propri giudizi <<non>> meramente <<descrittivi>>, ma <<valutativi>>³⁸, dunque a carattere anche molto ampio e di grande rilevanza politica, come oggi proprio il fenomeno delle auto-

pubblico da parte di un'autorità amministrativa. Vengono all'uopo indicati una serie di caratteri che sarebbero «propri della funzione giustiziale», per la cui giustificazione si rinvia a Id, *Tra procedimento e processo*, Napoli 2017, cit., partic. 98 ss. L'autrice ammette in questo volume che il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti ha determinato «evoluzioni del concetto di amministrazione giustiziale» imponendo «di riconsiderare il tradizionale modo di intendere l'amministrazione pubblica, consentendo che il perseguimento di interesse pubblico potesse coniugarsi con imparzialità e financo neutralità» (*ivi*, 109). La medesima autrice, che pur mostra di conoscere (ma manca di valorizzare) gli insegnamenti di Nigro e Fazzalari, sposa tuttavia l'opzione di «arrestarsi alle riflessioni più tradizionali sulla decisione amministrativa “per antonomasia”» (*ivi*, 109 s.).

35 M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, cit., 813. .

36 M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, cit., 821.

37 *Ivi*, partic. 822.

38 *Ivi*, partic. 815. L'accento va dunque posto sull'attività di valutazione ed interpretazione giuridica, piuttosto che sulle valutazioni di carattere tecnico, pure, in varia misura, presenti.

rità amministrative indipendenti pone in chiara luce³⁹. Nemmeno deve ingannare la qualificazione delle decisioni come atti vincolati⁴⁰. Tale aggettivazione può apparire invero fuorviante, ma essa sta a significare solo che tali atti non sono discrezionali nel senso usuale dell'espressione⁴¹.

Nel nostro ordinamento è, dunque, (da tempo) presente un modello di azione amministrativa analogo a quello che costituisce la norma nell'ordinamento degli USA, ovvero l'«<adjudication>», nel quale il momento accertativo-sanzionatorio espressivo del potere di emanare «<orders>» implica la «<connessa fase contenziosa determinata dalla reazione del soggetto>». Anche con riguardo all'«<adjudication>», infatti, «<si guarda alla forma in cui essa si manifesta, cioè alla procedura contenziosa modellata sul processo giurisdizionale in cui si esplica>»⁴².

9. L'interruzione del percorso di affermazione del «<giusto procedimento>» («<due process>») e la vanificazione del carattere innovativo delle autorità amministrative indipendenti.

Come si è visto, la strada del due process e più ampiamente del modello regolativo giustiziale è stata indicata da due normative di grande rilievo, la legge comunitaria 2004 e la legge n. 262 del 2005 sulla tutela del risparmio. Questa

39 N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti, laboratori, cit.*, partic. ove viene sottolineato che le autorità amministrative indipendenti sono «<chiamate a scelte valutative di rilevante carattere politico>».

40 M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, 815.

41 N. LONGOBARDI, *lc. ult. cit.*

42 In argomento, v. partic. L. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale negli USA, cit.*, partic. 115 ss., dal quale sono tratte le citazioni di cui al testo. L'autore evidenzia che l'impostazione dell'ordinamento USA corrisponde all'idea generale della normazione come processo «<a cascata>» che, procedendo dal Legislativo e sviluppandosi con la «<regulation>», giunge a disciplinare ogni aspetto della realtà sociale, onde, attraverso la conoscenza di questi vari strati di normazione, il singolo sappia anticipatamente come comportarsi e quali siano le effettive aree di esplicazione delle sue libertà ed aspirazioni, compatibili con interessi pubblici normativamente già delineati. Ovviamente esistono anche nel sistema statunitense licenze, autorizzazioni, procedimenti volti all'erogazione di benefici, sussidi, pensioni, esenzioni. Tuttavia questi fenomeni sono visti, nella teoria, come tendenzialmente già definibili in base al «<corpus>» della «<regulation>», laddove la discrezionalità dell'Amministrazione si è già risolta nel proporre, decomporre e ricomporre una soluzione normativa che la procedura partecipata ha già trasformato in un modello applicativo, possibilmente chiaro e razionale, dell'assetto di interessi voluto dalla legge.

strada è stata tuttavia sbarrata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e dalla Corte costituzionale.

Così, dinanzi alle Autorità non è necessario che si realizzi un vero contraddittorio, che è tale solo se è pieno e paritario. Grave è l'equivoco in cui incorre la Corte affermando che il procedimento sanzionatorio, assimilato, come sappiamo, al procedimento penale a livello europeo, non possa prevedere nel suo svolgimento la parità delle armi solo perché l'Amministrazione è titolare di un preteso <<ben definito interesse pubblico>>, che assegnerebbe ad essa una posizione sotto ogni aspetto sovrastante, anche nel modo di procedere.⁴³

Quanto alla <<funzione amministrativa discrezionale>> esercitata dall'AGCM, la Corte utilizza la tradizionale formula elaborata da Giannini in altro contesto ordinamentale ovvero quella della ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Benché sottoposta ad esatte critiche, la formula viene ripetuta come <<una formula magica>>⁴⁴. In questo caso il ricorso ad essa vale soprattutto ad escludere che l'azione dell'Autorità presenti aspetti di novità; in particolare, ad escludere che l'Autorità, in quanto attributaria della cura di un interesse pubblico, possa essere collocata in una posizione di neutralità, ovvero di indifferenza rispetto agli interessi, posizione di neutralità già ritenuta, anche da noi in un recente passato, come caratteristica peculiare delle autorità amministrative indipendenti⁴⁵.

Un esito paradossale, dunque, quello imposto dalla giurisprudenza in contrasto con lo stesso diritto positivo. Un esito che mina la legittimità costituzionale delle autorità amministrative indipendenti e priva di giustificazione l'indipendenza di esse.

43 Al riguardo, anche per le gravi conseguenze di queste scelte giurisprudenziali, v. N. LONGOBARDI, *Il declino italiano*, cit., 99 ss.

44 V. N. LONGOBARDI, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, *Dir. e proc. amm.*, Quaderni 30, 187.

45 V. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., 99.

BARBARA MAMELI

Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli studi del Piemonte Orientale

barbara.mameli@uniupo.it

LA RESPONSABILITÀ PER MANCATA ATTUAZIONE DEL FINE PUBBLICO, UNO STRUMENTO A TUTELA DELLE LIBERTÀ E DIRITTI FONDAMENTALI

RESPONSIBILITY FOR FAILURE TO IMPLEMENT THE PUBLIC PURPOSE, AN INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL FREEDOMS AND RIGHTS

SINTESI

Pandemia, crisi economica e delle istituzioni impongono di dare maggiore rilevanza alla fiducia che i cittadini ripongono nell'esercizio del potere e soprattutto di ricercare uno strumento tale da garantire che le limitazioni a diritti e libertà rispondano a un livello di accettabilità oggettiva¹.

ABSTRACT

Pandemic, economic and institutional crisis require greater importance to be given to the trust that citizens place in the exercise of power and above all to seek an instrument that guarantees that the holders of rights and freedoms respond to an objective level of acceptability.

PAROLE CHIAVE: discrezionalità politica e amministrativa - programmazione - controllo - responsabilità.

KEYWORDS: political and administrative discretion - planning - review - responsibility.

INDICE: 1. Premessa. – 2. “Principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale” e “diritti inalienabili della persona umana”. – 3. La forza ritrovata della Costituzione e dei principi che la caratterizzano. – 4. La separazione tra politica e amministrazione. Difficoltà attuali. – 5. Segue: L'attuazione politica e amministrativa. – 6. Segue: i mezzi garantiscono il risultato della programmazione e anch'essi sono sindacabili. – 7. Segue: discrezionalità organizzativa e legittimo affidamento. – 8. L'effettiva tutela dei diritti fondamentali sulla scia del solco creato dall'orientamento giurisprudenziale imposto per

¹ La ricerca oggetto del presente contributo è stata sostenuta con fondi dell'Università del Piemonte Orientale.

gli appalti pubblici. L'etica quale ausilio per estendere il controllo della discrezionalità. – 9. Programmazione politica, programmazione amministrativa. – 10. L'affidamento. – 11. Rimedi e controlli per inefficienza politica ed amministrativa. – 12. Segue: il controllo. L'unione europea lascia allo Stato membro un “margine di apprezzamento” ma la normativa nazionale deve restare conforme alla disposizione europea. – 13. Segue: il limite della politica. Dalla discrezionalità politica alla discrezionalità tecnica.

1. Premessa

Libertà dal bisogno, libertà dalla paura, libertà dall'ignoranza, espressioni lanciate al mondo dopo il secondo conflitto mondiale², che, seppure declinate nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e nella Costituzione (integrando, quindi, principi di etica sociale, principi giuridici nonché vere e proprie garanzie costituzionali), alla vigilia del possibile terzo conflitto mondiale si mostrano in tutta la loro necessità di tutela³.

L'emergenza (economica, epidemiologica, bellica, crisi delle istituzioni) che stiamo vivendo spinge a rivolgere nuova attenzione al Testo Costituzionale, bisognoso di attuazione concreta, necessariamente rispondente alle esigenze della persona e della collettività⁴.

Si impongono, con pari forza, la necessità di rileggere i principi costituzionali in funzione valorizzatrice della persona umana e della dignità della medesima, anche in base ai valori dell'ordinamento sovranazionale⁵ e il supera-

2 M.S. GIANNINI, *La libertà dall'ignoranza e dal bisogno. I diritti sociali. Diritti dell'uomo e Nazioni Unite*, in *Scritti*, 1963-1969, V, Milano, 2004, 57 ss.

3 Si vedano le riflessioni di G. DE GIORGI CEZZI, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per la collettività?*, in www.federalismi.it, 18 marzo 2020.

4 Si richiede l'attento apporto di tutte le scienze ed una equilibrata, trasparente e condivisa ponderazione politica. Già nel 2013 l'ANAC aveva osservato: “Attualmente l'immagine dell'Italia è quella di un Paese a elevato grado di corruzione percepita sia da parte dei cittadini che da parte di imprese e analisti”, in *Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012*. Come osservato: “Secondo il rapporto Anac la prevenzione alla corruzione deve basarsi su quattro strumenti che devono coinvolgere più livelli di governo: trasparenza, formazione, codici di comportamento e analisi del rischio. Quando però a essere implicati sono proprio i soggetti che assumono ruoli chiave nell'amministrazione, quanto possono essere efficaci questi strumenti?”, D. CORBETTA, *Il caso Mose e il fallimento della normativa anticorruzione*, in *Paginauno*, 39, ottobre - novembre 2014.

5 L.R. PERFETTI, *L'eguaglianza come «compito della repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, in *PA Persona e amministrazione*, 2021, II, 13 ss.

mento della convinzione per cui l'efficiente attuazione della Costituzione si misura con la efficiente gestione delle risorse pubbliche⁶.

La Costituzione deve riprendere il ruolo di Norma fondamentale capace di guidare il legislatore, ma anche di imporre l'attuazione di quei valori e principi che sovrastano e si impongono all'attività politica ed amministrativa⁷.

Il primo passo, pertanto, è rappresentato dalla necessità che il legislatore persegua il benessere del popolo sovrano, attuando il disegno costituzionale e guidando l'amministrazione nella concretizzazione dello stesso⁸.

Ciò significa che l'atto politico deve trovare un limite chiaro e ben delineato nella Costituzione⁹ e, a sua volta, imporre precisi limiti all'attività ammi-

6 La stessa Corte costituzionale pare avere elevato la finanza pubblica a rango di interesse primario ridimensionando, tra l'altro, con il vincolo del patto di stabilità, l'azione degli enti locali nel settore delle politiche sociali e dei servizi alla persona. Cfr., C. Cost., n. 196/2018. G. SCACCIA, *Il bilancio quale strumento di responsabilità democratica nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.dirittoconti.it*, 2/2020. La legge 243 del 2012, infatti, ha esteso i principi della legge n. 1 del 2012 all'intero comparto delle pubbliche amministrazioni, inclusi gli enti territoriali, in modo da integrare quanto stabilito dal nuovo art. 97 Cost., nel tentativo di rispettare i vincoli imposti dall'Unione europea.

7 L'amministrazione non agisce liberamente ma è titolare di specifici doveri per la soddisfazione dei quali è attribuito il potere,

F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 76; S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, cit., 36; M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in G. CARLOTTI, A. CLINI (a cura di), *Diritto amministrativo. Tomo primo – Parte sostanziale*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 105 ss.; F.G. SCOCA, M.R. SPASIANO, *Nozioni introduttive*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 3 ss. Significativamente A. ZITO *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, II, 588, si può sinteticamente ricordare come la pubblica amministrazione “sia dalla Costituzione qualificata non tanto o non soltanto in termine di un potere, che pur godendo di autonomia, è comunque strumentale rispetto all'attuazione dell'indirizzo politico; non tanto o non soltanto come attore al servizio della collettività e dei cittadini; quanto prima ancora come soggetto che è subordinato necessariamente all'intero sistema dei principi e dei valori costituzionali della cui attuazione deve essere garante nel momento in cui si accinge a curare in concreto l'interesse pubblico affidato alle sue cure”.

8 Cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 97 ss., dove l'amministrazione è posta tra le istituzioni e la società. G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, 323. Da più parti si auspica un necessario salto di qualità nella serietà e nell'etica dell'amministrazione.

9 Quel “nucleo irriducibile del diritto [...] protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto”» Corte cost., sentenze nn. 509/2000; 252/2001; 111/2005; 432/2005; 162/2007; 219/2008; 354/2008; 10/2010; 269/2010; 299/2010; 61/2011; 62/2013; 203/2016; 95/2016; 275/2016; 83/2019; 55/2019; 206/2019; 240/2019; 152/2020; 260/2020; 263/2020. Specifica G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, cit. 7 ss., per tutti i diritti fondamentali enunciati e tute-

nistrativa¹⁰. Solo così si consente una più rigida applicazione dello stato di diritto e si limita la possibilità che la discrezionalità, prima politica e poi amministrativa, si trasformi in arbitrio¹¹.

Un tale strumento potrebbe coincidere con una seria programmazione politica¹². Diviene imprescindibile la necessaria identificazione dell'interesse pubblico, necessariamente variabile ma non per questo indefinito, nonché la completa e puntuale programmazione per la sua concretizzazione, strumento indispensabile per delineare il parametro oggettivo capace di eliminare l'arbitrio del potere politico ed amministrativo, riducendo drasticamente l'alveo del merito a favore della discrezionalità¹³.

La programmazione, partendo dalla analisi dei bisogni della collettività, consente di impostare nel modo migliore possibile l'attività amministrativa al

lati nella Costituzione “nucleo essenziale è, di volta in volta, individuato dal giudice delle leggi in base a criteri non prefissati, ma comunque riferibili al dato costituzionale [...] questa ‘flessibilità’, legata a situazioni storiche di natura culturale, economica e sociale, non è in contrasto con la ‘certezza del diritto’, da molti invocata per ridurre al massimo l’incidenza dei principi costituzionali nell’ordinamento giuridico, ma al contrario, serve a garantire la certezza e l’effettività del diritto costituzionale, che possiede – non lo si dimentichi! – la peculiarità di dettare un dover essere normativo anche al potere legislativo. Negare ciò significherebbe negare le basi stesse dello Stato costituzionale”.

10 Osserva A. MAZZIOTTI, *La più importante delle riforme*, cit.: “Sarebbe sicuramente possibile smetterla di ‘amministrare per legge’, lasciando all’amministrazione il ruolo, per l’appunto, di amministrare, e quindi di gestire le risorse destinate alle misure di piccola dimensione nei settori di propria competenza”. Sul punto si veda già ampiamente F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007.

11 Corte Cost., ordinanza n. 17/2019: non è giustificabile “qualunque prassi si affermi nelle aule parlamentari, anche *contra Constitutionem*. Anzi, occorre arginare gli usi che conducono a un progressivo scostamento dai principi costituzionali, per prevenire una graduale ma inesorabile violazione delle forme dell’esercizio del potere legislativo, il cui rispetto appare essenziale affinché la legge parlamentare non smarrisca il ruolo di momento di conciliazione, in forma pubblica e democratica, dei diversi principi e interessi in gioco”.

12 Come spesso accade ciò che serve lo abbiamo già, solo dobbiamo valutarlo, utilizzarlo, renderci conto delle sue potenzialità. La storia passata e recente ci ha dimostrato che in un Paese capitalista solo buoni propositi possono rimanere, “e proprio in una società e in un momento storico in cui crisi economica e crisi di valori procedono di pari passo quali conseguenze aberranti dell’alienante civiltà dei consumi e in cui l’individuo ha necessariamente smarrito il senso della propria dignità di essere umano”, D. CORBETTA, *Il caso Mose*, cit., menzionando K. MARX, *Il Capitale*.

13 La scelta di consentire a soggetti privati di partecipare alla definizione e implementazione delle politiche pubbliche può offrire spazio per fenomeni di collusione tra il governo e un gruppo di portatori di interesse. Inoltre il controllo e la realizzazione delle scelte di interesse pubblico lasciati al settore privato non necessariamente garantiscono la pluralità di tutti i portatori di interesse.

fine di soddisfare l'interesse pubblico, garantendo trasparenza, confronto e responsabilità¹⁴.

Per lungo tempo ci si è sforzati di adottare sempre più rigide forme di controllo (e trasparenza) nei confronti della pubblica amministrazione, ma tali misure si ritiene siano destinate a fallire se i vertici della PA e gli organi di governo sfuggono a qualsiasi censura grazie al merito amministrativo o all'insindacabilità politica.

Pertanto, anziché incentrarsi sulle regole che possono assicurare l'autonomia del dirigente rispetto ai condizionamenti del potere politico e garantire imparzialità delle scelte (autorganizzazione e autonomia decisionale nell'attuazione del disegno normativo)¹⁵, soluzione sempre più ardua da perseguire dinanzi all'ampia attuazione della sussidiarietà in senso verticale, si tenterà, in questo scritto, di individuare nella obiettivizzazione lo strumento per trasparenza, controllo e responsabilità¹⁶.

Si tralasceranno approfondimenti in merito alla posizione legittimante per concentrarsi sulla ricerca di fonti e strumenti giuridici che potrebbero garantire un controllo maggiormente pregnante nei confronti dell'attività politica e, di conseguenza, dell'attuazione amministrativa, garantendo realizzazione di fini pubblici e conseguimento del miglior livello di vita possibile.

2. “Principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale” e “diritti inalienabili della persona umana”

Espressioni quali “principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale” e “diritti inalienabili della persona umana”, hanno costituito il limite

14 M. D'ORSOGNA, Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione, Torino, 2001.

15 M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, in *Dirittifondamentali.it* – Fasc. 1/2018. Recentemente, A. BLASINI, M. BRAY, L. CASINI, M. CONTICELLI, A. L. DE CESARIS, L. FIORENTINO, S. NERI, M. RIDOLFI, E. SCHNEIDER, S. SIMONE, *I responsabili dell'efficienza: politica vs burocrazia*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, fasc.4, 1 dicembre 2021, 1215 ss.

16 F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, in *Scritti Giuridici*, Vol. 1, Monografie e Manuali, Milano, 2006, 905: “Il grande sforzo al quale è chiamato il futuro, è proprio quello di raggiungere il massimo possibile di conoscenze obiettive da porre alla base delle decisioni politiche”.

alla primazia del diritto europeo su quello nazionale¹⁷; non si è, però, mai chiarito quale fosse il nocciolo duro che deve essere sempre garantito, anche qualora si rendessero necessari, come accade in questo periodo storico, rigorosi bilanciamenti che mai dovrebbero portare all'annullamento di un diritto a favore dell'espansione illimitata di altro diritto¹⁸.

Eppure le sopra citate espressioni si riferiscono a limiti espressi, introdotti dalla Consulta per limitare il potere politico europeo e, ciò nonostante, sono rimasti senza alcuna definizione concreta.

L'Unione europea ha imposto la primazia del mercato e il nostro ordinamento ha, poco per volta, sacrificato in suo nome principi fondamentali e diritti inalienabili della persona umana, quasi a voler ritenere coincidente l'attuazione costituzionale con la buona amministrazione finanziaria di cui all'art. 317, co. 1 TFUE¹⁹.

17 In tal senso la giurisprudenza inaugurata da Corte Cost., 27 dicembre 1973, n. 183, sentenza Frontini; Id., 5 giugno 1984, n. 170, sentenza *Granital*. Più recentemente la Corte Costituzionale, sentenza n. 73/2001, ha specificato: "L'orientamento di apertura dell'ordinamento italiano nei confronti sia delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, sia delle norme internazionali convenzionali incontra i limiti necessari a garantire l'identità e quindi, innanzitutto, i limiti derivanti dalla Costituzione. Ciò vale perfino nei casi in cui la Costituzione stessa offre all'adattamento al diritto internazionale uno specifico fondamento, idoneo a conferire alle norme introdotte nell'ordinamento italiano un particolare valore giuridico. I 'principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale' e i 'diritti inalienabili della persona' costituiscono infatti limite all'ingresso tanto delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano 'si conforma' secondo l'art. 10, primo comma, della Costituzione (sentenza n. 48 del 1979); quanto delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall'art. 11 della Costituzione o derivanti da tali organizzazioni (sentenze nn. 183 del 1973; 176 del 1981; 170 del 1984; 232 del 1989 e 168 del 1991)".

18 A nulla vale obiettare che in situazioni emergenziali la ponderazione politica lascia il posto all'oggettività scientifica. Quando la ricerca scientifica procede al fine di raggiungere uno specifico obiettivo di rilevanza anche politica, essa si differenzia dalla ricerca pura (*research science*), sia per il diverso utilizzo che se ne fa nel discorso pubblico, sia per il maggior grado di integrazione che presenta con considerazioni di tipo politico, cfr. S. JASANOFF, *Procedural Choices in Regulatory Science*, in *RISK: Health, Safety and Environment*, 2/4, 1993, 143-160; M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2012, 313-336. L'influenza della conoscenza scientifica sulla produzione legislativa non esime dal rispetto del Testo Costituzionale poichè l'incertezza che caratterizza le evidenze scientifiche è sempre e necessariamente colmata con valutazioni politiche che tengono in considerazione fattori sociali, politici ed economici.

19 Si veda, M. FLORIO, *La privatizzazione della conoscenza*, Bari, 2021, il quale spiega come ogni evento che caratterizza i nostri tempi (alluvioni, pandemie, cambiamento climatico) costituisca presupposto per il supporto pubblico a ricerca ed investimenti privati e, concretamente, spen-

Proprio la crisi economica “ormai progressiva ed endemica” ha, però, inasprito quel sentimento diffuso di insoddisfazione e sfiducia nei confronti dei governanti a vari livelli: internazionali, dell'Unione Europea e nazionali²⁰.

Ora, facendo tesoro degli strumenti elaborati dalla Corte di Giustizia per garantire l'efficace attuazione del diritto europeo²¹, la concretizzazione del Testo costituzionale dovrebbe imporre l'adozione di atti politici chiari e specifici nel fine, imprescindibile presupposto per un'efficace azione amministrativa, ca-

dita di ingenti somme di risorse pubbliche che si traducono in enormi profitti privati: l'impresa privata – nel settore biomedico, dell'energia e del digitale – si appropria delle conoscenze generate dalla ricerca pubblica per trasformarle in rendite finanziarie, protette da granitiche posizioni di oligopolio. Soltanto una nuova e diversa attenzione ai diritti fondamentali consentirà di utilizzare privatizzazioni e mercato a vantaggio della concretizzazione dei diritti fondamentali.

20 F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa possono servire le riforme amministrative*, relazione tenuta al Convegno APIDA 2016, *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, in www.apida.it, dove si precisa altresì che i governati “non sembrano fare nulla per invertire il ciclo economico negativo e quel che fanno anzi ha l'effetto opposto, accentua la crisi e in non pochi casi ne estende gli effetti a nuovi soggetti, creando nuovi ed indesiderati effetti negativi che aumentano la sfiducia nei propri governanti. I politici sono ‘cattivi cristiani’ nell'inerzia e nell'azione”. E ancora: “Quel che invece rileva ai fini della nostra ricerca è lo strano modo con cui i politici, ai vari livelli di governo, hanno inteso ‘distrarre’ l'opinione pubblica dagli effetti dei mancati o addirittura negativi interventi macro economici per invertire il ciclo economico generatore degli effetti sfiducianti nei cittadini. La ‘distrazione’ è stata ed è realizzata attraverso le ‘riforme amministrative’. Riformando l'Amministrazione si interverrebbe sull'attività economica e, conseguentemente, se ne favorirebbe lo sviluppo ... riconquistando così la fiducia dei cittadini”.

21 Corte Giust., sez. V, 11 dicembre 2014, causa C-440/13, *Croce Amica One Italia S.r.l. c. Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU) e Governo italiano*; Id., 18 giugno 2002, causa C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs v. Stadt Wien*, punti 55, 62 e 68; Id., 2 giugno 2005, causa C-15/04, *Koppensteiner*, punto 34. Afferma la Corte di Giustizia che spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare gli organi degli Stati membri responsabili delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici per risolvere le controversie che mettono in discussione diritti individuali risultanti dall'ordinamento giuridico europeo. Come si sottolineerà nel prosieguo del presente lavoro si ritiene che a maggior ragione occorre che l'ordinamento nazionale predisponga strumenti volti ad evitare che restino inattuati diritti costituzionalmente riconosciuti. Sempre secondo il giudice europeo, in mancanza di una normativa dell'Unione specifica in materia, le modalità del controllo giurisdizionale devono essere stabilite attraverso norme processuali nazionali, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività e al legislatore nazionale è consentito accordare ai giudici poteri più estesi, funzionali all'esercizio di un controllo in materia di opportunità. La stessa Corte ha altresì precisato che, anche nel caso in cui le autorità aggiudicatrici godano, in forza della normativa nazionale applicabile, di un'ampia discrezionalità per quanto concerne la revoca del bando di gara, le giurisdizioni nazionali devono poter verificare, ai sensi della Dir. 89/665/CE, la compatibilità di una decisione di revoca con le norme del diritto dell'Unione pertinenti. Come osserverò più avanti, se al giudice è consentito il controllo dell'opportunità per garantire l'effettività del diritto europeo, pare evidente che un analogo potere debba essere riconosciuto per garantire l'effettività del Testo costituzionale.

pace di garantire l'attuazione di quel "nucleo duro", costituzionalmente non modificabile (e, per questa parte, non rimesso a scelte contingenti di atti sub-costituzionali), che coincide in definitiva con lo stesso "nucleo irriducibile" dei diritti inviolabili dei quali l'interesse pubblico è formula di sintesi giuridica²².

Si aprirebbe così anche un controllo della buona amministrazione, principio che si riferisce alla determinazione dell'interesse pubblico nonché all'organizzazione delle risorse per realizzarlo.

Una preventiva programmazione delle scelte politiche e amministrative, doverosa esplicitazione della Costituzione²³, potrebbe consentire una prefigurazione delle finalità e obiettivi che si intendono perseguire, il controllo della conformità degli stessi al dettato costituzionale, un coerente disegno complessivo ed una accurata e responsabile ponderazione; limiterebbe il compromesso politico e la pratica degli emendamenti giustificati da interessi individuali²⁴, consentirebbe di abbandonare l'arbitrio dell'atto politico, costituirebbe le fondamenta per una amministrazione efficace²⁵.

22 Così, M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, 572.

23 Il principio di pianificazione, come osservato da R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *aipda.it*, relazione convegno 2017 "Decisioni amministrative e processi deliberativi", permea la Costituzione e trova ancoraggio, quanto alla politica economica e finanziaria dello Stato sia nel primo comma dell'art. 97 Cost. sia nell'art. 81 Cost. che, nel prevedere il principio di legalità delle spese pubbliche, esige una disciplina orientata alla programmazione e al conseguente controllo delle stesse; all'art. 41, co. 3 (la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali); all'art. 44 (proprietà fondiaria, anche attraverso la previsione dell'utilizzo razionale del suolo); all'art. 47 (credito). Anche nell'art. 117 molte delle materie attribuite alla potestà legislativa concorrente sono soggette a vario titolo ad attività di pianificazione e programmazione (tutela dell'ambiente, governo del territorio, tutela della salute, istruzione, grandi reti di trasporto). Si veda già G. AMATO, *La programmazione come metodo dell'azione regionale*, in *Riv. it. dir. pubbl.* 1971, 413.

24 Osserva M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit. 230: "non si può parlare di risultati (garanzia di risultati, responsabilità dei risultati) se non si hanno e non si danno degli obiettivi chiari e definiti, di cui sia possibile non solo agli operatori e agli interlocutori, ma anche alla collettività, verificare l'effettivo perseguimento in un quadro di certezza delle "regole del gioco" e di trasparenza della loro applicazione e attuazione".

25 M. S. GIANNINI, *La programmazione dal punto di vista giuridico*, in *Scritti*, vol. VI, Milano, 2005, 1091.

L'insindacabilità dell'atto politico si ritiene possa così seguire lo stesso percorso già intrapreso per l'atto amministrativo, laddove l'elaborazione dei principi e l'ampliamento del vizio dell'eccesso di potere hanno consentito il necessario ridimensionamento del merito amministrativo a vantaggio dell'effettività della tutela²⁶.

Il risultato, come è stato evidenziato, dovrebbe consentire alle parti di ottenere, e al giudice amministrativo di assicurare, quella pienezza della tutela dell'interesse legittimo, espressamente proclamata dall'art. 1 del c.p.a. e, prima ancora, desumibile dall'art. 24 Cost²⁷.

Più in particolare, il diritto dell'Unione europea è certamente riuscito ad imporsi con effettività rispetto al Testo costituzionale, concretizzando i principi del diritto dell'economia mediante l'imposizione dell'interpretazione funzionale, capace di guidare l'interprete e garantire il conseguimento del risultato imposto dalla disposizione europea, anche se non direttamente applicabile²⁸. Potrebbe essere, quindi, questa la via da seguire anche nel diritto interno, dove il legislatore è chiamato ad implementare il Testo costituzionale e il giudice amministrativo a verificare il conseguimento dei fini/obiettivi prestabiliti.

In caso di inadempimento il solco tracciato con la sentenza *Francovich*²⁹ potrebbe costituire la via per affermare la responsabilità per omesso o cattivo

26 Cfr. M. SICA, *Argomenti di diritto amministrativo*, (a cura di) G. GRECO, M. CAFAGNO, D.-U. GALETTA, M. RAMAJOLI, M. SICA, volume I, parte generale, Lezioni, Milano, 2021, secondo il quale: "Il baricentro del giudizio risulta sempre più spostato dall'atto al rapporto (nel senso che non si discute più solamente della legittimità o illegittimità dell'atto impugnato, ma anche della spettanza o meno del bene della vita, "condizionato" dall'esercizio — o dal mancato esercizio — del potere amministrativo.)". In giurisprudenza, Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3; Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, che, come ritenuto dallo stesso A., "si è basata per tale valutazione su 'più indici normativi?' (quali l'impugnazione con motivi aggiunti, il potere del Giudice di non annullare l'atto solo inficiato da vizi formali, nei casi di cui all'art. 21-octies, c. 2, l. 241/1990, il potere del Giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa nei casi di silenzio, ecc.)".

27 M. SICA, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit.

28 Tra le tante, Corte Giust., 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Carbonari*.

29 Corte Giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*.

esercizio dell'attività politica: sarà esclusa l'applicazione diretta del Testo costituzionale ma non la responsabilità degli organi politici e amministrativi.

D'altra parte è possibile per il giudice nazionale, in presenza di un principio generale del diritto europeo, non applicare la norma nazionale mediante il sindacato diffuso di legittimità europea³⁰ e il dettato dell'art. 6, par. 3 del Trattato di Lisbona stabilisce che "I diritti fondamentali, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, (...) fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

Se anche si ritenesse di attribuire al Testo costituzionale una efficacia inferiore rispetto ai principi dell'Unione europea, saranno i diritti fondamentali europei a dover essere invocati, anziché quelli desumibili dalla Costituzione ma, ritenuta la sostanziale coincidenza tra diritti fondamentali nazionali ed europei, pare il risultato non cambi, si perderebbe soltanto l'occasione di ragionare in termini di sovranità nazionale.

Il solco da tempo tracciato potrebbe essere ormai pronto per consentire di affermare che i diritti garantiti dalla Cedu sono suscettibili di ricevere immediata applicazione nel nostro ordinamento, con disapplicazione della normativa interna con essi in conflitto, aprendo la via per il sindacato dell'atto politico³¹.

30 Corte Giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*.

31 L'art. 2 Cost. garantisce i diritti inviolabili dell'uomo e, di conseguenza, le norme della Convenzione europea. Come osservato dalla Corte di Cassazione, Cass. pen., sez. I, 32678/06, *Somogyi*, "è corretto parlare di particolare forza di resistenza della normativa di origine convenzionale rispetto alla normativa ordinaria successiva. Tale particolare forza di resistenza - che la dottrina generalmente rapporta ora al criterio *lex generalis non derogat priori speciali* ora alla garanzia costituzionale connessa al principio *pacta recepta sunt servanda* - è dovuta alla natura di principi generali dell'ordinamento che alle disposizioni della Convenzione deve essere riconosciuta, in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano. Tale conclusione, che si imponeva da tempo ai sensi dell'art. 2 Cost., ha trovato un esplicito riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità (sent. Nold del 14 maggio 1974; sent. Hauer del 13 dicembre 1979; ecc.). Affermando, invero, di dover tener conto nella sua attività giurisdizionale anche dei principi generali del diritto, sanciti dalla Convenzione europea, la Corte ha in effetti chiarito che di tali principi avrebbero già dovuto tener conto i giudici nazionali (e ciò pur nell'ipotesi in cui non fossero state esaurite le vie di gravame interno e la decisione del giudice nazionale non potesse considerarsi definitiva). E tale conclusione ha ora trovato la sua consacrazione nell'art. F del Trattato di Maastricht, secondo cui l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

Significativo potrebbe essere il parallelo con il giudizio di infrazione o di constatazione di inadempienza (artt. 258-260 TFUE), proposto dalla Commissione dell'Unione europea innanzi alla Corte di giustizia in tutti i casi di violazione del diritto europeo compiuta dagli Stati membri con atti normativi o amministrativi³². Trattasi di una forma di giurisdizione oggettiva, in cui l'azione della Commissione è preordinata a garantire l'applicazione del diritto europeo e non a tutelare una sua posizione soggettiva, assunta come lesa³³.

L'introduzione di un tale sindacato nell'ordinamento nazionale garantirebbe il controllo delle scelte politiche riconducendole a decisioni volte a garantire la corretta attuazione dei diritti e libertà fondamentali a scapito degli interessi dei singoli partiti politici.

L'attuazione del Testo costituzionale non sarebbe più alla mercé del partito politico di maggioranza o dei privati coinvolti nelle scelte per la realizzazione dell'interesse pubblico.

3. La forza ritrovata della Costituzione e dei principi che la caratterizzano

Ha precisato la Corte Costituzionale, come si vedrà più diffusamente *infra*, che gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo³⁴.

Si tratta, quindi, di focalizzarsi su una più attenta lettura della Costituzione e dei principi in essa contenuti, evitando di considerarli vuoti contenitori da riempire arbitrariamente, ma quali obiettivi inderogabili da esplicitare attraverso accurata programmazione politica che perde il privilegio di legiferare nell'emer-

32 Osserva la Corte di Cassazione: "la legge 648/55, provvedendo a ratificare e rendere esecutiva la Convenzione, ha introdotto nell'ordinamento interno i diritti fondamentali, aventi natura di diritti soggettivi pubblici, previsti dal titolo primo della Convenzione e in gran parte coincidenti con quelli già indicati nell'articolo 2 della Costituzione, rispetto al quale il dettato della Convenzione assume una portata confermativa ed esemplificativa", Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28507; Id., sez. un., 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339, 1340, 1341.

33 M. SICA, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit.

34 Corte Cost., n. 81/2012, punto 4.2.

genza e si impegna a prestabilire il livello di qualità di vita possibile, contemperando diritti e libertà fondamentali al fine di perseguire risultati prefissati³⁵.

Proprio tale programmazione, non meramente formale e generica, potrà costituire valido parametro per sindacare l'attività politico-amministrativa, garantire l'attuazione del Testo costituzionale e far emergere la responsabilità³⁶.

Adempiendo al proprio dovere d'ufficio, il funzionario pubblico provvederà alla concretizzazione della programmazione, ponendo in essere tutte le at-

35 Corte Cost. sentenza 15 dicembre 1988, n. 1146: "Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare "copertura costituzionale" fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" (v. sent. nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte "in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" (v. sentt. nn. 183 del 1973, 170 del 1984). Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore".

36 Oltre al giudice amministrativo, che nell'elaborazione giurisprudenziale dei principi che regolano l'attività amministrativa ha ampliato le ipotesi riconducibili al vizio di eccesso di potere, la Corte di Giustizia UE ha, fin dai primi arresti, sottolineato il ruolo dei principi generali e, grazie ad essi, assicurato l'applicazione effettiva del diritto europeo negli stati membri (in particolare, principio dell'effetto utile che impone l'esercizio di attività ermeneutica nei confronti dell'intero ordinamento nazionale, senza alcuna limitazione alla norma di recepimento ma estesa a disposizioni sia anteriori che posteriori alla direttiva da attuare, Corte Giust., 5 ottobre 2005, cause C-397/01 e C-403/01, *Pfeiffer*). L'obbligo di interpretazione conforme ha imposto poi agli organi nazionali di conseguire il risultato voluto dall'ordinamento europeo. Ora, se - come osservato - il concetto di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea acquista un significato diverso da quello concernente il rapporto fra norma e Costituzione nell'ordinamento interno: in quest'ultimo caso mira a salvaguardare l'unità e coerenza dell'ordinamento, mentre nel caso del diritto europeo l'interpretazione adeguatrice è la chiave che consente l'effettività del diritto europeo (cfr. E. SCODITTI, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale*, relazione all'incontro di studio sul tema "I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sopranazionali", Roma 22-24 giugno 2009, Consiglio Superiore della Magistratura, in *www.csm.it*; L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. un. eur.*, 2001, 71 ss.), si può qui osservare che la semplice coerenza del sistema non è sufficiente a garantire l'attuazione e l'effettività delle norme costituzionali. Una disposizione normativa può non essere in contrasto con la Costituzione, ma nello stesso tempo inidonea a garantire diritti e libertà. Per il diritto europeo l'ermeneutica conforme rappresenta un rimedio nazionale per garantire tutela dei diritti attribuiti ai singoli dalle direttive, che consente ai giudici nazionali di realizzare, mediante il ricorso a norme interne, le finalità perseguite dalle direttive stesse, pur in presenza di loro violazioni da parte dello Stato. Se al Testo costituzionale riconosciamo un valore precettivo (seppure non direttamente

tività propedeutiche al procedimento che portino all'efficace attuazione (comportamento amministrativo a cui il funzionario pubblico è tenuto in adempimento del proprio dovere d'ufficio) di attività organizzativa, conoscitiva, di coordinamento, etc.³⁷.

L'affermazione della responsabilità extracontrattuale e precontrattuale, consentirà di identificare nel funzionario colui che esercita il potere nell'ambito della competenza attribuita e ne risponde nei confronti dei cittadini³⁸.

Il primo interprete chiamato a confrontarsi con la Carta costituzionale è il legislatore, coadiuvato dagli organi costituzionali, in adempimento a quel dovere di attuazione che deve soddisfare l'affidamento del popolo sovrano.

E' innegabile che l'attuazione della Costituzione richieda l'intervento del legislatore, non prestandosi ad una immediata applicazione e necessitando di specifiche azioni affinché i diritti e le libertà in essa contenute trovino completa realizzazione³⁹.

applicabile), può essere possibile consegnare al giudice il controllo dell'atto politico e della responsabilità per violazione dei diritti fondamentali. Cfr. Corte Giust., 10 aprile 1984, causa C-14/83, *Von Colson*; Id., 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*.

37 S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 37 ss.

38 La corruzione può minacciare drasticamente la fiducia dei cittadini nelle pubbliche amministrazioni quando è determinata dal fallimento di individui che devono rispondere dei loro comportamenti e, soprattutto, quando il sistema fallisce nel chiedere di rendergliene conto. Poiché la corruzione generalmente dipende dalla segretezza (a meno che, nel peggiore dei casi, non sia contemporaneamente endemica ed esplicita), l'antidoto è *l'open government*, che permette ai cittadini di esercitare i loro diritti democratici e di vigilare sul sistema esecutivo e sulla magistratura, e assicura l'accesso alle informazioni permettendo di verificare le performance attraverso gli organi parlamentari, la società civile e il giornalismo investigativo. La trasparenza scoraggia e localizza le azioni corruttive – fornendo una protezione contro i possibili abusi di potere ed intercettando le violazioni quando si manifestano. Cfr. *Guida pratica per una pubblica amministrazione di qualità*, in <http://ec.europa.eu/esf/toolbox>.

39 Sulla riferibilità di adempimento dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. anche alle pubbliche amministrazioni, cfr. M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, 526 ss., il quale conclude affermando che sul piano soggettivo la titolarità dei «doveri inderogabili di solidarietà» di cui all'art. 2 Cost., può essere imputata anche alle pubbliche amministrazioni (pag. 532), si esprime in termini di *funzione pubblica di rilievo costituzionale*, evidenziando come, accanto ai doveri inderogabili «individuali» o «personali», imputati ai soggetti privati o in quanto singoli o in quanto associati in formazioni sociali (ad esempio, i doveri di cui agli artt. 4 c. 2, 17 c. 3, 18 c. 2, 30 c. 1, 48 c. 2, 52, 53, 54 c. 1, XII disp. trans. c. 1, Cost.), sono evincibili dal testo costituzionale anche doveri inderogabili «funzionali» o «istituzionali», imputati a organi e soggetti pubblici di rilievo costituzionale in seno alla Repubblica. Si vedano anche F. GOGGIA-

Pare, però, altresì evidente che le previsioni costituzionali pongano precisi limiti all'attività politica e specifici doveri di attuazione, comprimono le sfere di autonomia e di discrezionalità dei soggetti pubblici, i quali sono chiamati a esplicare il diritto a stare bene e il livello di qualità di vita possibile, programmando le azioni necessarie per conseguire i risultati in modo che il popolo sovrano possa valutare se le aspettative sono state soddisfatte.

Il controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi si è fatto, per mano del giudice amministrativo, sempre più pregnante, fino a ridurre significativamente il c.d. "merito", tanto che recentemente si è ritenuto di ricondurre le regole che interagiscono sulla valutazione discrezionale alla categoria della buona amministrazione o nell'alveo delle regole giuridiche censurabili attraverso i criteri di correttezza e diligenza⁴⁰, fino a giungere al riconoscimento della responsabilità precontrattuale per lesione dell'affidamento.

Si può tentare, anche nei confronti delle scelte politiche, di intraprendere un percorso analogo a quello che ha caratterizzato l'attività amministrativa⁴¹, al fine di evitare che scelte insindacabili continuino a perpetrarsi consentendo il conseguimento di interessi di parte a danno dell'interesse pubblico o, peggio, si continui a legiferare rincorrendo l'emergenza.

Come l'attività amministrativa non può compiersi in violazione del principio di legalità (raggiungimento dei fini indicati dalla legge, come disposto dall'art. 1, co. 1, L. n. 241/1990) e degli altri principi richiamati dalla legge sul

MANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000, 81; Id., *Interessi e amministrazioni pubbliche. Gli interessi a soddisfazione necessaria*, in *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, Vol. I. *Il metodo e la teoria generale. Nozioni elementari e gradazioni* (a cura di D. D'Alessandro e D. Pappano), Torino, 2019, 105 ss.; L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti per F.G. Scoca*, Napoli, 2020, vol. IV; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016. In giurisprudenza, Corte Cost. 16 dicembre 1971, n. 208; Id., 3 novembre 2010, n. 331; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 25 luglio 2017, n. 343.

40 G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Scritti per F.G. Scoca*, Napoli, 2020, vol. IV, 3700 ss., ed *ivi* l'accurata ricostruzione dottrinale.

41 Tali principi, come è stato ricordato, sono utilizzati anche al fine di assorbire le differenti regole di esperienza, deontologiche, sociali, di correttezza, di equità, ecc. che inevitabilmente condizionano ogni decisione amministrativa. A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 192 ss.

procedimento, così il mancato raggiungimento dei fini imposti dalla Costituzione come specificati dalla politica (e dei principi Costituzionali preordinati all'attuazione e concretizzazione della stessa) si tradurrebbe in responsabilità per inadempimento o cattivo adempimento.

Elaborare criteri oggettivi consentirebbe di conciliare un potere “libero” e dotato di *vis* creativa con il necessario rispetto della Costituzione, strumento imprescindibile che deve conformare le scelte politiche secondo proporzionalità, adeguatezza, coerenza e ragionevolezza, rendendole idonee a coniugare fattori di carattere culturale, di prassi, di clima, storici con i parametri normativi.

Se il modo in cui il potere è esercitato nella gestione delle risorse economiche e sociali per lo sviluppo di un Paese costituisce la *governance*, quest'ultima può definirsi come la capacità di raggiungere gli obiettivi politici dichiarati, in linea con i principi ed i valori dell'integrità, il rispetto della legge, la trasparenza, la responsabilità amministrativa, l'efficienza e l'efficacia⁴².

Capacità amministrativa ed istituzionale, miglioramento della qualità della legislazione, certezza del diritto e strategie politiche chiare, oltre a un sistema giudiziario efficiente, sono stati i requisiti utilizzati dall'ordinamento europeo per garantire l'effettività degli obiettivi; si ritiene fondamentale diventare i requisiti dell'ordinamento nazionale per assicurare l'implementazione della Costituzione.

D'altra parte, se discrezionalità e merito, intesi come spazio di azione per garantire scelte ottimali, sono fondamentali per lo sviluppo del Paese, occorre che i cittadini possano controllarne il corretto esercizio attraverso parametri oggettivi.

L'attuale tendenza che vuole il ridimensionamento della discrezionalità amministrativa a vantaggio di quella politica attualmente incensurabile, comporta, da un lato, la sottrazione del potere di concretizzare diritti e libertà fon-

⁴² Si prescinde qui da valutazioni sull'opportunità che lo sviluppo socio-economico possa essere guidato dal solo soggetto pubblico o si renda necessario l'intervento privato. Si vuole evidenziare la necessità di perseguire gli obiettivi politicamente indicati indipendentemente dalle risorse pubbliche o private impiegate.

damentali al sindacato del giudice amministrativo e, dall'altro, un automatismo nelle scelte amministrative che potrebbe contrastare con l'efficienza⁴³.

La programmazione dei fini e obiettivi da perseguire non deve incidere sulla capacità discrezionale all'amministrazione che, con riferimento alle singole situazioni, dovrà poter disporre dei mezzi più adeguati.

La tanto rappresentata differenza tra discrezionalità politica e discrezionalità amministrativa, dove la prima è insindacabile e di parte mentre la seconda è sindacabile e imparziale, non ha mai trovato un confine preciso e spesso erode lo spazio del controllo giurisdizionale, vanificando gli sforzi compiuti per rendere effettiva la tutela.

D'altra parte è innegabile si tratti di istituti che, da un punto di vista sostanziale, non presentano differenze se non per la natura dell'organo che si attiva⁴⁴.

E proprio l'evoluzione dell'eccesso di potere che, dalla concezione tradizionale (figure sintomatiche), si è ampliato grazie ai principi generali ed alle prescrizioni europee (ragionevolezza, proporzionalità, efficacia, economicità, precauzione)⁴⁵, ha consentito un controllo dell'azione amministrativa tale da

43 G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, 139, osserva altresì come tale orientamento si traduca anche in aumento di costi e perdita di efficienza. L'Autore indica la discrezionalità come scelta che delinea un'opzione strategica dell'amministrazione e riflette la visione complessiva degli obiettivi e dei mezzi dell'azione pubblica elaborata in sede di indirizzo politico, ispirata ad obiettivi di massimizzazione dell'interesse pubblico. Considera poi come la limitazione progressiva della sfera discrezionale, che consente di assicurare un bilanciamento tra esigenze di conformazione e istanze di flessibilità, si presti ad essere analizzata in termini di costi benefici: limitare la discrezionalità presenta costi che crescono con l'aumentare dei vincoli. Circoscrivere la discrezionalità, secondo Napolitano, incontra *ex ante* elevati costi di decisione e, inevitabilmente, incide sull'esercizio della funzione, riducendo la capacità delle amministrazioni di adattarsi alle circostanze e al loro mutare. L'affermazione è condivisibile laddove la programmazione si traduca in eccesso di regole che vincolano l'Amministrazione, non se, secondo l'insegnamento europeo, si adotta un approccio finalistico, di risultato, lasciando libera l'Amministrazione di raggiungerlo come più opportuno.

44 L.R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1021 ss., dove si osserva che, la legge-provvedimento è espressione della volontà della maggioranza politica in cooperazione tra Parlamento e Governo e con la legge-provvedimento, il gruppo di potere che esprime la maggioranza parlamentare sottrae alle garanzie della giurisdizione una decisione per sua natura amministrativa.

45 F. MERUSI, *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo eccesso di potere amministrativo*, in G. PIZZANELLI (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Napoli, 2017, 12; ID., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napo-

rendere “flebile e vacillante” la insicura distinzione tra merito e legittimità e, nello stesso tempo, di superare l’incensurabilità di valutazioni di opportunità politica in contrasto con i “principi-valore”⁴⁶.

Inglobato il merito nella discrezionalità e sottoposto al vaglio dei “principi-valore” occorre chiedersi se vi sia ancora spazio per l’insindacabilità politica.

4. La separazione tra politica e amministrazione. Difficoltà attuali

Confermato il primato della politica, si ritiene che la nostra Costituzione, alla luce dell’evoluzione subita da nozioni quali potere, autorità e interesse pubblico, imponga di assicurare al popolo sovrano quegli strumenti indispensabili per garantire che l’alternanza dei partiti non si trasformi in alternanza di interessi di parte da perseguire a scapito dei diritti e libertà fondamentali.

Se, da un lato, deve essere evitata la trasformazione dell’amministrazione in strumento in mano alla politica, nello stesso tempo l’evoluzione del diritto amministrativo e l’elaborazione del principio di legalità hanno dimostrato come non vi sia più spazio per un potere libero perché ogni potere deve rigorosamente essere esercitato entro precisi parametri.

Indirizzo politico e amministrazione imparziale sono i mezzi che la Costituzione (artt. 95 e 97) richiama per garantire la sua corretta attuazione.

Ora, poiché l’amministrazione è inevitabilmente sottoposta alla direzione politica, se si vuole garantire al popolo sovrano un controllo sull’attività pubblica, oltre al sindacato dell’attività amministrativa, occorre un più pregnante sindacato sull’attività politica e, *in primis*, valorizzare i parametri Costituzionali e l’attività di programmazione, quale riferimento oggettivo di valutazione⁴⁷.

li, 2011.

46 G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 3716; A. PIRAS, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 611, che già metteva in risalto come l’ampliamento della giurisdizione di legittimità finisse con il comprendere l’ambito riservato al merito.

47 V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atto politico e atto di alta amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1015 ss.

La scelta di coinvolgere il popolo sovrano, attraverso gli istituti della partecipazione procedimentale, trasparenza, accesso ai documenti (foia e accesso civico) e *class action*, non ha consentito di far emergere la cattiva amministrazione e garantire l'efficace attuazione della Costituzione; semmai si sono rivelati utili a garantire effettività della tutela delle posizioni di singoli lesi dall'agire amministrativo. Finora gli sforzi compiuti nel tentare di separare attività politica ed amministrativa⁴⁸ non hanno conseguito i risultati sperati in termini di incremento di maggiore efficacia dell'apparato pubblico, qualità della vita, benessere⁴⁹.

48 La legge 7 agosto 2015, n. 124, delega al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, ha inteso limitare il rapporto fiduciario tra funzione amministrativa e politica. L'elemento di novità è rappresentato dalla previsione della durata temporanea dell'incarico dirigenziale. L'art. 11 prevede che l'incarico abbia una durata di quattro anni, con facoltà per gli organi di indirizzo di rinnovare il contratto per una sola volta, ma solo previa valutazione positiva e congrua motivazione. La temporaneità dell'incarico dovrebbe favorire la mobilità dei dirigenti, evitando che questi ricoprano sempre le stesse posizioni e consolidino rapporti fiduciari con l'amministrazione presso cui sono in servizio. Tuttavia, la durata temporanea del contratto, se favorisce la mobilità dei dirigenti, costituisce anche un limite al processo di professionalizzazione della dirigenza che, allo scadere del termine, cambia uffici e competenze. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 251/2016, ha dichiarato incostituzionale l'art. 11 citato nella parte in cui, incidendo su materie di competenza concorrente, non ha previsto, per l'adozione dei decreti legislativi attuativi, l'accordo tra Stato e Regioni. Cfr., sulla organizzazione delle PA in generale, M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro it.*, 1979, 297 ss.; G. D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1270 ss.; M. R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, 1995, 234 ss.; S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1985, 378.

49 G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, ora in ID., *La democrazia come problema*, I. *Diritto, amministrazione ed economia*, Bologna, 1994, 256 e 257: "la funzione d'indirizzo non nasce e muore nell'ambito del potere e delle decisioni politiche; essa si realizza come una forza dinamica che parte dalle sedi in cui il potere è politico – quindi responsabile socialmente – e si prolunga, via via, nelle diverse funzioni, legislativa ed amministrativa, assumendo forma ed efficacia diverse, ma non perdendo niente della sua forza iniziale". Sul problema del rapporto tra politica e amministrazione, tra i molti, A. M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, (1966), ora in *Scritti giuridici*, I, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1990, 273 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 59; G. AZZARITI, *Modelli di amministrazione e trasformazione dello Stato*, in *Pol. Dir.*, 1996, 529 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 23 ss.; G. MORBIDELLI, *La pubblica amministrazione nella Costituzione*, in *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, a cura di A. VIGNUDELLO, Modena, 2012, 90 ss.; M. CLARICH, *Corte Costituzionale e Spoil System, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, in *astrid-online.it*, marzo 2007; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, ora in *Scritti*, cit., III, 1848. Come sottolineato da F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione*, cit.: "nella disciplina nazionale volta a prevenire la corruzione e l'arbitrio del pubblico potere "Non c'è la distinzione fra amministratori elettivi e amministratori pubblici impiegati se non

L'accurata programmazione politica di attuazione del Testo fondamentale può evitare arbitrio nelle scelte e un'amministrazione parziale, scongiurando che l'interesse dei singoli partiti politici, spesso foriero dei limiti costituzionali, leda l'affidamento dei cittadini⁵⁰.

L'art. 14, d. lgs. n. 165/2001, denominato "indirizzo politico-amministrativo", prevede che il Ministro periodicamente, e comunque ogni anno entro 10 giorni dalla pubblicazione della legge di bilancio, debba provvedere a definire "obiettivi, priorità, piani e programmi da attuare" ed emanare "direttive generali per l'attività amministrativa e per la gestione".

Tale direttiva generale deve attuare le linee di indirizzo del programma di governo nel rispetto delle scelte di bilancio ed è proprio nelle prime che deve radicarsi il principio di buona amministrazione⁵¹.

L'atto di indirizzo risponde al principio costituzionale di buona amministrazione, assicurando una azione coerente ed adeguata da parte dell'ammini-

con riferimento al divieto di nomina e al divieto di eleggibilità di amministratori oggetto di procedimenti penali o di responsabilità per danno erariale in cui si accomunano dirigenti amministrativi e amministratori elettivi. Previsioni inibitorie che, accompagnate da modificazioni del codice penale per i reati di concussione e di corruzione estendendone la fattispecie ha inevitabilmente dato luogo ad un prevedibile aumento della giustizia 'politica' che di solito si risolve nella fase inquisitoria, ma che a nient'altro serve se non a introdurre ostacoli per gli avversari nella dialettica politica. Ai fini del nostro discorso poco importa se l'azione parta spontaneamente dalle procure, penali o della Corte dei Conti, oppure su sollecitazione di terzi. Ma, al di là di queste prevenzioni riferibili agli amministratori elettivi e a quelli dirigenziali (la cui nomina è anch'essa di matrice politica), non è prevista una normativa anticorruzione differenziata per amministratori elettivi e amministratori professionali le cui motivazioni 'corruttive' sono intuitivamente di matrice diversa, così come le occasioni per 'peccare'".

50 Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 23. Osserva G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 3718: "nelle democrazie parlamentari l'azione del Governo è legata agli interessi delle forze di maggioranza, mentre l'azione amministrativa è vincolata a perseguire le finalità pubbliche legittimamente individuate dagli organi di indirizzo politico, fatto salvo il potere di controllo che questi possono esercitare secondo la formula 'i funzionari amministrano, i ministri controllano'. Su quest'ultimo aspetto, M. CLARICH, *Corte Costituzionale e Spoil System, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, in *astrid-online.it*, marzo 2007.

51 Corte dei Conti, Sez. riun., 27 aprile 1998, n. 25, in Lav. pubbl. amm., 1999, 907, dove si legge che esiste una stretta connessione tra riforma del bilancio dello Stato di cui alla legge n. 94/1997 e la valorizzazione del potere ministeriale di indirizzo di cui al d.lgs. n. 29/1993. In particolare, come la riforma del bilancio ha avuto lo scopo di valorizzare il ruolo del Parlamento nella definizione delle politiche pubbliche e delle missioni da affidare all'apparato esecutivo, così la valorizzazione del potere ministeriale di indirizzo costituisce essenziale strumento di raccordo tra momento politico e momento gestionale.

strazione e, nello stesso tempo, costituisce efficace strumento di controllo, divenendo strumento essenziale sia per la definizione delle rispettive competenze sia ai fini delle responsabilità⁵².

5. Segue: L'attuazione politica e amministrativa

La Costituzione all'art. 97 prevede che la legge debba assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, specificando al successivo art. 98 che i pubblici impiegati "sono al servizio esclusivo della Nazione".

Tali principi si riferiscono a coloro cui è imputato l'esercizio di funzioni pubbliche, pubblici agenti che, in quanto titolari di organi e di uffici, esercitano attività amministrativa e politica.

Indipendentemente dal fatto che il titolare svolga pubblica funzione per incarico politico o per professione, è tenuto ad agire con disciplina e onore, con imparzialità, esclusivamente al servizio della Nazione, ovvero del popolo sovrano.

Pur trattandosi di doveri oggettivizzabili con l'ausilio dei principi, si è preferito inizialmente tenerli nell'alveo del merito incensurabile per poi cedere dinnanzi al primato del mercato e identificarli con efficienza e produttività, parametri tipici del differente settore privato⁵³.

Pare, infatti, innegabile -e qui risiede la profonda differenza tra diritto pubblico e diritto privato che dovrebbe spingere a riflettere quando si prendono a prestito parametri tipici di altro settore- che, se l'attività efficiente non può

52 G. MORBIDELLI, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, cit., 3726; M. NIGRO *Silvio Spaventa e la giurisdizione amministrativa come problema politico* in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 871; Corte Conti, Sez. contr., 16 febbraio 1996 n. 35 in *Cons. Stato*, 1996, II, 1061; ID., 28 luglio 1995 n. 104 in *Foro It.*, 1996, II, 608.

53 Per fare un esempio, il sistema universitario italiano è stato fortemente influenzato da considerazioni in parte imposte dall'Unione europea, legate alla globalizzazione, e in parte imposte a livello nazionale dove hanno imposto una risistemazione aderente all'ottica manageriale al fine di ridurre la spesa pubblica, a scapito dell'indipendenza del sapere. Come osservato lo stesso finanziamento della ricerca scientifica è volto a privilegiare la ricerca applicata a scapito di quella di base, cfr. B. RABAI, *C'era una volta il carattere libero e indipendente del sapere accademico*, in *Nuove autonomie*, 2020, 203 ss. Tali tendenze si rivelano difficilmente compatibili con il Testo costituzionale che garantisce autonomia e libertà di ricerca scientifica e di insegnamento il pluralismo e lo sviluppo di un pensiero critico libero da condizionamenti politici ed economici.

che rispecchiare l'amministrazione efficiente, deve però essere sottolineato che efficienza non è sinonimo di benessere sociale⁵⁴.

Proprio tale finalità impone di rivedere il primato del mercato a scapito degli altri diritti e libertà fondamentali, una differente lettura della Costituzione che, da insieme di norme formali ed astratte che escludono ogni finalità contenutistica, si presta ad una interpretazione che ne rilevi specifiche finalità che si impongono alla valutazione politica ed alla attuazione amministrativa⁵⁵.

Si limita così l'attività politica, creando parametri sindacabili, le finalità indicate devono trarre giustificazione all'interno della norma costituzionale e sono controllabili nelle successive scelte che si concretizzano nelle previsioni normative di riparto di competenza tra le singole amministrazioni.

Si vuole, in altre parole, trovare nel Testo costituzionale un limite oggettivo al valore della vita e alla qualità della stessa, al fine di escludere soluzioni eccessivamente a vantaggio di alcuni diritti politicamente valutati preminenti rispetto ad altri e soprattutto garantire l'affidamento del popolo sovrano.

54 Non si condivide F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione*, cit., il quale, rifacendosi al parere del giudice amministrativo, ritiene indispensabile, al fine di valutare la buona amministrazione, l'applicazione di criteri di economia aziendale: "Qual è la misura della 'buona amministrazione' che permette di stabilire se una diversa amministrazione sia cattiva? La risposta non può essere lasciata a giudizi di valore o a valutazioni di tipo soggettivo, ma deve risultare da criteri scientifici in quanto verificabili. Una risposta che ritengo adeguata si trova nel parere reso dal Consiglio di Stato a proposito della legge n. 124, il c.d. parere Frattini, nel quale è dato leggere: 'In particolare, accanto alle tradizionali misure di eliminazione di oneri e controlli gravanti sull'attività economica, le politiche pubbliche devono prevedere specifiche misure tecniche – spesso multidisciplinari – quali il perfezionamento del test di proporzionalità, la compliance *analysis*, il confronto costi-benefici, l'analisi (più economica che giuridica) dell'effettività della concorrenza, l'empowerment del consumatore, tenendo conto anche delle indicazioni dell'economia comportamentale (la cd. *behavioural regulation*). Per non parlare della necessità di un 'monitoraggio' delle riforme amministrative, capace di registrarne ex post gli effetti concreti e di raccogliere le reazioni di cittadini e operatori economici. Tale ultimo strumento, anch'esso multidisciplinare, è forse quello attualmente più studiato nelle sedi internazionali ed è quello tradizionalmente più carente ..., pur essendo uno dei più efficaci per un successo 'effettivo' delle riforme". Il Consiglio di Stato indica l'opportunità di giudicare le riforme amministrative sulla base di strumenti utilizzati nell'economia aziendale per misurare gli effetti dell'attività di una struttura aziendale e per misurare gli effetti di una data organizzazione rispetto agli scopi che si vogliono raggiungere con la sua attività.

55 L'art. 2 Cost. declina i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale come precondizione per il godimento dei diritti inviolabili dell'uomo. Cfr. M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva*, cit., 537.

Non si ignora che il periodo in cui stiamo vivendo si caratterizzi per incertezza giuridica e scientifica. In ambito scientifico-tecnologico si è decisamente superato il dogma della infallibilità della scienza che, assunta all'interno delle dinamiche giuridiche, acquista natura ontologicamente "incerta" e "in divenire"⁵⁶. E sicuramente "se anche vi è una riserva di competenza del sapere scientifico, il problema del rapporto fra scienza e diritto, e delle riserve di competenza dell'una (la scienza) e dell'altro (il diritto), resta un problema più che mai aperto ed attuale"⁵⁷.

Ora, se tanto il potere scientifico quanto quello politico si trovano in un rapporto di funzionalità rispetto al principio di legalità costituzionale, trovando nel Testo fondamentale la propria fonte di legittimazione, di fronte ad una scienza sempre più incerta e di conseguenza meno neutra, è inevitabile un "elevato tasso di politicità e di opinabilità delle scelte tecniche". I principi di prevenzione e precauzione non esautorano dall'obbligo di programmazione; l'esercizio di qualsiasi potere "ha la necessità di essere limitato e disciplinato rigorosamente ad opera dei pubblici poteri, nel rispetto dei principi fondamentali che reggono lo Stato di diritto"⁵⁸.

Dovrebbe conseguirne che, se la scienza costituisce ausilio irrinunciabile del potere politico per innovazione normativa e attuazione della Costituzione, la stessa deve restare sindacabile sotto il profilo della ragionevolezza: "il diritto, trovandosi a regolare una scienza incerta (...), deve da un lato esprimere valutazioni sul sapere scientifico, dall'altro rendere ragione (anche) della scientificità

56 Già G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2004, 411, definiva quello tra scienza e diritto come un rapporto tra due incertezze: "la crisi delle certezze investe sia la scienza nel suo complesso che la scienza del diritto in particolare", tanto che i concetti dominanti appaiono essere non già la verità e la certezza, ma, al contrario, l'errore e l'incertezza; si veda altresì, F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, 111-112; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012.

57 D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 2008, 1021. Interessanti osservazioni in F.A. GORIA, *La politica del diritto nella gestione di un'epidemia, fra incertezze scientifiche e bilanciamento di interessi. Prime indagini sulla fillosfera della vite in Francia, 1863-1879*, in corso di pubblicazione in *Riv. di storia del dir. it.*

58 F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 88.

delle proprie scelte”⁵⁹. L’ottimale realizzazione dei valori costituzionali deve comunque sempre rappresentare l’obiettivo da perseguire⁶⁰.

Certamente l’esplicitazione e programmazione dell’attuazione del Testo costituzionale non escluderà del tutto l’ambito della discrezionalità politica incensurabile, ma sarà tale da evitare, attraverso la ragionevolezza, che la ricerca scientifica si trasformi in strumento malleabile per giustificare scelte politiche in contrasto con il Testo Costituzionale.

Vero che la legge n. 87/1953, all’art. 28 prevede che “il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento”, ma è proprio sull’ambito del potere discrezionale che occorre incentrare l’attenzione.

Trattasi di ambito che la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto variabile nei termini applicativi⁶¹ e il ricorso sempre più ampio al principio di precauzione dinanzi ad incertezza scientifica richiede attente ponderazioni tra problematiche ambientalistiche, tutela della salute, rilevanti interessi economici coin-

59 M. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto*, vol. I, Firenze, Olschki, 2010, 81.

60 G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 287, il quale a pag. 17 osserva: “non v’è nulla di straordinariamente nuovo nelle aperture delle Corti alle più recenti acquisizioni scientifiche, anzi, questa capacità dei parametri costituzionali di farsi modellare dai variegati fenomeni sociali è, in un certo senso, scritta già nel dna delle Costituzioni contemporanee”. Significativa di tale ragionamento è una recente ordinanza del CGA, 17 gennaio 2022, n. 38, dove al fine di valutare se sollevare l’incidente di costituzionalità di disciplina normativa, si richiede un supplemento di istruttoria, affidato ad apposito organo composto dal Segretario generale del Ministero della Salute, dal Presidente del Consiglio superiore della sanità operante presso il Ministero della salute e dal Direttore della Direzione generale di prevenzione sanitaria, con facoltà di delega o di farsi coadiuvare per la raccolta dei dati. Tale Organo dovrà inoltrare una dettagliata relazione su specifici quesiti predisposti dal Collegio, tali da chiarire il corretto esercizio dell’attività legislativa e, in particolare se la scelta politica rispetti “le condizioni dettate dalla Corte in tema di compressione della libertà di autodeterminazione sanitaria dei cittadini in ambito vaccinale”.

61 Cfr. Corte Cost., nn. 414/1995; 114/1998; 185/1998; 121/1999; 188/2000; 282/2002; 116/2006; 8/2011; 162/2014; 274/2014, dove, in tema di limiti all’esercizio della libertà di iniziativa economica, si afferma “l’imposizione di limiti all’esercizio della libertà di iniziativa economica, sulla base dei principi di prevenzione e precauzione nell’interesse dell’ambiente e della salute umana, può essere giustificata costituzionalmente solo sulla base di “indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi, di norma nazionali o sovranazionali, a ciò deputati, dato l’essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico scientifici”.

volti, rischio per la vita nonché valutazione delle implicazioni sui diritti e libertà fondamentali (libertà fisica, diritto alla riservatezza, ...) ⁶².

Il percorso potrebbe seguire i solchi di quello già intrapreso dalla giurisprudenza amministrativa che, se inizialmente restia ad affrontare direttamente il merito della questione (inesattezza della soluzione/legittimità del provvedimento), dichiarando inammissibili le censure e le istanze dirette a introdurre un sindacato volto a conoscere ragionevolezza ed attendibilità dell'applicazione di valutazioni tecnico/scientifiche incerte ⁶³, sembra ora orientata a garantire un sindacato puntuale, volto a verificare se il sacrificio dell'interesse del privato ad opera dell'amministrazione sia motivato, plausibile, giustificato e condivisibile, superando così l'estraneità del giudice amministrativo nei confronti delle controversie tecnico-scientifiche ⁶⁴.

Proprio la circostanza che si tratti di un diritto fondamentale (esempio diritto alla salute) ha convinto il giudice amministrativo ad intraprendere un sindacato differente, che nulla ha a che vedere con la discrezionalità tecnica perché, nell'ambito delle scienze non esatte, il principio della ragionevolezza cambia veste, richiede nuovi parametri.

6. Segue: i mezzi garantiscono il risultato della programmazione e anch'essi sono sindacabili

62 A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico*, 2004.

63 Cfr., per esempio, Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156; Id., sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, dove l'inesattezza della scienza economica e medica e, di conseguenza, l'impossibilità di fornire un quadro univoco di soluzioni, divengono presupposto per escludere il sindacato.

64 Cfr. già Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, riguardante questione medico-legale volta a stabilire se lo stress lavorativo potesse essere causa di un infarto per un magistrato con fattori di rischio. Il giudice amministrativo ha escluso che la questione medica rientrasse nel merito amministrativo, ritenendo che l'apprezzamento del giudice potesse sostituirsi a quello dell'amministrazione quando la soluzione dell'amministrazione in concreto risulti inattendibile "per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo". Si veda anche, Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, dove, il Giudice amministrativo, nei confronti di "valutazioni complesse, rimesse in prima battuta all'Autorità garante", ha ritenuto di poter verificare l'analisi economica da questa compiuta, rivalutando sia le scelte tecniche che la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta dedotta in giudizio.

Ora, è evidente che una macchina da corsa, per vincere, non necessita soltanto di un eccellente pilota, assumendo pari rilevanza l'automobile, i materiali, la tecnologia impiegata.

Se l'organizzazione amministrativa è inefficiente, corrotta, senza risorse adeguate, l'attività procedimentale ed il provvedimento finale non saranno in grado di attuare e garantire diritti e libertà fondamentali⁶⁵.

Valutazioni esclusivamente basate sulla *performance* possono rivelarsi inutili, quando l'obiettivo non è concretamente predeterminato, e distorsive, quando la *performance* diviene il fine dell'attività posta in essere: l'attività di controllo non garantisce la realizzazione dei fini ma la premialità del dipendente⁶⁶.

Programmazione e conseguente investimento di mezzi (economici e umani) acquisisce particolare rilevanza proprio nella predisposizione delle unità organizzative e singoli uffici, nonché nella ripartizione dei compiti. E' in tale momento che le forme di corruzione trovano maggiore fertilità e la sola legittimità provvedimentale non è in grado di assicurare quel livello di qualità della vita che il legislatore si impegna a garantire nel rispetto del Testo costituzionale.

L'efficacia dell'azione amministrativa, l'attività di conoscenza e di preparazione dell'amministrazione, divengono elemento autonomo che non va più a fondersi e a perdersi nell'espletamento del procedimento e nei vizi di legittimità del provvedimento.

Come osservato, può parlarsi di discrezionalità organizzativa che consiste “in scelte di mezzi per raggiungere obiettivi dati. Nel caso, cioè, l'ambito della

65 Molte le forme di controllo introdotte per tentare di arginare inefficienza e corruzione: dalla procedimentalizzazione dell'agire al controllo della magistratura contabile, dal controllo di gestione a quello degli esiti dell'azione amministrativa senza, però, aver mai introdotto oggettivi parametri di confronto e lasciando le valutazioni alla stessa politica che influisce sull'organizzazione.

66 Si veda più ampiamente nei paragrafi successivi dove si cercherà di evidenziare come l'amministrazione di risultato abbia spesso significato l'adempimento di molteplici obblighi formali, quali l'adozione di appositi piani o programmi o direttive o altre forme di programmazione su molteplici aspetti, che hanno inciso sull'organizzazione ma non sull'attuazione di un ben determinato livello di qualità della vita. Gli atti di programmazione, infatti, rispondono a sole esigenze formali e spesso si identificano in obiettivi estremamente generici. D'altra parte non potrebbe essere altrimenti poiché le prime direttive generiche sono quelle impartite dai singoli Ministri e dal Governo.

discrezionalità sarà limitato alla scelta delle diverse possibili modalità organizzative con le quali si possono realizzare i diritti in questione, restando escluse scelte contrastanti con il perseguimento di tale obiettivo. L'attività amministrativa che eventualmente violi un obbligo del genere può essere considerata lesiva di un diritto"⁶⁷.

Si offre così la possibilità al giudice di valutare le scelte di organizzazione utilizzando i principi di idoneità, necessità e proporzionalità rispetto al raggiungimento dell'obiettivo programmato prima in sede politica e poi dettagliato in sede amministrativa. Le scelte organizzative devono garantire la realizzazione dei diritti a prestazioni altrimenti sono illegittime ed annullabili perché tali da ledere i diritti costituzionali delle singole persone.

Lo spunto è offerto dalla disciplina sull'*in house*. La scelta dell'affidamento *in house* in nome del principio di autorganizzazione può ritenersi irragionevole e lesiva del principio della concorrenza di mercato perché l'eccesso di potere diviene idoneo a valutare la scelta amministrativa senza sconfinare nel merito⁶⁸.

7. Segue: discrezionalità organizzativa e legittimo affidamento

Altro principio che rileva e richiede tutela nei confronti della discrezionalità organizzativa è il principio del legittimo affidamento.

67 M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 560 ss., dove, ripercorrendo il lavoro di D. Sorace, si afferma: "Illuminare lo spazio in penombra dei doveri organizzativi significa perciò, reciprocamente, porre il problema delle pretese all'organizzazione amministrativa da parte delle persone, titolari di interessi protetti dall'ordinamento in astratto, ma che dell'organizzazione abbisognano in concreto per essere garantiti. D. SORACE, *Diritto*, cit., 328, definisce la discrezionalità amministrativa come il potere di assumere un "insieme di scelte" tra le quali, "quale e quanto personale impiegare, insieme a quali e quanti mezzi materiali; come approvvigionarsene, se necessario; secondo quale disegno aggregarli in diversi apparati". Si veda già D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce "Atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 745, spec. 762.

68 G. CORSO, *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1993), Milano, 1995, 44, secondo il quale l'adeguatezza delle scelte organizzative alla diversità e peculiarità delle situazioni, essenziale per la scelta di mezzi di volta in volta proporzionati ai fini, s'impone alla luce del principio costituzionale di buon andamento.

I cittadini sviluppano un affidamento nei confronti dell'organizzazione e delle prestazioni erogate dall'amministrazione e tale affidamento può ritenersi leso qualora intervengano improvvise e irragionevoli modifiche organizzative che incidono negativamente su prestazioni e servizi⁶⁹.

Se esigenze dettate da efficienza economica hanno visto negli algoritmi e nell'automazione del processo decisionale della PA la soluzione ottimale⁷⁰, nella convinzione che la soluzione più idonea fosse rimuovere o ridurre la discrezio-

69 Significativa è la pronuncia del TAR Molise, sez. I, 22 maggio 2018, n. 306 (recepisce Cons. Stato, sez. III, ordinanza 13 ottobre 2017, n. 4477) dove si afferma che se “la scelta di rimodulare la rete dei laboratori di analisi e le concrete modalità attuative prescelte a fini di ottimizzazione [...] sono caratterizzate da ampia discrezionalità organizzativa”, “la discrezionalità tuttavia deve necessariamente essere esercitata secondo ragionevolezza” e si evidenzia “la necessità di un periodo transitorio di adeguamento dell'assetto esistente al nuovo modello” in attuazione del principio di proporzionalità che impone di temperare “le aspettative degli operatori maturate alla luce del previgente assetto organizzativo con le finalità di ottimizzazione ed economicità del servizio sottese nel nuovo modello organizzativo approvato”. Si veda anche TAR Lombardia-Milano, sez. III, 26 aprile 2016, n. 811, che ha annullato la deliberazione della giunta comunale che aveva disposto la soppressione dell'ufficio legale comunale, perché “viene in sostanza a negare la necessità e l'opportunità stessa dell'esistenza di un settore/servizio legale all'interno del Comune, ponendosi in evidente contrasto con la precedente organizzazione”.

70 L'inefficienza dei differenti controlli ha consigliato nuove forme di supervisione, cercando di porre in essere controlli sempre più penetranti per garantire la riduzione delle occasioni di corruzione. La soluzione è stata individuata nella riduzione dell'intervento del pubblico, attraverso liberalizzazioni e privatizzazioni nella convinzione che il mercato e le regole della libera concorrenza coincidano con gestione efficiente. Si è poi cercato di ridurre lo spazio di azione lasciato all'amministrazione mediante l'agire informatizzato. Informatizzazione come strumento di attuazione dei principi costituzionali del buon andamento e imparzialità. Gli artt. 41 e 50, d.lgs. n. 82/2005 (Codice dell'amministrazione digitale - CAD), così come l'art. 3-bis, l. n. 241/1990, incentivano l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella gestione dei procedimenti amministrativi, consentendo la fruizione e la riutilizzazione dei relativi dati raccolti dall'amministrazione, al fine di assicurare, ex art. 12 CAD, “la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione, nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese di cui al presente Codice in conformità con gli obiettivi indicati nel Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione”. Lo stesso Consiglio di Stato, con le sentenze del 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474, ha riconosciuto nell'algoritmo uno strumento procedimentale istruttorio, lecito purché pienamente conoscibile e utile anche per assumere scelte discrezionali, che vanno prese assicurando l'intervento umano. Cfr. già A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1997 Agg., vol. I, 221: “Nella scienza informatica il programma è descritto come l'insieme ordinato in sequenza di tutte le regole precise, inequivoche, analitiche, generali ed astratte formulate ex ante (cioè prima che si presentino concrete questioni da risolvere e senza riferimento specifico ad esse) la cui applicazione porta al risultato conseguito. Esso ha a fondamento un algoritmo ovvero l'enunciazione rigorosa delle operazioni logiche e di calcolo da eseguirsi su determinati dati, la cui successione conduce al raggiungimento di un determinato risultato”. I. MARTIN DELGATO, *La riforma dell'amministrazione digitale: Un'opportunità per ripensare la pubblica Amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA

nalità con la meccanizzazione, pare che un controllo di conformità, non limitato alla sola legittimità ed efficienza economica⁷¹, bensì di raggiungimento degli obiettivi di programmazione, quale risultato per l'attuazione del buon livello di vita possibile per il popolo, possa rappresentare un parametro oggettivo idoneo a tutelare la corretta attuazione del Testo costituzionale⁷².

Tale considerazione impone, però, l'abbandono del formalismo e genericità che spesso caratterizzano gli obiettivi formulati per i dipendenti pubblici, riconducibili in un aggravio di burocratizzazione perché consistenti in meri adempimenti formali (obblighi di pubblicazione, relazioni, redazione di programmi generici, riunioni).

La responsabilità dirigenziale, come disciplinata all'art. 21, co. 1, d.lgs. n. 165/2001, è ricondotta al mancato conseguimento di obiettivi genericamente individuati, prescindendo dai risultati sostanziali conseguiti che magari, seppure rispettosi di ogni adempimento prescritto, sono negativi.

(a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, vol. IV, Firenze, 2017, 146; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, 2019; C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista Aic*, n. 3, 2020; N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in www.federalismi.it, 15 aprile 2020; I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5, 2018, 647 ss.; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in www.rivistaaic.it, 2018; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018.

71 Come ben evidenziato da E. D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione «performante»: storia di paradossi in tema di pubblico impiego*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2018, 488: «La nozione di «performance» è tanto efficace quanto fuorviante: è efficace perché identifica esattamente l'oggetto delle attività di misurazione e valutazione; è fuorviante perché induce a ritenere che la «performance» stessa (o, meglio, la sua premiazione) sia anche il fine delle predette attività».

72 D. SORACE, *Diritto*, cit., osserva che «l'ambito delle possibili scelte discrezionali è delimitato non solo da divieti ma anche da doveri positivi» che consistono nella finalizzazione delle scelte organizzative alla piena realizzazione dei diritti a prestazioni, per precisare a p. 339: «nei casi in cui dall'ordinamento (anche eventualmente in conseguenza di precedenti decisioni operate nell'esercizio di poteri discrezionali amministrativi) risultino dei diritti sociali consistenti in veri e propri diritti a prestazioni da parte di amministrazioni, l'ambito delle scelte discrezionali di queste ultime è limitato a quelle funzionali alla loro realizzazione. In tali casi, cioè, non soltanto non sarebbero ammissibili decisioni dirette a contraddire tali diritti ma neppure scelte che si ponessero un obiettivo diverso, per quanto di per sé non censurabile, da quello della loro realizzazione».

Riferendoci alla Costituzione, l'art. 54, al co. 1, sancisce il dovere di tutti i cittadini di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi, per poi specificare al co. 2, che i “cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche”, devono altresì osservare il dovere “di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge”.

Emerge qui la nozione di dovere d'ufficio, avente quindi rango costituzionale, e intesa quale comportamento a cui il funzionario pubblico è tenuto in ragione dell'ufficio pubblico che ricopre, distinto ed autonomo rispetto alla procedimentalizzazione dell'attività che estrinseca l'esercizio del potere⁷³.

Come autorevolmente affermato il contenuto del dovere d'ufficio non si identifica con l'esercizio del potere, ma ricomprende tutta l'attività precedente, “che assume giuridico rilievo anche quando il potere non venga realizzato” e che “ha però una funzione propulsiva, se così può dirsi, rispetto all'atto di esercizio”⁷⁴.

Se, quindi, il dovere d'ufficio si colloca nel momento dell'agire per l'esercizio del potere, si potrebbe affermare il rilievo autonomo dell'organizzazione amministrativa quale predisposizione di mezzi e risorse per adempiere all'esercizio del potere, ovvero capacità di predisposizione di apparato adeguato ed efficiente per realizzare il potere esplicitato dalla programmazione.

L'organizzazione deve essere ‘modellata’ sugli interessi che concretamente deve curare, “il sistema degli interessi (dai più generali – e politici – a quelli settoriali e di raggio ancora più ristretto) ... esprime la sua massima ed imme-

73 Cfr. S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 4/2017, 861 ss. L'A. ritiene che dalla disposizione costituzionale discenda normativa alternativa alla legge sul procedimento e riferita al comportamento (882) e, nel successivo lavoro, S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 37, specifica ulteriormente che vi è una doverosità che anticipa l'agire amministrativo e ne costituisce il presupposto: essa è data dal dovere d'ufficio, espressione della forza dinamica che scaturisce dall'ufficio pubblico in quanto soggettività tributaria di competenze il cui esercizio è imposto al funzionario che agisce per l'amministrazione.

74 F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 86.

diata validità (vigenza) nel pretendere una ‘propria’ organizzazione, un’organizzazione che sia idonea a concretarli e ad attuarli”⁷⁵.

L’attività di organizzazione deve, pertanto, essere appropriata all’azione, ai suoi metodi e fini, con la conseguenza che la stessa può considerarsi “un inizio della stessa azione sostanziale” o meglio “un’attività di guida e di indirizzo di questa azione”⁷⁶.

Il potere d’organizzazione, “funzionalmente dipendente ed accessorio rispetto al potere di indirizzo”⁷⁷ e connaturato al potere di indirizzo politico-amministrativo⁷⁸, si insinua tra l’attività politica di programmazione, che consegna alla PA il dovere “generico e fondamentale, avente a contenuto il perseguimento degli scopi assegnati” ed i “doveri giuridici specifici” finalizzati alla realizzazione del “concreto oggetto dell’ufficio”⁷⁹.

8. L’effettiva tutela dei diritti fondamentali sulla scia del solco creato dall’orientamento giurisprudenziale imposto per gli appalti pubblici. L’etica quale ausilio per estendere il controllo della discrezionalità

Sempre prendendo spunto dal diritto dell’Unione europea e dall’evoluzione giurisprudenziale che ha concretizzato l’effettiva applicazione dei suoi precetti, il punto cruciale e imprescindibile pare essere quello di dotare l’organo giurisdizionale di adeguati strumenti per garantire la tutela dei diritti individuali risultanti dall’ordinamento giuridico europeo⁸⁰.

75 M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 117- 118.

76 M. NIGRO, *L’azione dei pubblici poteri*, in *Manuale di Diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1991, spec. 706.

77 M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 152.

78 Così A. MALTONI, *Organizzazioni pubbliche, organizzazioni private ed esercizio di funzioni amministrative. modifiche etero-imposte all’assetto organizzativo di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici essenziali*, in *Scritti per F.G. SCOCA*, Napoli, 2020, vol. IV, 3265.

79 F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, cit., 87: “il dovere cui si riferisce tale insegnamento è quello, generico e fondamentale, avente a contenuto il perseguimento degli scopi assegnati alla amministrazione pubblica: mentre se si ha riguardo a una realtà determinata, cioè ad un concreto oggetto dell’ufficio, l’esercizio del potere (mero strumento di realizzazione degli scopi anzidetti) è a propria volta assicurato dalla legge mediante la imposizione di doveri giuridici specifici”.

80 Per esempio, Corte Giust. Ue, Sez. V, 11 dicembre 2014, causa C-440/13, *Croce Amica One Italia S.r.l. c. Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU) e Governo italiano*. F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione*, cit.: “Il modello istituzionale suggerito per ovviare alla corruzione è, nella sostanza, quello previsto per il ‘ritorno alla virtù’ inaugurato da

Così, in tema di autotutela, si è espressamente riconosciuto che il diritto europeo non osta a che gli Stati membri prevedano, nella loro legislazione, la possibilità di adottare una decisione di revoca di un bando di gara fondata su ragioni correlate in particolare alla valutazione dell'opportunità, dal punto di vista dell'interesse pubblico, di condurre a termine una procedura di aggiudicazione, tenuto conto, fra l'altro, dell'eventuale modifica del contesto economico, dal livello insufficiente di concorrenza o delle circostanze di fatto o, ancora, delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice interessata.

Si è, però, precisato che l'organo giurisdizionale, anche nel caso in cui le autorità aggiudicatrici godano, in forza della normativa nazionale applicabile, di un'ampia discrezionalità per quanto concerne la revoca del bando di gara, deve poter verificare la compatibilità di una decisione di revoca con le norme del diritto dell'Unione pertinenti, eventualmente accordando ai giudici poteri più estesi, funzionali all'esercizio di un controllo in materia di opportunità⁸¹.

L'autotutela amministrativa, infatti, se fosse lasciata alla piena discrezionalità della stazione appaltante, potrebbe anche essere utilizzata per finalità contrastanti con la disciplina sui pubblici appalti, per motivazioni diverse da quelle economiche, e tali da consentire discriminazioni tra le imprese, come nell'ipotesi in cui la revoca dell'aggiudicazione fosse utilizzata per favorire altro concorrente non aggiudicatario.

Saint Just nei suoi 'Frammenti delle istituzioni repubblicane' e poi, come è noto, applicato e complicato da altri 'rivoluzionari' nel secolo XX: 'le istituzioni costituiscono per il governo di un popolo libero la garanzia contro la corruzione dei costumi e per il popolo e i cittadini la garanzia contro la corruzione del governo. Bisogna di conseguenza concepire l'idea di incatenare il delitto mediante le istituzioni e di far praticare a tutti la giustizia e la probità'. E se, non lo fanno, con sanzioni, fino alla sanzione ultima della ghigliottina. Qual è nel nostro caso l'istituzione che dovrebbe "incatenare il delitto"? Un piano triennale anticorruzione ... previsto in apertura della legge n. 190 per tutte le pubbliche amministrazioni. Ma si può pianificare la virtù? Ma, al di là del nome, la legge anticorruzione non pretende di pianificare la virtù amministrativa (...)'".

81 Cfr. Corte Giust. Ue, 18 giugno 2002, causa C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs c. Stadt Wien*, dove si afferma: "La realizzazione integrale dell'obiettivo perseguito dalla Direttiva 89/665 sarebbe compromesso se si consentisse alle autorità aggiudicatrici di procedere alla revoca di un bando di gara per un appalto pubblico di servizi senza assoggettarle a procedure di controllo giurisdizionale volte a garantire sotto ogni profilo l'effettivo rispetto sia delle direttive che stabiliscono le norme sostanziali relative agli appalti pubblici, sia dei principi su cui si basano". Si cfr. anche Id., 2 giugno 2005, causa C-15/04, *Koppensteiner*.

Proprio al fine di tutelare l'attuazione dei diritti e principi europei, l'autotutela deve essere soggetta a sindacato e, anche nell'ipotesi in cui sia stata legittimamente esercitata, potrebbe comunque comportare responsabilità precontrattuale per lesione dell'affidamento.

L'approccio funzionale/finalistico che guida la giurisprudenza della Corte di Giustizia e impone di interpretare il diritto europeo alla luce dei principi, anche giurisprudenziali, che lo ispirano, può guidare il sindacato dell'atto politico e la consacrazione della responsabilità dell'organo politico, oltrechè amministrativo, nei confronti del popolo sovrano.

Molti sono i principi che possono essere di aiuto.

I principi dell'etica possono rappresentare lo strumento per modificare la cultura della politica e dell'attività amministrativa.

Principi quali competenza, imparzialità, disinteresse, lealtà e, nei confronti della PA, neutralità politica e adempimento alle prescrizioni, possono divenire parametri seri e oggettivi di valutazione.

I principi dell'azione amministrativa, tutti di discendenza costituzionale o di derivazione europea, quali vere e proprie regole di corretta amministrazione intesa in senso lato (attuazione e concretizzazione dei diritti e libertà fondamentali garantendo il migliore livello di vita possibile), non si limitano ad ampliare il sindacato di legittimità ma, come osservato, possono coincidere o ampliare i principi dell'etica pubblica, che pongono attenzione anche alla qualità del rapporto amministrazione/cittadino e attengono altresì al concreto funzionamento dei servizi (per esempio garantire servizi di trasporto nelle città adeguati all'utenza, treni decorosi, sistema sanitario di qualità, etc.)⁸².

Proprio tali principi, correttamente elaborati, insieme alla programmazione, potranno aprire spazio a responsabilità e controllo, riducendo l'arbitrio che

82 V. CERULLI. IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica nella disciplina delle funzioni amministrative*, in *astrid-online.it*, 8. Sui servizi pubblici economici si cfr. E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010.

ancora caratterizza l'esercizio della politica e l'ampio ambito del merito che connota gli atti amministrativi generali⁸³.

Infine, il principio di responsabilità, che accomuna tutte le istituzioni, potrebbe essere la soluzione per garantire l'impegno ad operare per il perseguimento di obiettivi comuni, al fine di realizzare al meglio i diritti e le condizioni di vita personali e collettive previste dall'ordinamento.

Corruzione e inefficacia del Testo costituzionale non operano sullo stesso piano: il pubblico dipendente può non essere corrotto ma violare il principio dell'etica pubblica oppure essere inadeguato per il lavoro assegnato. L'efficace attuazione dei diritti fondamentali impone buon andamento dell'amministrazione nel suo complesso e correttezza dei rapporti tra amministrazione e cittadini.

Ovviamente perché l'etica pubblica assuma il ruolo di strumento di controllo occorre, in primo luogo, intervenga un insieme di precisi interventi legislativi, capaci di programmare chiaramente l'attività amministrativa e una conseguente valida capacità organizzativa interna alle singole amministrazioni⁸⁴.

Non è sufficiente il rispetto delle norme per assicurare la legittimità dell'azione amministrativa. Se la PA opera al servizio dei cittadini e, di conseguenza, la sua azione non può mai essere libera, occorre che i principi che presidono l'esercizio del potere consentano di andare oltre il vizio di illegittimità per valutare il comportamento e verificare la cura degli interessi specificamente

83 Cfr. Corte Cost. sentenza 15 dicembre 1988, n. 1146, punto 2.1 in diritto, dove, al fine di legittimare la propria competenza a sindacare anche le leggi costituzionali rispetto a tali principi fondamentali, è precisato: "La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana". Per riferimenti bibliografici e giurisprudenziali si rimanda a M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, Torino, 1996, 253.

84 La Costituzione impone al legislatore di organizzare i pubblici uffici, in modo da assicurarne il buon andamento, oltre che l'imparzialità dell'azione.

ad essa attribuiti: interessi che in una realtà complessa come la nostra sono spesso plurimi, a volte tra loro confliggenti, di natura pubblica, collettiva, privata⁸⁵.

L'etica pubblica può ricomprendere quel complesso di situazioni che disattendono prescrizioni e principi che disciplinano l'attività dei funzionari pubblici, politici e amministrativi; si deve prescindere dall'identificare l'etica con la morale ma oggettivizzarla per rendere responsabile il comportamento posto in essere.

9. Programmazione politica, programmazione amministrativa

Il D.lgs. n. 29 del 1993, avente ad oggetto “Razionalizzazione delle organizzazioni delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego”, novellato nel 1998 e poi confluito nel D.lgs. n. 165 del 2001, come s.m., pare consentire differenti interpretazioni e applicazioni maggiormente conformi a Costituzione⁸⁶.

Preme subito richiamare la pronuncia della Corte Costituzionale n. 81 del 2012, dove si sottolinea che: “gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto. Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costitui-

85 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica nella disciplina delle funzioni amministrative*, in *www.aspid.eu*, 2: “L'etica pubblica definisce il corretto agire dei pubblici agenti al servizio della collettività, in tutta la sua pienezza, del rispetto della legge sino alla soddisfazione ultima degli interessi protetti, delle giuste aspirazioni dei cittadini utenti, nel rispetto della loro dignità”.

86 R. SANTUCCI, *La valutazione dei dirigenti*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, fasc.1-2, 2016, 63, evidenzia come con il d.lgs. n. 165 del 2001, successivamente modificato, si sia finalmente decretata a livello normativo la separazione tra le funzioni e le competenze di organi politici e burocratici ma, questa distinzione, sebbene teoricamente proclamata, si scontra con ostacoli pratici che ne impediscono la realizzazione.

sce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate»⁸⁷.

La Corte nega l'assunto, fondato sull'art. 7, co. 1, ultimo periodo, c.p.a., che vorrebbe aree sottratte al sindacato giurisdizionale in quanto espressive di "attività politica".

La tesi, che nasce con l'art. 31 R.D. n. 1054 del 1924⁸⁸, deve intendersi oggi più labile e sfumata dovendosi riconoscere funzione di discrezionalità essenzialmente politica ad ogni organo costituzionale e la primazia del diritto europeo. E, come sottolinea la Corte Costituzionale, proprio i vincoli posti da norme giuridiche segnano i confini o indirizzano l'esercizio dell'attività discrezionale politica.

Il potere politico da variante sociologica, non formale, del potere pubblico, diviene funzione sottoposta al principio di legalità, quale declinazione del principio dello stato di diritto in un ordinamento costituzionale e democratico⁸⁹.

La stessa Corte EDU ha evidenziato che in una società democratica non è conforme "allo stato di diritto o al principio fondamentale espresso nell'articolo 6 § 1 – cioè che si possono sottoporre le cause civili a un giudice perché le giudichi – che, per esempio, uno Stato possa sottrarre alla giurisdizione del giudice nazionale un'intera serie di cause di natura civile o conferire immunità dal-

87 Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 81. Sull'atto politico, cfr. G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329 ss. Cfr. altresì le rassegne di giurisprudenza di M. DELSIGNORE, *sub art. 31 r.d. n. 1054/1924*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. ROMANO E R. VILLATA, Padova, 2009, 1484 ss.; F. CORVAJA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti politici*, in AA.VV., *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, a cura di P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI, Torino, 2012, 74 ss.

88 "Il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico".

89 F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in A.S. AGRÒ, F. MODUGNO, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1991, 247 ss.; M. DOGLIANI, *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la «sdrammatizzazione» del diritto costituzionale*, in *Le Regioni*, 1990, 783 ss.; N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui «principi supremi» di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 1891 ss.; F.P. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, V, 155 ss.

la responsabilità civile a vasti gruppi o categorie di persone, senza riserva o controllo da parte degli organi preposti all'esecuzione della Convenzione”⁹⁰.

Con successiva pronuncia del 2006 si è, però, constatato che diritto interno e trattati internazionali non permettono di constatare l'esistenza di un “diritto” al risarcimento fondato sulla responsabilità dello Stato⁹¹.

Tuttavia, la stessa Corte osserva come sia agevole osservare che “l'insindacabilità delle modalità di svolgimento delle attività di suprema direzione della cosa pubblica non è di ostacolo all'accertamento degli eventuali reati commessi nel corso del loro esercizio e delle conseguenti responsabilità, sia sul piano penale che su quello civile (articoli 90 e 96 Costituzione; articolo 15, legge cost. 11 marzo 1953 n.1; articolo 30 legge 25 gennaio 1962, n. 20); dall'altro che, in forza del principio di adattamento sancito dall'articolo 10, primo comma, della nostra Carta costituzionale, le norme di diritto internazionale ‘generalmente riconosciute’ che tutelano la libertà e la dignità della persona umana come valori fondamentali e configurano come ‘crimini internazionali’ i comportamenti che più gravemente attentano all'integrità di tali valori, sono divenute ‘automaticamente’ parte integrante del nostro ordinamento e sono, pertanto, pienamente idonee ad assumere il ruolo di parametro dell'ingiustizia del danno causato da un ‘fatto’ doloso o colposo altrui”⁹².

L'impianto costituzionale devolve alla legge l'attuazione di diritti e libertà fondamentali nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, professionalità, indipendenza e prevede, all'art. 28, la responsabilità dei funzionari nonché l'accesso alla tutela giurisdizionale agli artt. 23, 111, 113⁹³.

90 Corte EDU, sentenza 21 settembre 1994, *Fayed c. Regno Unito* pagg. 49-50, par. 65.

91 Corte EDU, sentenza, 14 dicembre 2006, n. 1398, *Markovic c. Italia*.

92 Corte EDU, sentenza, 14 dicembre 2006, n. 1398, cit.

93 S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 4/2017, 861 ss., osserva che il dovere d'ufficio diviene categoria dalla quale non si può prescindere per ricondurre a sistema alcune rilevanti novità che emergono a livello giurisprudenziale sul tema della responsabilità della p.a. nei confronti del cittadino. Cfr. anche S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, I.

La normativa ha previsto nei confronti degli organi costituzionali, oltrechè delle pubbliche amministrazioni, un dovere d'ufficio, esplicitato con l'obbligazione di redigere un piano sufficientemente preciso e dettagliato, la cui mancata adozione è da qualificare come inadempimento⁹⁴; l'eventuale omissione di tale obbligo o, come ormai usuale, un piano generico e ripetitivo delle funzioni attribuite, comportano inadempimento normativo e l'atto politico è illegittimo poiché contrario al principio di legalità⁹⁵.

Come evidenziato nei confronti dell'attività amministrativa, "la programmazione stabilisce l'an della scelta discrezionale, ossia se l'intervento sulla base di quei bisogni che emergono dalla istruttoria e sono il frutto della ponderazione fra i vari interessi debba o non debba essere realizzato. Inoltre, l'atto programmatico può disporre un ordine di priorità degli interventi da realizzare, come nel caso delle opere pubbliche, per cui in linea di massima, stabilisce anche il 'quando' della decisione. Se 'an' e 'quando' sono predeterminati dal lato programmatico rimangono alla scelta puntuale gli altri aspetti relativi al 'quomodo' ossia al come realizzare l'intervento che spesso si traduce nella individuazione del migliore strumento attuativo ma che può considerarsi aspetto secondario del processo decisionale. Se la programmazione assume i connotati

94 Cfr. A. ZITO *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, in *PA Persona e amministrazione*, 2020, n. 2.

95 A. ZITO *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*, cit., osserva, con riferimento all'inadempimento da parte dell'amministrazione: "siamo di fronte ad obbligazioni i cui inadempimenti sono particolarmente gravi perchè in entrambi i casi si vanifica l'intero sistema della *performance*. Anzi si deve sottolineare come l'inadempimento del secondo tipo rischi di essere nella sostanza più grave del primo perchè cela un fenomeno elusivo della normativa, atteso che il piano della *performance* risulterebbe tale nella forma, ma non nella sostanza, e dunque qualsiasi misurazione e/o valutazione della stessa sia in termini individuali sia in termini di unità organizzativa sia in termini di organizzazione intesa nel suo complesso sarebbe necessariamente inattendibile. La situazione è dunque tutt'altro che soddisfacente perchè oggi la possibilità di censurare la violazione dell'obbligo di indicare nel piano obiettivi precisi e puntuali è affidata in buona sostanza al soggetto che, ritenendosi leso dalla valutazione negativa della sua *performance* individuale, la contesti dinanzi al giudice alla luce della genericità degli obiettivi strategici ed operativi contenuti del piano o è affidata, a tutto concedere, ad una non facile *class action*". Lo stesso A. richiama poi una recente pronuncia del TAR Lazio, sez. III, n. 3023/2020, dove il giudice amministrativo accoglie il ricorso per l'annullamento della scheda di valutazione del dipendente per carenza di indicazioni puntuali rispetto agli obiettivi strategici ed operativi.

appena indicati, allora la successiva attività dovrà essere valutata in termini di violazione o meno dell'atto programmatico, anche in chiave di buon andamento, efficacia e efficienza, principi che oramai si possono considerare parametri di valutazione della legittimità dell'azione, in quanto codificati. Nella decisione attuativa, infatti, vi è ben poco del merito amministrativo”⁹⁶.

Certamente anche la programmazione è soggetta a modifiche dettate dall'emergenza, ma si tratterebbe di un evento eccezionale, situazione ben differente dalla prassi che ha caratterizzato gli ultimi anni dove la legislazione dell'emergenza pare lo strumento per governare senza stabilire previamente alcun programma/obiettivo⁹⁷. Il principio generale impone che la programmazione sia dotata di stabilità e che sia idonea ad ingenerare un legittimo affidamento.

Con riferimento agli atti amministrativi⁹⁸ tali affermazioni sono ormai condivise in dottrina e giurisprudenza⁹⁹, comportando la violazione o elusione della programmazione vizio di legittimità del provvedimento amministrativo adottato¹⁰⁰.

Interessante notare come la programmazione incida anche sul dovere d'ufficio poiché, in caso di omissione dell'atto puntuale richiesto dalla programmazione, l'amministrazione viene meno al dovere imposto dalla program-

96 R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *aipda.it*, relazione convegno 2017.

97 L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, Rubettino editore, 2021, *passim*.

98 Ad esempio programmazione delle opere pubbliche con intervento proposto del privato, inserito nel programma e poi rimosso.

99 Si rinvia a M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 79; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 7 giugno 2007, n. 1637; Tar Liguria, sez. II, 25 marzo 2009, n. 438; Tar Campania, Napoli, sez. I, 3 novembre 2015, n. 5096.

100 Afferma R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, cit.: “In presenza di una programmazione, il cui carattere peculiare sia quello della precettività, l'atto in violazione è atto da illegittimo e non inopportuno: non si tratta più di merito amministrativo ma di esercizio di quel che residua del potere discrezionale che già si è manifestato nelle scelte dell'atto programmatico”.

mazione¹⁰¹ e il privato potrà ricorrere all'istituto del silenzio inadempimento e conseguente risarcimento del danno da ritardo¹⁰².

La giurisprudenza soccorre anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione adotti un provvedimento in assenza di previa obbligatoria programmazione¹⁰³ e il d. lgs. n. 165/2001 e s.m., all'art. 6, co 6, afferma che "la mancata adozione di una programmazione triennale del fabbisogno di personale impedisce di assumere nuovo personale, compreso quello appartenente alle categorie protette", facendo ritenere si possa affermare che si tratti di ipotesi di carenza di potere, mancando l'individuazione dell'interesse pubblico concreto¹⁰⁴.

101 Consiglio di Stato, sez. IV, 24 agosto 2016, n. 3684, dove, con riferimento alle zone bianche (non pianificate per decadenza del vincolo espropriativo), il giudice amministrativo ha affermato che "l'amministrazione comunale deve esercitare la discrezionale propria potestà urbanistica, attribuendo agli stessi una congrua destinazione".

102 Cfr. Corte Cost., 17 luglio 2002, n. 355, dove si ribadisce l'applicabilità dell'art. 2, legge n. 241/1990 anche ai procedimenti di pianificazione e di programmazione: "Nella specie, il dovere della amministrazione comunale di dotarsi del piano generale degli impianti pubblicitari è divenuto operante nel momento in cui è stato approvato il regolamento di cui all'art. 3 del decreto legislativo n. 507 del 1993; né risulta che l'amministrazione, avvalendosi del potere attribuito dal richiamato art. 2 della legge n. 241 del 1990, abbia stabilito il termine entro il quale dovesse essere adottato il piano degli impianti concernente anche la cosiddetta pubblicità ferroviaria, vale a dire quella che si effettua in ambito ferroviario mediante l'installazione di impianti pubblicitari visibili dalla pubblica via. È quindi applicabile il terzo comma dell'articolo 2 della legge n. 241 del 1990, che in via suppletiva pone a carico della pubblica amministrazione l'obbligo di concludere il procedimento entro trenta giorni, trascorsi i quali la medesima pubblica amministrazione è inadempiente. Questa Corte, attenendosi peraltro alla chiara lettera della legge n. 241 del 1990, ha già affermato che il termine di trenta giorni, stabilito in via suppletiva e in una misura tale da sollecitare l'amministrazione a provvedere, riguarda ogni tipo di procedimento, sia ad iniziativa d'ufficio che di parte, 'a prescindere dall'efficacia ampliativa o restrittiva della sfera giuridica dei destinatari dell'atto' (sentenza n. 262 del 1997). Nella stessa sentenza ha altresì precisato che la mancata osservanza del termine a provvedere non comporta la decadenza dal potere, ma vale a connotare in termini di illegittimità il comportamento della pubblica amministrazione, nei confronti del quale i soggetti interessati alla conclusione del procedimento possono insorgere utilizzando, per la tutela della propria situazione soggettiva, tutti i rimedi che l'ordinamento appresta in via generale in simili ipotesi (dal risarcimento del danno all'esecuzione del giudicato che abbia accertato l'inadempienza della pubblica amministrazione)".

103 Cfr. R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, cit. il quale richiama altresì Tar Lazio, Latina, sez. I, 05 maggio 2009, n. 399, dove si afferma che l'adozione del "Piano di utilizzazione degli arenili" costituisce da parte della Regione un vero e proprio obbligo giuridico e non una semplice facoltà.

104 Cfr. Cass. civ., sez. lav., 30 dicembre 2021, n. 42004; Id., sez. lav., 26 maggio 2020, n. 9785: "Il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 5, seppure tradizionalmente ricondotto al principio sancito dall'art. 97 Cost., comma 4, si ricollega anche alla necessità di assicurare il buon andamento della Pubblica Amministrazione, che sarebbe pregiudicato qualora si consentisse l'immissione stabile nei ruoli a prescindere dall'effettivo fabbisogno del personale e dalla previa

Come più sopra sottolineato, lo strumento della *class action* potrebbe trovare maggiore spazio di applicazione proprio sull'omissione della programmazione¹⁰⁵ o sulla sua inadeguata adozione al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione¹⁰⁶.

10. L'affidamento

La Corte dei conti ha precisato che la mancata adozione degli atti programmatori da parte del comune determina in capo alle amministrazioni inadempienti (oltre che il divieto di assunzione perché i documenti programmatici sono condizioni necessarie per esercitare le facoltà assunzionali) ricadute in termini di responsabilità amministrativa, disciplinare ed erariale poichè tale inadempimento viola norme imperative¹⁰⁷.

Si può, però, anche valutare se l'affidamento ingenerato nei cittadini sia tale da poter essere tutelato con il principio dell'affidamento e dar luogo a responsabilità civile¹⁰⁸.

Secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di autotutela, la garanzia dell'affidamento ha assunto portata generale come principio che opera nei confronti dell'esercizio del potere, a prescindere dalla sussistenza di un vizio di legittimità e non è ricondotto a particolari casi concreti o a specifiche disposizioni normative¹⁰⁹.

programmazione delle assunzioni, indispensabili per garantire efficienza ed economicità della gestione dell'ente pubblico. La regola iuris dettata dal legislatore ordinario, pertanto, non ammette eccezioni e trova applicazione sia nell'ipotesi in cui per l'assunzione a tempo indeterminato non sia richiesto il concorso pubblico, sia qualora il contratto a termine sia stato stipulato con soggetto selezionato all'esito di procedura concorsuale". Si vedano anche Cass. civ., sez. un., 22 febbraio 2012, n. 2568; Corte appello Firenze, sez. lav., 7 agosto 2013, n. 824.

105 "mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori da emanarsi obbligatoriamente entro termini stabiliti dalla legge", art. 1, d. lgs. 20 dicembre 2009, n. 198.

106 Tar Lazio, Roma, sez. III, 20 gennaio 2011, 552.

107 Corte Conti, sez. contr. Veneto, deliberazione 1 giugno 2017, n. 369.

108 A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, fasc. 2.

109 B. MAMELI, *Responsabilità precontrattuale e buna fede*, in *Scritti per F.G. Scoca*, Napoli, 2020, vol. IV, 3279 ss.

Poiché, però, trattasi di principio avente fondamento costituzionale¹¹⁰, inserito per garantire la tutela delle situazioni soggettive consolidate per effetto di atti dei pubblici poteri idonei a determinare una posizione di vantaggio e a generare un'aspettativa nel loro destinatario, nulla impedisce, come insegna Merusi, di cogliere le implicazioni del principio e la sua struttura, non solo nel diritto amministrativo, ma anche nei confronti del legislatore¹¹¹.

Il rapporto di fiducia tra popolo sovrano e governanti richiede adeguata tutela perché costituisce strumento di controllo dell'esercizio razionale del potere pubblico, in risposta alla legittimazione ricevuta. Confusione normativa, continue modifiche e abrogazioni, instabilità politica, discipline specifiche contraddittorie, mutamento dell'indirizzo politico richiedono un limite oggettivo identificabile nella buona fede. Se esigenze contingenti dettate da cambiamenti sociali ed economici sono innegabili, nello stesso tempo occorre porre maggiore attenzione all'affidamento ingenerato nel popolo da parte di un preciso programma di attuazione della Costituzione elaborato dalla politica.

La Corte Costituzionale ha finora prestato attenzione al rapporto fiduciario esistente tra governanti e governati, tutelando la pretesa di stabilità della disciplina legislativa pregressa in base alla quale i singoli abbiano maturato posizioni di vantaggio, elaborando specifici parametri per valutare l'emersione del

110 F. PAGANO, *Disposizioni di natura incentivante e meritevolezza dell'affidamento ingenerato dal legislatore (osservazioni a margine di corte costituzionale n. 108 del 2016)*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2017; P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento... cerca casa*, in *Giur. cost.*, 2011, 21; Id., «[...] *Al fuggir di giovinezza [...] nel doman s'ha più certezza*» (Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale), in *Giur. cost.*, 1999, 3643; F. SORRENTINO, *Sui limiti della tutela costituzionale dell'affidamento*, in *Foro amm. TAR*, 3/2004, 897 D. U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 4/2008, 761

111 F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ora in F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'alternanza*, Milano. Osserva A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche*, cit.: "L'affermazione della tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa ha dunque raggiunto un punto di 'non ritorno', che è coerente anche con un contesto più ampio, di ordine costituzionale, europeo, ecc". L'A. precisa altresì che il principio di garanzia dell'affidamento assume esso stesso un rilievo definitorio dei caratteri dell'azione amministrativa, perché si colloca 'a monte', e non 'a valle' anche della disposizione legislativa che definisce il potere.

principio dell'affidamento¹¹²; si tratta ora di valutare se il principio possa divenire rimedio contro inefficienza politica, incertezza, corruzione, violazione dei diritti fondamentali.

Come per il diritto amministrativo, l'elaborazione delle figure sintomatiche potrebbe consentire un parametro oggettivo per ricercare indici di lesione dell'affidamento: l'esigenza di salvaguardare la discrezionalità politica incontra i limiti imposti dal dovere di attuare diritti e libertà fondamentali nel rispetto dell'affidamento ingenerato nel popolo¹¹³.

La tutela dell'affidamento può così giungere a rappresentare un termine di confronto rispetto ad ogni espressione di poteri pubblici, indipendentemente dalla specifica collocazione di ordine costituzionale o di ordine amministrativo¹¹⁴ per richiedere una tutela sostanziale, rappresentata dalla garanzia di quei diritti e libertà consacrati nella Costituzione.

Proprio la giurisprudenza è giunta a garantire effettività di tutela all'affidamento ingenerato nell'imprenditore poiché, nella materia dei contratti pubblici, il ravvisare nell'operato della PA solamente una responsabilità da provvedimento illegittimo, nelle ipotesi di violazione della disciplina sulla procedura di evidenza pubblica, con conseguente vizio di legittimità dell'atto per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, non si è dimostrato sufficiente a garantire l'operatore economico¹¹⁵. Lo stesso principio può ora rappresentare

112 Corte cost., sent. nn. 208/2014; 56/2015; 216/2015. Per la ricostruzione dell'orientamento, F. F. PAGANO, *Il principio del legittimo affidamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 583 ss.

113 M. GIGANTE, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in *Dir. soc.*, 3/2009, 442 ss.; S. TORRICELLI, *Le modifiche retroattive in pejus della normativa pensionistica: il limite dell'affidamento*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 810.

114 A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit.

115 L'operatore economico che agisce sul mercato, se da un lato accetta il rischio economico, dall'altro deve trovare nell'amministrazione un *partner* affidabile il cui potere discrezionale trova un limite invalicabile nel principio del legittimo affidamento. Cfr. Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, dove si precisa che si tratta di una responsabilità da comportamento e non da provvedimento, che non investe la legittimità degli atti amministrativi posti in essere dalla P.A., né richiede l'annullamento degli stessi. Essa può dunque sussistere anche in presenza di atti di autotutela (revoca, annullamento, diniego di stipula o di approvazione) pienamente legittimi, ove assistiti dai presupposti per la loro emanazione. Cass., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Id., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, sez. V,

strumento per garantire l'effettiva attuazione dei principi e libertà costituzionali.

D'altra parte, il principio del legittimo affidamento rientra tra i principi dell'ordinamento Ue: la Corte di Giustizia ha affermato che il principio della tutela del legittimo affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e la sua violazione costituisce "violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione"¹¹⁶.

Il diritto europeo riconosce al principio rilievo istituzionale che condiziona l'esercizio della funzione pubblica nella sua concretizzazione¹¹⁷, secondo la Corte di Lussemburgo, nella tutela dell'affidamento è centrale la dimensione soggettiva, che è rappresentata dalla pretesa di un soggetto qualificata dalla previsione di una regola, generale o speciale, precedente.

Pare, quindi, innegabile che l'affidamento possa ritenersi principio cardine a garanzia dello Stato di diritto, assumendo rilievo in ogni relazione caratterizzata dall'esercizio del potere¹¹⁸.

Soprattutto nell'attuale momento storico, caratterizzato da pandemia, crisi economica e delle istituzioni, dare rilevanza alla fiducia che i cittadini ripongono nell'esercizio del potere pare rappresentare l'unico strumento per portare le limitazioni a diritti e libertà a un livello di accettabilità¹¹⁹.

15 luglio 2013, n. 383; Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

116 Corte Giust., 3 maggio 1978, causa 112/77, *Topfer & Co. c. Commissione*.

117 F. F. PAGANO, *Il principio del legittimo affidamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali*, cit.; B. MARCHETTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, fasc. 2, 499 ss.; Corte Giust., 23 gennaio 2019, in causa C-419/17, *Deza, a.s.*; Id., 14 marzo 2013, causa C-545/11, *Agrargenossenschaft Neuzelle* dove il principio il legittimo affidamento è tutelato nei confronti di ogni operatore economico nel quale un'istituzione abbia fatto sorgere fondate aspettative. Costituiscono a tal proposito un esempio di assicurazioni idonee a far nascere fondate aspettative, a prescindere dalla forma in cui vengono comunicate, informazioni precise, incondizionate e concordanti che promanano da fonti autorizzate ed affidabili.

118 A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit.; M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. e società*, 2014, 433 ss.

119 Cfr. A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit.; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016, 71 ss.

11. Rimedi e controlli per inefficienza politica ed amministrativa

L'attuazione costituzionale mediante predeterminazione di obiettivi seri e credibili, che l'organo di indirizzo politico-amministrativo deve assegnare puntualmente, e monitorare in corso d'anno, da un punto di vista sostanziale e non solo formale consente una più rigida applicazione dello Stato di diritto.

Come più sopra richiamato, attualmente, a fronte di una insindacabilità politica, il controllo della buona amministrazione è lasciato alla collettività che, con l'ausilio degli strumenti della *class action* e dell'accesso, dovrebbe rivestire anche il ruolo di propulsore¹²⁰.

Si tratta ora di incrementare le modalità per tutelare l'aspettativa dei cittadini all'attuazione della Costituzione che ovviamente non può ritenersi soddisfatta a fronte dell'erogazione di un servizio efficiente.

L'introduzione di sistemi di valutazione del rendimento dei singoli dipendenti e dei dirigenti, l'attuazione dei programmi, i tempi di lavorazione, nonostante le numerose previsioni legislative, è di fatto del tutto carente.

Che tale programmazione sia obbligatoria pare riconducibile alle recenti pronunce della Cassazione. Secondo quest'ultima la mancanza di assegnazione degli obiettivi ai dirigenti, pur non potendo ricevere tutela in termini di valutazione del risultato e degli importi previsti dal contratto, è in ogni caso passibile di tutela risarcitoria, qualificabile come perdita di *chance* riferita alla mancata attribuzione della parte di retribuzione riferita al risultato, trattandosi di responsabilità propria dell'amministrazione discendente da un obbligo contrattuale della preventiva definizione ed assegnazione degli obiettivi¹²¹.

120 F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione*, cit.: "Quel che va subito detto è quel che manca: c'è la trasparenza chiesta da Turati, la casa di vetro, ma non quella che voleva Trotsky, il divieto di trattative segrete tra la pubblica amministrazione e il privato, che sono quelle che permettono le estorsioni da parte delle pubbliche amministrazioni a danno del privato e che sono una delle cause che vengono indicate per spiegare l'aumento dei costi delle opere pubbliche e l'allungamento dei tempi della realizzazione delle stesse (la richiesta di opere compensative da parte dei Comuni il cui territorio viene attraversato da uno svincolo autostradale o l'asilo nido o un 'centro polivalente' in aggiunta alla realizzazione di un centro commerciale, tanto per citare qualche caso venuto all'attenzione delle cronache)".

121 Corte Cass., sezione lavoro, 31 gennaio 2018, n. 2462.

La medesima Corte è poi ritornata sul tema, dapprima precisando come la retribuzione di risultato in favore dei dirigenti non possa essere definita come dato automatico, poiché trattasi di una voce subordinata, per ciascun dirigente, ad una determinazione annuale, da effettuarsi solo a seguito della definizione, parimenti annuale, degli obiettivi da raggiungere; e poi ribadendo che la retribuzione di risultato può essere erogata solo a seguito della positiva verifica del raggiungimento degli obiettivi, previamente determinati, cui la stessa è correlata¹²².

L'organo di indirizzo politico-amministrativo ha l'obbligo di assegnare puntualmente obiettivi da perseguire seri e credibili, che poi dovrà monitorare in corso d'anno, da un punto di vista sostanziale e non solo formale, in modo quasi rituale.

L'attuale tendenza a deresponsabilizzazione, semplificazioni e informatizzazione non sembra rappresentare strumento per "costruire" una nuova amministrazione al servizio del popolo¹²³.

Sicuramente è opportuno migliorare le competenze tecniche della PA, ma anche considerare l'inevitabile influenza politica, evitando, qualsiasi sviluppo patologico che possa comportare nocimento per la collettività (per esempio, che strumenti come VIA e conferenza di servizi si traducano in occasioni per accordarsi, magari a danno dei diritti fondamentali).

Individuati precisi obiettivi ed azioni da parte della politica, l'amministrazione, nel perseguire "i fini determinati dalla legge", in attuazione del principio di autorganizzazione, deve attuare l'interesse pubblico concreto.

Come si è imposto all'amministrazione di motivare, mediante giustificazioni sostanziali, la scelta di derogare al mercato (e quindi al principio della

122 L'attribuzione degli obiettivi si pone, dunque, rispetto al diritto a percepire la retribuzione di risultato, quale presupposto normativo e contrattuale, e da ciò consegue che va escluso che tale retribuzione spetti per il solo fatto dell'espletamento di funzioni superiori, Corte Cass., sezione lavoro, 3 luglio 2018, n. 17371.

123 Per es. molti appalti non si prestano a scelte semplificate ma necessitano di profonde conoscenze al fine di creare, per usare una metafora, il "vestito su misura".

concorrenza ritenuto preminente) mediante il ricorso all'*in house providing*¹²⁴, pare possibile imporre giustificazioni sostanziali quando si tratta di attuare diritti e libertà fondamentali consacrate dalla Costituzione¹²⁵.

Qualsiasi scelta discrezionale politica, compresa quella di garantire un servizio pubblico per tutelare un diritto costituzionale oppure privatizzarlo e affidarlo al mercato, deve essere rispettosa del Testo costituzionale e, quindi, idonea ad attuare nel modo migliore possibile quei diritti e libertà fondamentali che altrimenti resterebbero semplici illusioni. Se tale scelta è accuratamente esplicitata attraverso la programmazione, si consente un oggettivo controllo delle scelte e delle finalità perseguite, nonché la rispondenza delle stesse a ragionevolezza, proporzionalità e buon andamento.

12. Segue: il controllo. L'unione europea lascia allo Stato membro un "margine di apprezzamento" ma la normativa nazionale deve essere conforme alla disposizione europea e conseguire il risultato

Diritto europeo e giudice amministrativo hanno consentito la profonda trasformazione dell'amministrazione pubblica dal modello kafkiano alla dimensione attuale.

L'amministrazione è trasparente e dialoga con il cittadino, ma non solo: se non attua le previsioni europee è responsabile e deve risarcire il danno.

124 Il legislatore nazionale all'art. 192, co. 2, codice appalti ha ritenuto il principio della concorrenza prevalente e idoneo a comprimere la discrezionalità amministrativa, rendendo residuale ogni valutazione della PA in merito alla possibile autoproduzione di servizi per provvedere ai bisogni della collettività e al perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Ne è conseguito che la scelta di ricorrere all'*in house providing* deve essere specificamente motivata. Diversamente il legislatore europeo consacra il principio di "libera amministrazione" all'art. 2, Dir. n. 2014/23/ UE, ai sensi del quale: "le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi". Per approfondimenti si rinvia a B. MAMELI, *Il principio di autorganizzazione tra eccezione residuale e opzione di base*, nota a Corte Giust, 6 febbraio 2020, in cause riunite C-89/19 a C-91/19, *Rieco SpA c. Comune di Lanciano e altri*, in *Giur. it.*, 2020, 1731 ss.

125 Come rilevato dal Consiglio di Stato, ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138, in tema di *in house providing*, si fronteggiano due principi generali la cui contestuale applicazione può comportare antinomie: da un lato, il principio della libertà e autodeterminazione di organizzare le prestazioni dei servizi (regime di affidamento con gara o regime di internalizzazione ed autoproduzione); d'altro lato, il principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti pubblici e delle concessioni.

L'art. 4 TUE impone il dovere di corretto adeguamento¹²⁶ e la mancanza genera la responsabilità dello Stato inadempiente nei confronti del cittadino¹²⁷, configurando, nel nostro ordinamento, la fattispecie della responsabilità civile dello Stato per cattivo esercizio del potere legislativo modellata sulla base dei principi espressi dall'art. 2043 cod. civ.

Pare inevitabile ritenere che anche la cattiva o mancata attuazione dei precetti costituzionali generi responsabilità; lo stesso obbligo contenuto nell'art. 4 TUE può ritenersi insito nella nostra Costituzione: lo Stato è tenuto ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'attuazione del Testo costituzionale¹²⁸.

Dall'art. 4 TUE la giurisprudenza europea non ha ricavato il solo principio *pacta sunt servanda*, ma anche il principio dell'effetto utile, in virtù del quale ogni disposizione va interpretata e applicata in maniera tale da ricavarne tutti gli effetti idonei a farle conseguire, nella maniera più completa ed efficace, il proprio obiettivo.

Lo stesso obbligo contenuto nel precitato art. 4, potrebbe ritenersi insito nella nostra Costituzione: lo Stato è tenuto ad adottare tutte le misure di carat-

126 “Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione”.

127 Corte Giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Franconich*; Corte Giust., 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur – Factortame*, dove il Giudice di Lussemburgo getta le basi per un sistema unitario di responsabilità, affermando che “la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario non può variare in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell'organo che ha cagionato il danno”.

128 Come precisato dalla Corte Costituzionale, spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione dei diritti fondamentali, affinché la loro affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale, Corte Cost., 19 ottobre 2016, n. 275, riferita al diritto all'istruzione del disabile, come consacrato nell'art. 38 Cost. Con riferimento al diritto alla salute, osserva M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra stato e regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M. C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, “il totale delle risorse economiche disponibili per un concreto sistema sociale è rappresentato, ovviamente, da una quantità definita e non illimitata, ma non è affatto un dato la distribuzione di quel totale.

tere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad esso derivanti dal sovrano e dal Testo costituzionale

Con la sentenza *Franovich* la Corte di Giustizia afferma che la piena efficacia delle norme europee sarebbe messa a repentaglio e la tutela dei diritti da esse riconosciuti sarebbe infirmata se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento dove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto europeo imputabile ad uno Stato membro. La possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora la piena efficacia delle norme europee sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, ai singoli, in mancanza di tale azione, è preclusa la possibilità di far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto europeo.

Anche la Corte europea ravvisa inadempimento dello Stato in tutte le ipotesi in cui il rispetto delle garanzie poste a salvaguardia dei diritti dell'uomo sia soltanto formale, arrivando a compiere una vera e propria valutazione sostanziale, giungendo a verificare l'idoneità e validità della previsione legislativa¹²⁹.

Nel diritto interno il giudice amministrativo, che ha gradualmente attratto entro il sindacato di legittimità tutta quella parte dell'attività di merito che era in qualche modo assoggettabile a regole e, quindi, oggettivamente verificabile, potrebbe garantire la tutela del cittadino mediante l'istituto della responsabilità in tutte le ipotesi in cui sia ravvisabile una violazione da parte del legislatore per omessa e cattiva attuazione della programmazione del dettato costituzionale.

Al fine di condividere la plausibilità di una tale ricostruzione, si impone la rilettura dei principi costituzionali, anche alla luce dei nuovi dettami provenienti dall'ordinamento sovranazionale.

129 I diritti fondamentali richiedono una tutela concreta ed effettiva, non teorica ed illusoria. Cfr., per esempio, CEDU, 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*. Si rende necessaria l'individuazione di criteri obiettivi, imprescindibili per la tutela dei diritti e libertà fondamentali ai quali dovrà attenersi la magistratura nel sindacare l'operato del soggetto pubblico. Cfr. B. MAMELI, *Efficienza amministrativa e discrezionalità ai tempi della pandemia*, in *P.A. - Persona e Amministrazione*, 2020, 193 ss.

La persona, in tale accezione, diviene un “valore” che si insinua nei principi costituzionali divenendo, quindi, parte della regola che si impone all’agire pubblico.

L’azione e la correlata responsabilità non sono più sindacabili in termini di mera efficienza pubblica quale parametro meramente economico, assumendo valore dirimente la persona umana e la sua dignità, la sua sovranità¹³⁰.

13. Segue: il limite della politica. Dalla discrezionalità politica alla discrezionalità tecnica

L’applicazione dei parametri costituzionali per stabilire se una legge sia coerente con la Carta costituzionale, oppure per risolvere un conflitto di attribuzioni, ripropone le caratteristiche del governo paternalistico che garantisce alcuni diritti per benevolenza e non perché obbligato.

È noto che i parametri costituzionali abbiano finora presentato un contenuto estremamente vago ed impreciso: sono principi quali la ragionevolezza e la proporzionalità che, impiegati in numerose pronunce della Corte costituzionale, dovrebbero servire a limitare la discrezionalità del legislatore¹³¹.

130 L’istituto della responsabilità diviene strumento per garantire la buona amministrazione. La responsabilità amministrativa, infatti, se muove da quella civilistica, può però anche discostarsene per arricchirsi mediante le peculiarità che caratterizzano l’agire della PA e sotto tale profilo diviene specifica ed originale. Sulle peculiarità dell’attività amministrativa e sulle differenze del regime della responsabilità amministrativa rispetto a quella civilistica, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2792: “La Corte di cassazione, con sentenza 19 ottobre 2011, n. 21581, ha annullato, con rinvio, la sentenza 24 dicembre 2009, n. 8719 del Consiglio di Stato, Sezione sesta, la quale aveva rigettato il ricorso in ragione della riconducibilità dell’attività posta in essere dalle autorità italiane nell’ambito delle funzioni politiche. La risoluzione della controversia impone, in via preliminare, mediante una comparazione con il sistema civilistico di responsabilità, di individuare la natura della responsabilità della pubblica amministrazione, i suoi elementi costitutivi e, in particolare, il rapporto di causalità”. Proprio l’ampliamento delle ipotesi di responsabilità ascrivibili alla PA, come confermato dalla stessa Cassazione (Cass., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, quando afferma: “una fisionomia sui generis, non riconducibile al mero modello aquiliano ex art. 2043 c.c., essendo connotata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, con conseguente applicabilità delle norme in materia di responsabilità contrattuale, concernenti la prescrizione del diritto, l’onere della prova e l’area del danno risarcibile”), induce a ritenere che l’istituto della responsabilità deve costantemente adeguarsi ai rapporti intersoggettivi, valutando l’affidamento che ciascuna parte ripone nella buona fede e correttezza, consentendo di individuare ulteriori obblighi di protezione.

131 M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, a cura del Servizio Studi della Corte costituzionale, Roma, luglio 2013, in *www.cortecostitu-*

Soltanto una previa esplicitazione, attraverso la programmazione politica, consentirebbe quella giuridificazione che può garantire la tutela del popolo sovrano nei confronti del potere pubblico¹³²: se la politica è regolata, il sindacato è ammissibile perché condotto nel confronto con la regolazione giuridica¹³³.

L'atto politico è stato sempre considerato quale eccezione rispetto al sindacato devolvibile al potere giurisdizionale¹³⁴. Prima l'art. 31, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054¹³⁵, ora l'art. 7, c.p.a., dove si esclude l'impugnabilità di "atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico"¹³⁶.

Se è innegabile la necessità di riservare uno *spatium deliberandi* al decisore politico e, quindi, introdurre limiti all'esercizio della funzione giurisdizionale, è anche vero che gli artt. 24 e 113 Cost. devono trovare spazio di applicazione nei confronti degli organi politici, ridimensionando (esattamente come avvenuto per gli atti amministrativi) l'ambito insindacabile a vantaggio del potere politico regolato e, di conseguenza, sindacabile.

zionale.it/documenti, 9.

132 Il diritto europeo, attraverso lo strumento delle direttive, ha insegnato la predeterminazione di un obiettivo ed imposto la sua attuazione, affermando altresì la responsabilità del legislatore per mancata attuazione del risultato e l'obbligo di risarcire i danni nei confronti dei cittadini lesi, Corte Giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*; Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*.

133 Sul ruolo della programmazione/progettazione, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. Vol. VI, 2002, 79.

134 Per il pacifico orientamento che nega l'impugnabilità degli atti o dei provvedimenti emanati nell'esercizio del 'potere politico' cfr., *ex plurimis*: Cons. Stato, sez. VI, 29 febbraio 1996, n. 217; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6094; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2011, n. 2718; Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2011, n. 6083; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2012, n. 3670; Corte Cass., sez. un., 28 giugno 2013, n. 16305; Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2015, n. 1210; Cons. Stato, sez. VI, 29 febbraio 2016, n. 808; Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2017, n. 16; Cons. Stato, sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3550; Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2019, n. 6444.

135 Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato: "Il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se trattasi di atti e provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico".

136 Si veda G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 368 ss.; P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 220 ss., spec. 225-226; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; A. ROMANO TASSONE, «Atto politico» e interesse pubblico, in A. CONTIERI – F. FRANCARIO – M. IMMORDINO – A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, 2010, 311 ss.

L'obiettivo dovrebbe essere quello di giungere a garantire la giustiziabilità di un atto politico ricorrendo all'ampliamento del potere regolato.

La Corte Costituzionale ha già ribadito che il carattere squisitamente politico di una scelta non ne determina l'insindacabilità tutte le volte in cui quella scelta "incroci un vincolo giuridico"¹³⁷. Ha altresì precisato che la nozione di atto politico è di stretta interpretazione, e va confinato entro limiti rigorosi, poiché diversamente si svuoterebbe di contenuto la tutela giurisdizionale, che la Costituzione garantisce come principio supremo, in generale all'art. 24 e in particolare all'art. 113 contro tutti gli atti della pubblica amministrazione.

La stessa Corte ha, infatti, osservato che in uno Stato di diritto il potere politico deve comunque rispettare i canoni di legalità che il legislatore abbia ritenuto di predeterminare, anche nell'esercizio dell'amplissimo potere discrezionale che caratterizza l'azione di governo¹³⁸.

Autorevole dottrina è già giunta ad affermare che il principio costituzionale di generalità, pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, se interpretato con rigore, risulta radicalmente incompatibile con la previsione normativa dell'insindacabilità degli atti politici¹³⁹.

¹³⁷ Corte cost., 5 aprile 2012, n. 81, con riferimento alla nozione di atto politico e ambito di applicazione dell'art. 7 CPA.

¹³⁸ Corte Cost., 19 marzo 1993 n. 103. Nello stesso senso anche la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato, per esempio: Cass., sez. un., 28 giugno 2013, n. 16305; Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 808. Sulla nozione di atto politico, Cons. Stato, sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3550: "per costante giurisprudenza - nei termini, per tutte, C.d.S. sez. IV 29 febbraio 2016 n. 808, 18 novembre 2011 n. 6083 e 29 febbraio 1996 n. 217 - l'atto politico è tale soltanto se risponde a due requisiti entrambi necessari, l'uno soggettivo e l'altro oggettivo. Sotto il profilo soggettivo esso deve provenire da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione della cosa pubblica al massimo livello, quale è anzitutto il Governo menzionato nella norma. Sotto il profilo oggettivo esso si caratterizza per essere libero nei fini, perché riconducibile alle supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri". Si vedano anche Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6094; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2011, n. 2718; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2012, n. 3670; Corte Cass., sez. un., 28 giugno 2013, n. 16305; Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2015, n. 1210; Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2017, n. 16; Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2019, n. 6444; T.A.R. Lazio, sez. III Ter, 19 novembre 2019, n. 13244.

¹³⁹ Cfr. E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, Nota a Cass. Sez. Un. 24 febbraio 1947, n. 256, in *Foro Amministrativo*, n. 2/1947, p. 15 ss.; M. NIGRO, *L'art. 113 della Costituzione e alcuni problemi della giustizia costituzionale*, in *Il Foro Amministrativo*, n. 1-2/1949, p. 76 ss.; E. GUICCIARDI, *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 227 ss. Più recentemente, nello stesso senso, F. G.

Si tratta, quindi, di coniugare quella espressione della libertà (politica) riconosciuta dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili ad esso inerenti¹⁴⁰ con il principio della generalità, pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale del popolo sovrano contro gli atti dei pubblici poteri.

Proprio l'esame della casistica giurisprudenziale suggerisce un'oggettiva estensione della categoria degli atti di 'alta amministrazione' e il contemporaneo ridimensionamento dell'atto politico, dove il primo, ancorché di competenza di organo politico, costituisce il momento attuativo dell'indirizzo politico e dell'attività di suprema direzione degli organi di Governo.

Nello stesso tempo occorre soffermarsi sull'ambito del sindacato del giudice amministrativo tradizionalmente filtrato dal vizio di eccesso di potere¹⁴¹. Ripercorrendo l'evoluzione del controllo sulla discrezionalità tecnica ricordiamo come tale ambito fosse stato utilizzato per introdurre un limite al potere conoscitivo del giudice amministrativo: l'attività tecnica strumentale all'emanazione di un atto giuridico, con il rispetto quasi sacrale che le era dovuto, mascherava "questioni che avevano in realtà radici metagiuridiche, affatto diverse dal problema della esattezza o meno di una soluzione tecnica e della sua incidenza sulla decisione amministrativa"¹⁴².

SCOCA, *Sulla generalità della tutela*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2014, 170: "La generalità della tutela è sancita, in termini espliciti, dall'art. 24, comma 1, Cost.; e, con riferimento specifico alle controversie nei confronti dell'amministrazione pubblica, dall'art. 113, comma 1, Cost.; secondo il quale contro gli atti della medesima 'è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giustizia ordinaria o amministrativa'. Non è rispettosa di questo principio la disposizione del c.p.a., secondo la quale, in prosecuzione con una antica regola, 'non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico' (art. 7, comma 1)".

140 Così Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 808.

141 G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti. I casi dell'eccesso di potere, dell'atto politico e dei poteri ancora non esercitati*, in *Federalismi.it*, n. 11/2018.

142 Così G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti*, cit.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, 37 ss., dove si afferma che la nozione di discrezionalità tecnica, che "si è atteggiata in modo molto vario nella dottrina e nella giurisprudenza ed è nato probabilmente da un certo equivoco che ha

Come già osservato, secondo questa originaria interpretazione, l'ordinamento avrebbe consentito di poter superare, senza nemmeno il bisogno di un'esplicita deroga, anche principi di diritto comune, compresi quelli "che obbligano chiunque a comportarsi nell'esercizio delle proprie attività, secondo elementari regole di prudenza e perizia indispensabili per evitare il pericolo in danno altrui" e, tutto questo, "non già in ossequio, dunque, alla scienza e alla tecnica, ma all'autorità del potere amministrativo": tanto da tramutare la discrezionalità c.d. tecnica "in discrezionalità politica assoluta"¹⁴³.

Oggi la discrezionalità tecnica è stata attratta nella sfera del giuridicamente rilevante e, attraverso il principio di proporzionalità e ragionevolezza, al giudice amministrativo è consentito verificare se il bilanciamento operato abbia o meno portato a una decisione accettabile¹⁴⁴.

Si può affermare che la riserva di conoscenza in favore dell'amministrazione in realtà mascherasse soltanto l'affermazione di una riserva originaria di potere¹⁴⁵. Analoga questione può porsi nei confronti dell'atto politico, al fine di ridurre l'ambito dell'insindacabile per scelte metagiuridiche e per le quali la tecnica e la scienza, come più sopra osservato, non costituiscono più limiti certi. Spesso trattasi di valutare se il perseguire determinate finalità/obiettivi sia idoneo e necessario e non eccessivamente gravoso per il popolo sovrano, operando ragionevoli bilanciamenti tra i benefici e i sacrifici per il popolo nel difficile ruolo di garantire diritti e libertà costituzionali.

radici metagiuridiche" è sottratta al sindacato giurisdizionale non perché trattasi di un "tipo di discrezionalità legato a determinate regole scientifiche o tecniche, ma piuttosto dal fatto che la violazione (talora anche palese) di tali norme era effettuata nell'esercizio di un potere impero, quale veniva considerato quello di organizzazione e gestione dei servizi amministrativi".

143 G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo? Limiti e autolimiti del giudice amministrativo e sostenibilità dei procedimenti di generazione delle conoscenze in ordine ai fatti*, cit.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., 45-47.

144 A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 457, il quale rileva come tutte le regole tecnico scientifiche, anche di tipo regolamentare, introdotte nel procedimento portano a una decisione che "deve potersi desumere obiettivamente dalla legge" in quanto "una cosa è l'attribuzione all'amministrazione di una potestà regolatoria, altra cosa l'assegnazione di una competenza a provvedere in un caso concreto alla stregua di cognizioni tecnico-scientifiche" a nulla rilevando il carattere 'indeterminato' della norma.

145 G. DE GIORGI CEZZI, *Aboliamo l'art. 7 comma 1 del Codice del processo amministrativo?*, cit.

Significativa, per esplicitare quanto si è voluto fin qui affermare, è una sentenza della Corte Costituzionale avente ad oggetto l'esercizio del potere politico sotteso ad un atto di governo e la sua sindacabilità in sede giurisdizionale. Se da un lato se ne è escluso qualsiasi controllo giudiziario sottolineando che “al Governo spetta una discrezionalità ampia, il cui unico limite è rintracciabile nei principi costituzionali”¹⁴⁶, ravvisando la *natura intrinsecamente politica*, in considerazione della “necessità di ben considerare la serie di motivi e vicende, che la realtà mutevole e imprevedibile dei rapporti politici interni ed internazionali offre copiosa, i quali possono indurre il Governo a ritenere non opportuno concedere all'associazione, che lo richiede, l'avvio delle trattative”¹⁴⁷, nello stesso tempo si è precisato che tale natura politica sarebbe invece esclusa qualora il legislatore ordinario, nell'esercizio della sua discrezionalità, dettasse al Governo criteri e parametri – sostanziali e procedurali – per la selezione degli interlocutori con cui avviare, condurre e perfezionare trattative. “Se ciò accadesse, il rispetto di tali vincoli costituirebbe un requisito di legittimità ... delle scelte governative, sindacabile nelle sedi appropriate”¹⁴⁸.

La categoria dell'atto politico è incerta e dotata di confini elastici, una doverosa sostanziale programmazione potrebbe ridurre notevolmente l'alveo dell'insinducabilità¹⁴⁹.

146 Corte cost., 10 marzo 2016, n. 52, qualifica come atto politico, in quanto tale immune dal sindacato giurisdizionale, il rifiuto governativo di avviare le trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa, ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost., per regolare i rapporti con una confessione religiosa. Di diverso avviso, Cons Stato, sez. IV, novembre 2011, n. 6083, che accoglieva l'appello e rimetteva le parti davanti al primo giudice, ritenendo il rifiuto di avvio delle trattative espressivo di discrezionalità e privo di natura politica. La sentenza del giudice amministrativo è stata confermata da Corte Cass., sez. un., 28 giugno 2013, n. 16305, dove si afferma che l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell'istante come confessione religiosa costituisca esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione, come tale sindacabile in sede giurisdizionale.

147 Corte cost., n. 52/2016 cit., punto 5.2 del “Considerato in diritto”.

148 Corte cost., n. 52/2016 cit., punto 5.1 del “Considerato in diritto”; Corte cost., 5 aprile 2012, n. 81.

149 La crisi politica ha contribuito a rendere patologica la crisi dell'amministrazione e ad aumentare le difficoltà nel perseguimento dell'efficienza amministrativa. Quest'ultima non può prescindere da una profonda trasformazione della politica, capace di identificare chiaramente i limiti entro i quali deve esercitarsi il potere della PA.

EDOARDO CARUSO

Ricercatore in Diritto amministrativo presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara

edoardo.caruso@unife.it

I CONTRATTI PUBBLICI TRA OBIETTIVI DI SOSTENIBILITÀ E FINALITÀ CONCORRENZIALI: ALLA RICERCA DI NUOVI EQUILIBRI

PUBLIC PROCUREMENT BETWEEN SUSTAINABILITY GOALS AND COMPETITIVE PURPOSES: IN SEARCH OF A NEW EQUILIBRIUM

SINTESI

Il saggio prende le mosse dall'analisi delle più recenti novità, legislative e giurisprudenziali, anche legate al *Green Deal* e al *Next Generation EU*, in tema di “contratti pubblici sostenibili” che denotano un loro rafforzamento secondo linee evolutive di tendenziale reciprocità tra il livello europeo e quello nazionale. E invero, se l'ordinamento europeo, dopo alcuni tentennamenti, sembra aver imboccato con decisione la strada del cd. *mandatory approach* (ravvisandosi peraltro segnali di una maggiore attenzione per le istanze sociali), quello nazionale sta progressivamente metabolizzando l'approccio sovranazionale, come dimostra, ad esempio, il maggior spazio discrezionale rimesso alle stazioni appaltanti.

La seconda parte del saggio è dedicata a un tema strettamente connesso alla funzione sociale o strategica dei contratti pubblici, quale l'individuazione dell'esatta portata delle finalità concorrenziali della disciplina dei *public procurement*. In particolare, dopo aver confutato le tesi che riconoscono al principio di concorrenza un ruolo centrale nella disciplina di settore, si è proposta una lettura più restrittiva delle sue finalità concorrenziali. Si sono, in tal senso, valorizzate le differenze tra diritto UE del mercato interno e diritto *antitrust* e, soprattutto, si è evidenziato il ruolo che in realtà compete alla pubblica amministrazione nelle vicende analizzate: non un regolatore della concorrenza tra im-

prese ma un soggetto che si rivolge al mercato per ottenere beni, lavori e servizi idonei a soddisfare bisogni in precedenza individuati. In questo percorso si è ritenuto opportuno soffermarsi sul cd. *favor participationis*, rispetto al quale si è suggerito un inquadramento più appropriato e l'opportunità di evitarne assolutizzazioni; e sul principio di proporzionalità del quale si è proposta un'applicazione più temperata rispetto al cd. *less restrictive alternative test*.

Anche nell'ottica di ricongiungere le due prospettive di indagine, si è dato infine rilievo a quell'elemento che dovrebbe fungere da "collante" tra il paradigma della sostenibilità e della concorrenza nei contratti dell'amministrazione: l'*interesse specifico del contratto* quale corollario del vincolo di scopo, cui potrebbe affiancarsi, in prospettiva, il concetto di valore pubblico.

ABSTRACT

The first part of the essay analyses the most recent legislative and jurisprudential innovations, also linked to Green Deal and Next Generation EU, on sustainable public procurement, which denotes their strengthening along evolutionary lines of tendential reciprocity between the European and national levels. And indeed, while the European legal system, after some hesitation, seems to have decisively taken the path of the so-called *mandatory approach* (with greater attention to social considerations), the Italian legal system is gradually metabolizing the supranational approach, as demonstrated, for example, by the greater discretionary power given to contracting authorities.

The second part concerns a topic closely related to the social or strategic function of public procurements, such as identifying the exact role and contents of the competitive purpose of public procurement regulations. In particular, after confuting theses that recognize a central role for the competition principle in the sector, I propose a more restrictive interpretation of its competitive purposes. In this perspective, I emphasize the differences between EU internal market law and antitrust law and, above all, I have highlighted the role that actually falls to the public administration in the events analyzed: not a regulator of

competition between businesses, but a subject that turns to the market for works, supplies or services which satisfy previously identified needs. In this direction, I focus both on the so-called *favor participationis* – for which I suggest a more appropriate qualification and to avoid its absolutization – and on the principle of proportionality, of which I have proposed a toned down and less rigorous application than the so-called *less restrictive alternative test*.

Finally, to reunite the two perspectives of investigation I emphasize an element that should act as a point of contact between the paradigm of sustainability and the paradigm of competition in public procurement: the specific interest of the contract as a corollary of the principle of legality, which could be joined, in perspective, by the concept of public value.

PAROLE CHIAVE: contratti pubblici sostenibili – finalità orizzontali – diritto della concorrenza – principio di proporzionalità – valore pubblico

KEYWORDS: sustainable public procurement – horizontal policies – competition law – proportionality principle – public values

INDICE: 1. Questioni attuali e tendenze nei più recenti interventi europei in tema di contratti pubblici sostenibili. Il passaggio dall'approccio abilitante a quello obbligatorio... – 1.1. (*Segue*). ... anche alla luce delle differenze tra appalti verdi e appalti sociali. – 1.2. Dal Codice del 2016 all'attuazione del PNRR: recenti tendenze evolutive nel «*governare per contratto*» a livello nazionale. – 2. *Horizontal policies* e finalità concorrenziali dell'intervento Ue in materia di *public procurement*. – 3. La lettura ampia del ruolo e del rilievo delle finalità concorrenziali della disciplina europea. La stazione appaltante quale regolatore della concorrenza tra imprese? – 4. La lettura restrittiva: la concorrenza quale «*ricaduta pratica*» della *par condicio* tra gli offerenti e dell'eliminazione delle barriere all'accesso al mercato. – 4.1. (*Segue*). L'assenza di previsioni normative ostative alla lettura proposta. – 5. Il *favor participationis*: un obiettivo (non un principio) da non assolutizzare. – 6. Sindacato di proporzionalità e spazio della p.a. nel definire gli obiettivi da perseguire con il contratto: considerazioni critiche sul *less restrictive alternative test*. – 7. I contratti pubblici tra vincolo di scopo, paradigma delle sostenibilità e amministrazione orientata al valore pubblico.

1. Questioni attuali e tendenze nei più recenti interventi europei in tema di contratti pubblici sostenibili. Il passaggio dall'approccio abilitante a quello obbligatorio...

Già l'adozione delle direttive del 2014, e l'analisi complessiva dei diversi passaggi di questo processo di riforma, consentivano di affermare che il tema non più è *se* ma *come* e *in che misura* utilizzare «strategicamente» i contratti pubblici per il perseguimento di obiettivi di sostenibilità di natura sociale o ambien-

tale¹, due tra gli interessi cd. orizzontali che le amministrazioni aggiudicatrici possono (e in alcuni casi devono) perseguire attraverso le loro operazioni contrattuali, giustapponendoli all'interesse specifico del contratto². Questa consapevolezza ha trovato ulteriori conferme in successivi interventi sia delle Istituzioni Ue sia del legislatore nazionale, tanto che, in attesa di acquisire piena consapevolezza delle effettive ricadute del ritorno della guerra in Europa, è già possibile affermare che la crisi pandemica non ha avuto l'effetto, in teoria possibile, di favorire risposte concentrate esclusivamente sulla dimensione economica della sostenibilità (i suoi costi). Con riguardo al livello Ue, nella direzione anticipata possono senz'altro richiamarsi i diversi documenti delle Istituzioni in materia di *public procurement* ove se n'è enfatizzata l'importanza e la necessità di implementare l'utilizzo strategico³. Ma nella medesima direzione vanno anche interventi più generali riguardanti determinate *policy* di rilievo (es. economia circolare⁴, Green Deal europeo⁵, accessibilità di prodotti e servizi⁶, Next Generation EU, salari minimi adeguati⁷).

1 Cfr. «Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici.

Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti» del 27 gennaio 2011 COM(2011) 15 def. e Considerando n. 2, direttiva 2014/24/UE. In dottrina, da ultimo, A. MASSERA, F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 2, p. 587 ss. in part. 589; v. pure R. CARANTA, *Towards socially responsible public procurement*, in *ERA Forum*, 2022.

2 Ovvero, l'obiettivo primario che induce l'amministrazione a rivolgersi al mercato per ottenere lavori, beni e servizi; nello stesso senso, cfr. Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2021, n. 7053.

3 Cfr. Comunicazione della Commissione, Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa del 3 ottobre 2017, COM(2017) 572 def.; Parlamento Ue, *The EU's Public Procurement Framework, How is the EU's Public Procurement Framework contributing to the achievement of the objectives of the Paris Agreement and the Circular Economy Strategy?*, aprile 2020; Conclusioni del Consiglio, Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente del 30 novembre 2020 (2020/C 412 I/01).

4 Cfr. Comunicazione della Commissione, Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva dell'11 marzo 2020, COM(2020) 98 final; v. pure il documento della stessa Commissione, Appalti pubblici per una economia circolare. Buone prassi e orientamenti, 2018.

5 Cfr. Comunicazione della Commissione, Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo, 14.1.2020 COM(2020) 21 final, par. 4.2. Su questo piano di azione, avviato con la comunicazione della Commissione, Il Green Deal europeo, 11 dicembre 2019, COM(2019) 640, final si v. il fascicolo 1/2021 della *Riv. quad. dir. amb.*

6 Si v. la direttiva 2019/882/UE sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi (in part. art. 24).

7 Cfr. la proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, Bruxelles, 28.10.2020, COM(2020) 682 final (in part. art. 9).

Questi ultimi documenti, per un verso, hanno individuato delle priorità di *policy* e dei bilanciamenti tra interessi (e obiettivi) che delineano un contesto politico e giuridico favorevole a una considerazione sempre maggiore della dimensione sociale e ambientale della sostenibilità. Infatti, come sottolineato dalla dottrina più attenta, molti di loro si ispirano – sia sul piano culturale sia giuridico – all’«Agenda 2030» contenente i 17 Goals per lo sviluppo sostenibile⁸ che ha rappresentato un momento di svolta fondamentale, segnando il passaggio dalla «versione intergenerazionale ma segmentata (...) della sostenibilità a quella che si propone di definire come “olistica a quattro componenti”: sviluppo economico, inclusione sociale, sostenibilità ambientale e istituzioni»⁹; è di tutta evidenza come questi documenti rappresentino la più forte legittimazione al rafforzamento della funzione strategica dei contratti pubblici. Per altro verso, a essi va riconosciuto il merito di aver enfatizzato l’importanza dei *public procurement* per il perseguimento dei corrispondenti obiettivi politici. In tale ottica, in diversi casi viene rafforzato l’«approccio obbligatorio» attraverso previsioni settoriali volte a imporre alle amministrazioni l’acquisto di prodotti verdi o di dar rilievo ad aspetti sociali nei loro acquisti. Il punto è di centrale rilevanza e merita qualche riflessione ulteriore.

Già nel processo di elaborazione delle direttive 2014 si era riflettuto sull’opportunità di continuare a disciplinare solamente il «*how to buy*» o, al contrario, di introdurre previsioni volte a imporre alle amministrazioni di acquistare beni, lavori o servizi sostenibili dal punto di vista ambientale e/o sociale

8 Si tenga presente che vi sono diverse sovrapposizioni tra i 17 Goals dell’Agenda 2030 (tra cui rientrano il contrasto alla fame e alla povertà, la parità di genere, la tutela della salute e del benessere, la garanzia di un lavoro dignitoso, la riduzione delle disuguaglianze, il consumo e la produzione responsabili, etc.) e gli interessi sociali presi in considerazione dagli interventi delle Istituzioni Ue in materia di *public procurement* [per una completa panoramica, cfr. da ultimo Comunicazione Commissione, Acquisti sociali – Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici, seconda edizione, C(2021)3573 del 26 maggio 2021]. Sull’importanza dei contratti pubblici per il raggiungimento dei Goals dell’Agenda 2030, v. A. LA CHIMIA, *Appalti e sviluppo sostenibile nell’Agenda 2030*, in L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 73 ss.

9 Così F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, *Dir. amm.*, 2021, 4, p. 779 ss., in part. 789.

(«*what to buy*»)¹⁰. Questa seconda soluzione è stata scartata nel testo finale: quasi tutte le disposizioni delle direttive del 2014 riconducibili all'utilizzo strategico dei contratti pubblici si caratterizzano per un approccio meramente abilitante, che rimette alla scelta delle singole stazioni appaltanti (e talvolta dei legislatori nazionali) l'inserimento di considerazioni orizzontali nei contratti pubblici.

L'opzione per tale approccio cd. abilitante, tuttavia, non è stata influenzata dalla volontà del legislatore europeo di limitare la discrezionalità dell'amministrazione nel suo agire mediante contratti, come potrebbe invece ricavarsi dalla lettura di alcune decisioni dei giudici nazionali¹¹; d'altronde, una normativa che disciplini in termini obbligatori il «*what to buy*» non per forza porta a un azzeramento della discrezionalità delle stazioni appaltanti, dal momento che vi sono diverse soluzioni che permettono di rendere vincolanti gli acquisti sostenibili preservando, al contempo, un non irrilevante margine di spazio alla p.a., tale da consentirle di tenere in considerazione le specificità del singolo affidamento e/o del caso concreto¹². A ben vedere, la reale motivazione che ha spinto il legislatore europeo a preferire l'approccio abilitante viene esplicitata nel Considerando n. 95 della direttiva 2014/24/UE: sono le «*sensibili*

10 Sul punto, G. FIDONE, F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti pubblici*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2016, 3, p. 4 ss.

11 TRGA, sez. Trento, 2 marzo 2022, n. 45 ove è stata ritenuta in contrasto con i principi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici una legge provinciale che, nel rendere obbligatoria per le stazioni appaltanti la facoltà loro riconosciuta dagli artt. 20 della direttiva 2014/24/UE e 112 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in tema di procedure riservate, ha imposto alle strutture provinciali di riservare almeno il 10% del volume di spesa triennale, riferibile a predeterminate tipologie di beni e servizi, alle cooperative sociali e/o di operatori economici il cui scopo principale è l'integrazione sociale e professionale delle persone svantaggiate.

12 Ad esempio, la fissazione di un *target minimo* di acquisti sostenibili che ogni amministrazione deve raggiungere, come pure di «*mandatory sustainability requirements*» di carattere generale, non richiedono all'amministrazione soltanto una (meccanica) applicazione del dato normativo, come può invece accadere allorché il legislatore si spinge a definire «*specific mandatory requirements*»; tuttavia, anche in quest'ultima ipotesi, un sufficiente margine di scelta per le p.a. nelle singole operazioni di acquisto potrebbe essere preservato ricorrendo al cd. «*comply or explain approach*» su cui si tornerà successivamente; *amplius* su tali possibili soluzioni e sul loro utilizzo a livello di Stati Membri M. ANDHOV, R. CARANTA (a cura di), *Sustainability through public procurement: the way forward – Reform Proposals*, SMART Project Report 2020, p. 41ss.; da ultimo, sul tema, W.A. JANSSEN, R. CARANTA (a cura di), *Mandatory Sustainability and Social Requirements in EU Public Procurement Law. Reflections on a Paradigm Shift*, Bloomsbury, Hart Publishing, 2022, in corso di pubbl.

differenze tra i singoli settori e mercati» ad aver sconsigliato di «fissare requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione», così che è stato ritenuto preferibile rimettere alla disciplina settoriale il compito di «fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente».

Questa strada tracciata dalle direttive del 2014 è stata in effetti seguita dai più recenti interventi: ancorché molte delle misure che concretano il suddetto indirizzo siano delle mere proposte o comunque ancora in fase elaborazione, da esse si può evincere come le Istituzioni Ue abbiano intrapreso la direzione indicata, in modo particolarmente netto e deciso. Ciò al punto che la dottrina ha già fatto riferimento a un «*paradigm shift*»¹³, tentando peraltro di sistematizzare un quadro che, sin d'ora, si prospetta alquanto frammentato per quanto concerne sia la tipologia e il contenuto dei vincoli imposti alle stazioni appaltanti (requisiti obbligatori di carattere generale o speciale, target minimi, etc.), sia le soluzioni normative attraverso cui imporre tali vincoli; con riguardo a quest'ultimo profilo, alla soluzione tradizionale (specifiche previsioni inserite in regolamenti o direttive settoriali) si affiancano soluzioni meno battute a livello sovranazionale – che ricordano il sistema a più livelli delineato dal legislatore italiano in tema di criteri ambientali minimi – consistenti nella fissazione in via legislativa di parametri e criteri che dovranno essere seguiti dalla Commissione UE nella successiva fase attuativa – da porre in essere mediante adozione di atti delegati¹⁴.

13 Così W.A. JANSSEN nel paper *Public Procurement for Good: from Optional to Mandatory Sustainable Public Procurement Law* presentato alla conferenza *Global Revolution XI*, organizzata dal *Public Procurement Research Group* (PPRG) dell'Università di Nottingham il 13 e 14 giugno 2022. L'approccio obbligatorio è caldeggiato da parte della dottrina che ritiene non soddisfacente quello meramente abilitante; da ultimo cfr. M. COZZIO, *Public Procurement as a Tool to Promote Sustainable Business Strategies: The Way Forward for the European Union*, in *International Community Law Review*, 24, 1-2, (2022), p.166 ss., in part. 180.

14 Cfr. W.A. JANSSEN nel paper richiamato *sub* nt. precedente ove si considerano la direttiva 2019/1161/UE che riforma la disciplina sui veicoli puliti; la proposta di regolamento sulle batterie del 10 dicembre 2020, COM(2020) 798 final (in part. art. 70), nonché le proposte di regolamento – annunciate dal Green Deal Europeo e adottate il 30 marzo 2022 nell'ambito di Pacchetto di proposte per l'economia circolare – rispettivamente sull'elaborazione delle specifiche di progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili, COM(2022) 142 final (in part. art. 58)

1.1. (Segue). ... anche alla luce delle differenze tra appalti verdi e appalti sociali

Rispetto all'alternativa tra approccio abilitante e approccio obbligatorio, certamente rilevanti sono le differenze tra appalti verdi e appalti sociali in virtù del fatto che questi ultimi sono, almeno a livello di regolamentazione UE, meno stabili e radicati. D'altronde, l'opportunità di perseguire fini strettamente sociali tramite i contratti pubblici è oggetto di maggiori perplessità, anche tra coloro che, in linea generale, sono favorevoli a utilizzare strategicamente il potere di acquisto dell'amministrazione¹⁵; molto discussa è, infatti, la reale possibilità di rendere compatibile il perseguimento di finalità propriamente sociali con i tradizionali obiettivi della disciplina sull'attività contrattuale dell'amministrazione, in particolare il *value for money* e l'effettività del regime concorrenziale.

In tale contesto chi, pur nella consapevolezza di tali difficoltà, ritiene che la distinzione tra appalti verdi e appalti sociali sia "artificiale"¹⁶ e poco coerente rispetto a una concezione olistica, trasversale e integrata di sostenibilità¹⁷, non può che apprezzare il coraggio mostrato dal legislatore europeo del 2014 nell'aver posto sullo stesso piano – almeno in linea generale – il pilastro ambientale e quello sociale dello sviluppo sostenibile; invero, dalle previsioni delle ultime direttive che ammettono l'utilizzo strategico dei contratti pubblici emerge un approccio più aperto e flessibile delle Istituzioni Ue nell'affrontare il timore (comunque ancora tangibile) che la dimensione prevalentemente domestica/locale di molte questioni sociali possa essere utilizzata pretestuosamente a livello nazionale per camuffare scelte che, nella sostanza, sono riconducibili a motivazioni protezionistiche.

e sui prodotti da costruzione COM(2022) 144 final (in part. art. 84). Nella medesima direzione molto interessante è anche l'ultima versione della proposta di direttiva sull'efficienza energetica, Bruxelles, 14.7.2021 COM(2021) 558 final, 2021/0203 (COD), in part. il Considerando 7 e il nuovo art. 7.

15 Cfr. la posizione di M. TRYBUS nel confronto con G. PIGA e T. TATRAI in G. PIGA, T. TATRAI (a cura di), *Public Procurement Policy*, Londra-New York, Routledge, 2016, p. 9 ss.

16 M. ANDHOV, R. CARANTA (a cura di), *Sustainability through public procurement*, cit., p. 49-40; in una direzione simile C. MCCRUDDEN, *Using public procurement to achieve social outcomes*, in *Natural Resources Forum*, 2004, 4, p. 257 ss.

17 F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema*, cit., pp. 791-792.

La bontà di tali considerazioni non può dirsi smentita dal fatto che un'analisi più dettagliata, focalizzata sui singoli istituti della procedura (*i.e.* sull'albero e non sulla foresta), mostra come più numerosi e rilevanti siano gli ostacoli normativi e operativi all'inserimento di considerazioni di natura sociale rispetto a quelle ambientali¹⁸; e invero, tuttora permangono diverse incertezze in merito alla possibilità di prendere in considerazione alcuni aspetti sociali nell'elaborazione delle specifiche tecniche e, soprattutto, nella precisazione dei requisiti speciali di partecipazione. In particolare, con riguardo alle prime non è bene chiaro se l'art. 42 della direttiva 2014/24/UE¹⁹ abbia superato la restrittiva posizione fatta propria dalla CGUE nella sentenza *Max Havelaar*²⁰, consentendo l'introduzione specifiche tecniche riguardanti aspetti sociali e di tutela del lavoro nella catena di fornitura e nel metodo o processo di produzione. Problematiche non dissimili emergono con riguardo ai *requisiti speciali di partecipazione*, dal momento che alcune posizioni della CGUE e della Commissione sembrano limitare la possibilità delle stazioni appaltanti di subordinare la partecipazione alla gara al rispetto, da parte degli operatori economici, di determinati standard sociali: da queste restrittive posizioni dovrebbe discendere che, al di là di contratti la cui esecuzione richiede uno specifico "*know how* sociale", una siffatta limitazione della partecipazione alla gara sarebbe ammissibile alla sola condizione che tali standard sociali trovino concretizzazione in obblighi già formalizzati che gli operatori economici sono comunque tenuti a rispettare²¹.

In ogni caso, al netto delle maggiori incertezze operative che ancora caratterizzano la dimensione sociale, è innegabile il passo avanti che è stato com-

18 Sul tema, cfr. B.L. BOSCHETTI, *Social goals via public contracts in the EU: a new deal?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 4, p. 1146 ss.

19 In particolare, nella misura in cui ha espressamente previsto la possibilità di considerare l'intero ciclo di vita delle prestazioni, inclusi quei fattori che «*non sono parte del loro contenuto sostanziale*».

20 Corte giust. 10 maggio 2012, C-368/10, *Commissione c. Paesi Bassi*.

21 In altre parole, «*it does not seem possible to exclude for failure to comply with social or environmental standards that are not embodied in formal external obligations imposed on the economic operator*»; così S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, vol. II, 3^a ed., Londra, 2018, p. 778.

piuto dalla riforma del 2014 nel senso di stemperare la distinzione tra appalti verdi e sociali che, come anticipato, è «*partly artificial*» e non va oltremodo enfatizzata.

Ulteriori e più recenti avvenimenti sembrano muovere nella medesima direzione²².

Subito dopo l'adozione delle direttive del 2014 era stato autorevolmente osservato che una causa della (maggior) instabilità a livello UE degli appalti sociali può essere rintracciata nel diritto primario, e in particolare nella più debole legittimazione garantita dall'art. 9 TFUE («*l'Unione (...) tiene conto*») rispetto all'art. 11 TFUE (le esigenze ambientali «*devono essere integrate*» nelle altre politiche e azioni dell'UE)²³. Questa osservazione potrebbe meritare una parziale riconsiderazione a seguito delle recenti decisioni dell'8 dicembre 2020, C-620/18 e C-626/18 con cui la Grande Sezione della Corte di giustizia ha respinto i ricorsi di annullamento di Ungheria e Polonia avverso la direttiva 2018/957/UE, di riforma della direttiva 96/71/Ce sul distacco transnazionale dei lavoratori. Senza entrare nel merito della questione, va sottolineata la valorizzazione – tanto marcata quanto non comune²⁴ – della “clausola sociale trasversale” di cui art. 9 TFUE. Nello specifico, la CGUE ha osservato come il fatto che un intervento UE sia rivolto a tutelare le libertà di circolazione, e in quanto tale si fondi su una base giuridica interamente confinata nel diritto Ue del mercato interno, non fa venire meno per il legislatore europeo il «*compito a esso incombente di vigilare sulla tutela degli interessi generali riconosciuti dal Trattato FUE e di prendere in considerazione gli obiettivi trasversali dell'Unione sanciti dall'articolo 9 di tale trattato*». Si tratta,

22 Nello stesso senso R. CARANTA, *Towards socially responsible public procurement*, cit.

23 Così R. CARANTA, *The Changes to the Public Contract directives and the story they tell about how EU law works*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 2015, 2, p. 391 ss., in part. 399. Sulla più debole considerazione dei diritti sociali a livello europeo, anche dopo l'emanazione del Pilastro europeo dei diritti sociali del 2017, v. C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, ESI, 2021, p. 153 ss.

24 D. IZZI, *Diritti sociali e integrazione negativa nel mercato unico europeo: da Laval a oggi*, in *Labour*, 5, 2021, p. 499 ss., in part. 506 (ora in M. AIMO, A. FENOGLIO, D. IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Napoli, ESI, 2021).

infatti, di obiettivi che *«l'Unione deve prendere in considerazione nella definizione e nell'attuazione dell'insieme delle sue politiche e delle sue azioni»*.

Allo stato attuale, queste decisioni rappresentano un mero “segnale” di una tendenza evolutiva o poco più. Tuttavia, se confermata, la valorizzazione dell'art. 9 TFUE potrebbe contribuire a “ridurre le distanze”, in termini di “forza legittimante”, tra tale “clausola sociale trasversale” e il principio di integrazione di cui all'art. 11 TFUE, in tal modo rafforzando la legittimazione delle Istituzioni UE a futuri interventi volti a rafforzare gli appalti sociali, anche attraverso l'introduzione *«mandatory social requirements»*.

Lo scenario da ultimo prospettato (un eventuale rafforzamento, a livello UE, dell'approccio obbligatorio anche con riguardo ai profili di sostenibilità sociale dei contratti pubblici) merita qualche riflessione ulteriore.

Il carattere globale e trasversale delle questioni ambientali rende sicuramente più agevole l'introduzione di regolazioni omogenee e tendenzialmente uniformi per i diversi Stati membri; detto altrimenti, la dimensione domestica e locale propria di molti aspetti sociali li rende, rispetto a quelli ambientali, più difficilmente conciliabili con le logiche sottese alla tutela delle libertà di circolazione e con l'obiettivo di rafforzare il mercato unico.

Questa innegabile differenza tra la dimensione ambientale e sociale dei contratti (globale e trasversale la prima, tendenzialmente domestica e locale la seconda), si riflette inevitabilmente sul riparto di attribuzioni tra livello UE e livello nazionale e sull'operatività del principio di sussidiarietà. È infatti maggiore la libertà da riconoscere agli Stati membri nell'*implementazione degli appalti sociali*, soprattutto nell'ottica di consentire loro di compiere scelte adattive e diversificate che tengano conto delle differenze di tradizioni giuridiche, assetti costituzionali, di convinzioni etiche e culturali presenti nei diversi contesti nazionali. In altri termini, un intervento europeo volto a introdurre *«mandatory requirements»* di natura ambientale potrebbe risultare, rispetto a singole misure nazionali, preferibile in termini sia di effettività della relativa *policy*, sia di garanzia

del mercato unico (maggiore diffusione di appalti verdi; riduzione delle asimmetrie con il mercato, che potrebbe così meglio assecondare le richieste “verdi” delle amministrazioni; maggior standardizzazione, semplificazione ed efficienza nella costruzione e gestione delle procedure, etc.)²⁵. Di contro, con riguardo a diversi aspetti sociali la tendenza all’armonizzazione e all’uniformità insita negli interventi sovranazionali non sempre si rivela opportuna, potendo talvolta non consentire di prendere in considerazione le specificità e le differenze tra i singoli territori; d’altronde, lo stesso obiettivo europeo della «coesione sociale» (art. 3 TUE e art. Carta di Nizza), ancorché connesso alla coesione politico-territoriale, non implica omologazione tra i vari territori, bensì valorizzazione delle diversità, delle identità e dei patrimoni territoriali²⁶.

Il tema del rapporto tra uniformità-differenziazione costituisce, quindi, un profilo centrale rispetto all’utilizzo strategico dei contratti pubblici e ai relativi interventi di implementazione. Secondo la lettura prospettata, solo questo tema – e non la paura di scelte protezionistiche o la minore pregnanza di istanze sociali – potrebbe, anche in futuro, giustificare un maggior protagonismo degli Stati membri in materia di appalti sociali; al contrario, per gli appalti verdi si ritiene auspicabile una più intensa armonizzazione.

Questa intuizione, se corretta, pare rilevante anche rispetto a quello specifico profilo degli appalti sociali che le direttive del 2014 hanno finalmente preso in considerazione, ma in termini non particolarmente decisi: si fa riferimento alla dimensione extra-Ue della sostenibilità sociale. In questo caso, infatti, si stempera il rilievo del carattere domestico degli aspetti sociali e delle differenze tra i territori, di guisa che può dirsi di natura preminentemente politica la ragione per cui la normativa del 2014, per limiti operativi e per assenza di stru-

25 In tal senso si v. le considerazioni di M. ANDHOV, R. CARANTA, *op. ult. cit.*, 42 ss. e, da ultimo, di K-M HALONEN., *Is public procurement fit for reaching sustainability goals? A law and economics approach to green public procurement*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 28, 4, 2021, p. 535 ss., in part. 548 e 552.

26 Così P.L. PORTALURI, G. DE GIORGI CEZZI, *La coesione politico-territoriale: rapporti con l'Europa e coordinamento Stato – autonomia*, in G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, Firenze, 2016, p. 10; sul tema v. pure F.F. TUCCARI, *Politiche europee di coesione territoriale e processi di unificazione amministrativa nazionale*, *ivi.*, p. 59 ss.

menti adeguati, risulta nel complesso inadeguata rispetto all'obiettivo di rendere i contratti pubblici un efficace strumento per la tutela dei diritti umani lungo la catena globale di fornitura²⁷.

1.2. Dal Codice del 2016 all'attuazione del PNRR: recenti tendenze evolutive del «governare per contratto» a livello nazionale

In attesa di una definitiva transizione verso il *mandatory approach* a livello Ue, i legislatori nazionali – in coordinamento e senza contraddizioni con la regolamentazione sovranazionale – ben possono emanare previsioni normative che obbligano le amministrazioni a perseguire interessi orizzontali con i loro acquisiti.

Si tratta della direzione che il legislatore italiano ha intrapreso con decisione già a partire dall'adozione del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) come si evince, ad esempio, dall'art. 50 sulle clausole sociali di riassorbimento e dalla «torsione obbligatoria» che l'art. 34 del Codice ha prodotto sul cd. «sistema CAM». E che, da ultimo, ha trovato una legittimazione ancora più marcata con la novella costituzionale che, nel modificare gli artt. 9 e 41, ha rafforzato peso e ruolo degli interessi ambientali²⁸.

Anche la dimensione sociale della sostenibilità è stata presa in considerazione dai più recenti interventi nazionali, in particolare quelli connessi al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) o comunque a esso contestuali. Da queste misure possono ravvisarsi alcune tendenze che sembrano testimoniare interessanti *evoluzioni* nell'approccio strategico alla contrattualistica pubblica.

Sotto il profilo finalistico, si assiste a un ampliamento dello spettro degli interessi sociali presi direttamente in considerazione a livello normativo. L'art.

²⁷In generale sul tema cfr. O. MARTIN-ORTEGA, C.M. O'BRIEN (a cura di), *Public Procurement and Human Rights: Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2019.

²⁸Come noto, la legge 11 febbraio 2022, n. 1, ha qualificato la tutela dell'ambiente quale principio fondamentale (art. 9), ha introdotto una espressa clausola di condizionalità ambientale, oltre che sociale, per l'esercizio della libera iniziativa economica (art. 41, co. 2) e ha considerato anche i fini ambientali nell'attività di indirizzo dell'attività economica pubblica e privata (art. 41, co. 3).

47 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 sulla Governance del PNRR²⁹, come pure l'art. 5, co. 3 della l. 5 novembre 2021, n. 162 sulla parità di genere tra uomo e donna in ambito lavorativo³⁰, richiedono alle stazioni appaltanti di perseguire obiettivi (finalità di pari opportunità, generazionali e di genere, conciliazione di vita e lavoro) ulteriori a quelli tradizionalmente oggetto di attenzione nel nostro ordinamento. Questo ampliamento è certamente il frutto di precise priorità di *policy* proprie del programma *NextGenerationEU* (NGEU), ma potrebbe anche costituire il riflesso di evoluzioni più sistematiche: una sempre più completa e definitiva presa di coscienza da parte del legislatore nazionale del cd. «*governare per contratto*»³¹ e dell'importanza di utilizzare i contratti dell'amministrazione quale strumento – *ulteriore* a quelli tradizionali – attraverso cui lo Stato interviene nel mercato e nell'economia per perseguire interessi pubblici/generali e per produrre valore pubblico.

Queste misure normative, e in particolare l'art. 47 del d.l. n. 77/2021 concernente i contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, presentano ulteriori aspetti innovativi, tra cui la maggiore attenzione riservata alla fase esecutiva, fino a questo momento oggetto di una disciplina meno completa, e soprattutto formulata tenendo in considerazione esclusivamente l'obiettivo specifico/principale dell'operazione negoziale (l'acquisto di lavori, beni, servizi)³². Invero, sono state introdotte disposizioni che obbligano l'amministrazione a prevedere, negli atti di gara, clausole penali e altri strumenti volti a sanzionare l'inadempimento del contraente (art. 47, comma 6). Per co-

29 Convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108. Su tale previsione, cfr. da ultimo F. PANTANO, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *Federalismi.it*, 25, 2022, p. 169 ss., in part. p. 180 ss.

30 Nell'ottica di rafforzare l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere, il d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2022, n. 79, ha modificato l'art. 95, co. 13 del Codice dei contratti pubblici in tema di criteri di aggiudicazione.

31 Si riprende l'espressione (e l'impostazione) di S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, ESI 2018.

32 Invero, è incerta l'applicabilità di molte delle previsioni cd. speciali per la fase esecutiva previste dal Codice del 2016 in caso di violazione di obblighi sociali e ambientali (ad es., la risoluzione ex art. 108, co. 3); *amplius* sul punto E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2021, p. 467 ss.

gliere appieno l'importanza di tali previsioni va considerato che il ricorso da parte dell'amministrazione a strumenti di interruzione anticipata del vincolo negoziale, in caso di inadempimento di obblighi sociali e ambientali previsti dal contratto, è soluzione non sempre percorribile e, anzi, non sempre opportuna; e che, più in generale, è ormai opinione generalizzata che per assicurare l'effettività delle politiche orizzontali perseguite tramite i *public procurement* sono necessari nuovi interventi sulla fase di gestione del contratto, tali da rafforzare la capacità della parte pubblica di monitorare l'operato del contraente e di intervenire in caso di deviazione dell'esecuzione da quanto inizialmente pattuito.

Sempre nell'art. 47 del d.l. n. 77/2021 si rintraccia l'aspetto innovativo più rilevante, riguardante il rapporto tra legge e amministrazione: a quest'ultima viene infatti richiesto un particolare sforzo adattivo nell'utilizzare strategicamente il suo potere di acquisto; in particolare, viene riconosciuto alla stazione appaltante uno spazio per "adattare" la funzione sociale dei contratti pubblici rispetto alle specificità del singolo affidamento e del settore di riferimento, anche nell'ottica del necessario bilanciamento con l'interesse specifico del contratto.

Quanto appena osservato vale con riguardo al *quomodo*, dal momento che le previsioni normative in questione richiedono «specifiche declinazioni attuative» nell'ambito dei bandi di gara (commi 4 e 5)³³; ma anche con riguardo all'*an*, avendo optato il legislatore per la soluzione del cd. «*comply or explain*». Il comma 7 prevede, infatti, che le stazioni appaltanti possono "escludere" (o "ridurre", prevedendo una quota inferiore) l'inserimento negli atti di gara dei requisiti necessari o premiali di sostenibilità individuati dal comma 4³⁴; ciò sulla base di una adeguata e specifica motivazione che dia conto delle ragioni dell'esclusio-

33 Art. 47, co. 4, del d.l. n. 77/2021 «Il contenuto delle clausole è determinato tenendo, tra l'altro, conto dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea, degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile e di tasso di occupazione delle persone disabili (...)». Il passaggio in corsivo nel testo è ripreso dalle «Linee guida volte a favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC», adottate con d.m. 7 dicembre 2021 (GU n. 309 del 30 dicembre 2021).

ne (o della riduzione) in relazione «all'oggetto del contratto, alla tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

Relativamente al profilo indicato (valorizzazione dello “spazio” dell'amministrazione e della sua discrezionalità³⁵), le disposizioni richiamate denotano un cambiamento rispetto alle previsioni del Codice del 2016 che hanno “aperto la strada” nel nostro ordinamento al *mandatory approach* nell'agire contrattuale sostenibile: in queste ultime³⁶, infatti, il margine di scelta sull'*an* e sul *quomodo* rimesso alle singole amministrazioni è molto ridotto se non proprio azzerato, venendo quasi interamente consumato dalle scelte fatte a monte (e in via generale e astratta) dal legislatore, oppure a livello ministeriale dai cd. “decreti CAM”. Ad avviso di chi scrive, quest'ultima impostazione porta con sé il rischio di favorire, o comunque avallare, atteggiamenti burocratici o adempitivi – *i.e.* di mera traduzione o recepimento formale del dato normativo – da parte delle stazioni appaltanti che così potrebbero non recepire in pieno e metabolizzare l'approccio strategico nell'agire contrattuale. Inoltre, si rinuncia a quella capacità di adattamento delle decisioni alle caratteristiche del caso concreto che è propria dell'agire amministrativo discrezionale e che si ritiene indispensabile nell'ottica del miglior temperamento delle tre dimensioni della sostenibilità, non sempre raggiungibile con la medesima efficacia mediante decisioni di carattere generale e astratto.

34 Si ritiene che l'espressione «requisiti di partecipazione» utilizzata dal comma 7 dell'art. 47 sia da intendere in senso lato e atecnico, come confermato dall'interpretazione estensiva di questa disposizione ricavabile dalle Linee guida citate *sub* nt. precedente.

35 Per discrezionalità qui si intende, nella logica funzionale propria del diritto Ue, la presenza di margini di scelta liberi, contrapposti alla produzione di effetti direttamente conseguenziali alla regolamentazione; G.F. LICATA, *I contratti pubblici come strumento di promozione dell'innovazione*, in A. MALTONI, (a cura di), *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, ESI, 2020, p. 223.

36 Si fa riferimento, in particolare, alle disposizioni poste a garanzia dell'equo trattamento dei lavoratori impiegati in fase esecutiva (l'art. 30, co. 4., nonché gli artt. 23, co. 16, 95, co. 10 e 97. co. 5 del Codice), come pure ai già richiamati artt. 50 sulle clausole sociali di riassorbimento e 34 sull'obbligo di inserimento dei criteri ambientali minimi previsti quali specifiche tecniche e quali clausole contrattuali (*rectius*, condizioni di esecuzione).

Al contempo, però, non va trascurato che il rimettere alla stazione appaltante un margine valutativo, soprattutto con riguardo all'*an* dell'inserimento di considerazioni orizzontali, potrebbe condurre a un depotenziamento della funzione sociale dei contratti pubblici e a un annacquamento della scelta del legislatore di rendere obbligatorio il perseguimento di obiettivi orizzontali. Ciò potrebbe accadere soprattutto in contesti, quale quello italiano, ove è ancora molto diffuso il fenomeno dell'"amministrativa difensiva", esploso nello scorso decennio anche a causa di scelte legislative volte a una curvatura, a tratti eccessiva, verso la dimensione della prevenzione della corruzione³⁷ e della prevalenza dei *constraints* sui *goals*³⁸. A ben vedere, la suddetta preoccupazione traspare anche nelle apposite Linee guida adottate con d.m. della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le pari opportunità, 7 dicembre 2021, contenenti modalità e criteri applicativi dell'art. 47 del d.l. n. 77/2021 ove, opportunamente, si precisa che la facoltà di ricorrere alla deroga non è incondizionata ma subordinata a un «*onere motivazionale particolarmente stringente*» attraverso cui l'amministrazione deve giustificare il mancato inserimento di requisiti, criteri e condizioni di natura sociale, dimostrando in modo specifico e concreto il potenziale contrasto tra la piena applicazione del comma 7 e gli interessi in precedenza richiamati.

È ancora prematuro dire se questi potenziali rischi siano tali da compromettere la bontà dell'impostazione scelta dal legislatore che, nel complesso, appare condivisibile. Molto dipenderà dall'atteggiamento delle amministrazioni, le quali dovrebbero evitare motivazioni "seriali" e "standardizzate", slegate quindi

37 Per una diversa impostazione, da ultimo, E. CARLONI, *Bagliori al tramonto. I piani di prevenzione della corruzione tra contrasto della criminalità e assorbimento nel piano integrato*, in *Ist. fed.*, 2022, 1, p. 117 ss.

38 In realtà, una certa ritrosia delle amministrazioni nell'assumersi il rischio di inserire considerazioni orizzontali nei loro contratti sembra abbastanza generalizzata tra i vari Paesi membri, come si può ricavare da diversi passaggi del Parere del Comitato europeo delle regioni - Relazione sull'attuazione delle direttive sugli appalti pubblici (2020/C 39/09), 5 febbraio 2020. Ciò senza togliere che, in alcuni casi, tale ritrosia è frutto di oggettive difficoltà e di incertezze normative, come può evincersi dalla relazione delle Commissioni sulla Attuazione delle politiche nazionali in materia di appalti e relative migliori prassi nel mercato interno, del 20 maggio 2021 COM(2021) 245 final (v. in part. par. 2.2, 2.51 e 2.5.2).

dalle peculiarità del caso concreto; ma anche dalla posizione che assumeranno i giudici, dai quali ci si aspetta una corretta “comprensione” della scelta del legislatore che, nel lasciare uno spazio valutativo alle singole stazioni appaltanti, non ha certo inteso annacquare o mitigare l’opzione di fondo per l’approccio obbligatorio.

Per concludere questa breve panoramica sulle più recenti misure rilevanti rispetto alla funzione sociale dei contratti pubblici, è opportuno un riferimento alla legge 21 giugno 2022, n. 78 che delega il Governo a riformare la materia dei contratti pubblici, ove possono rintracciarsi molte delle tendenze in precedenza evidenziate. Si ha, invero, una piena conferma della funzione affidata ai contratti pubblici quale “strumento di governo” e della posizione tendenzialmente paritaria delle dimensioni ambientale e sociale della sostenibilità, ribadita peraltro attraverso l’espreso richiamo agli obiettivi dell’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile ove agli obiettivi sociali e ambientali si dà la medesima enfasi³⁹. Inoltre, si può rintracciare sia l’ulteriore implementazione delle previsioni volte a rendere obbligatorio per le stazioni appaltanti l’inserimento di considerazioni sociali e ambientali, riconoscendosi al contempo all’amministrazione la possibilità di tenere conto «della tipologia di intervento»; sia l’ampliamento dello spettro di interessi orizzontali preso direttamente in considerazione dal legislatore, tra cui viene ricompresa tutela ambientale e dei lavoratori nelle catene di forniture in caso di prodotti provenienti da paesi *extra* UE (anche, ma non solo, in una logica di *fair competition* con le imprese europee).

2. *Horizontal policies* e finalità concorrenziali dell’intervento Ue in materia di *public procurement*

La concorrenza ha sempre avuto un ruolo importante per i contratti dell’amministrazione, sin da quando erano disciplinati dalle leggi di contabilità pubblica e il confronto competitivo tra imprese era considerato uno strumento

39 Per una panoramica dei 17 Goals dell’Agenda 2030, cfr. § 1, *sub* nt. 8.

per perseguire il «*supremo interesse dello Stato*»⁴⁰ che, al tempo, veniva in gran parte fatto coincidere con gli obiettivi di controllo/contenimento della spesa e di difesa dai possibili abusi dei funzionari e degli attori economici; d'altronde, è dato tradizionalmente acquisito che la natura di contraente anomalo dello Stato pone questioni di asimmetria informativa e di *agency problems* rispetto ai quali la teoria (e lo strumento) della gara costituisce la principale risposta⁴¹.

La centralità della concorrenza nel settore in questione è frutto della sua «funzione bifronte»⁴², ovvero del suo essere funzionale a diversi profili di interesse pubblico sottesi all'operazione contrattuale dell'amministrazione⁴³, tra cui l'interesse specifico del contratto e il *value for money* (i.e. l'interesse dell'amministrazione a ottenere alle migliori condizioni beni, lavori e servizi idonei a soddisfare i bisogni alla base dell'operazione negoziale, scegliendo a tale fine un contraente capace e affidabile), l'integrità delle procedure, come pure gli stessi obiettivi di sostenibilità, che possono essere meglio soddisfatti a seguito di una procedura di gara caratterizzata da una partecipazione ampia e, soprattutto, da una competizione effettiva.

Purtuttavia, questa strumentalità degli obiettivi concorrenziali rispetto ad altri obiettivi non è una costante, dal momento che varie e significative sono le ipotesi di potenziale conflitto. Per rimanere nell'ambito delle finalità orizzontali, si pensi all'evidente attrito che l'indicazione nella *lex specialis* di una specifica tecnica verde, non particolarmente diffusa nel mercato (oppure formulata con un particolare livello di dettaglio), può ingenerare rispetto all'obiettivo di massima apertura della gara; o, ancora, si pensi al potenziale contrasto tra l'obbligo

40 Così G. DE GIULI, voce *Contabilità generale dello Stato*, in *Dig. it.*, VIII, II, 1895-98, p. 746 ss., in part. 749 ma v. pure A. BONOMI, *Contratto amministrativo*, in *Dig. it.*, VIII, III, Torino, 1926, p. 422 ss.

41 Da ultimo M. CAFAGNO, *L'evoluzione dei fini e del disegno delle pubbliche gara*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 11 ss.; s.v. anche A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa University Press, 2011, pp. 43 ss. e 177 ss.

42 Così A. BARONE, R. DAGOSTINO, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici*, Napoli, ESI, 2017, p. 273.

43 Cfr. L.R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, in A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, ESI, 2020, p. 147 ss.

contrattuale di assumere disoccupati stabili residenti nel territorio ove si svolge la gara e la *par condicio*, nonché tra l'obbligo di applicare un determinato standard di tutela ai lavoratori (parametrato sul più alto costo della vita dello Stato dove la procedura viene bandita) e il *favor* per gli scambi transfrontalieri. Sempre in chiave esemplificativa dei possibili attriti operativi tra *horizontal policies* e obiettivi concorrenziali, possono richiamarsi gli effetti negativi sul mercato “macro”⁴⁴, e sul suo funzionamento concorrenziale ed efficiente, derivanti da scelte di sostenibilità differenziate tra le singole stazioni appaltanti (quale conseguenza dell'approccio abilitante in precedenza richiamato); come pure da un requisito relativo all'assunzione di disoccupati stabili che finisce per risultare determinare sull'esito di una procedura selettiva (dovendosi così escludere che la gara porti alla scelta dell'impresa migliore secondo le logiche proprie del mercato e dell'efficienza economica⁴⁵) ovvero da una previsione normativa che, per determinati affidamenti (ad es. per i servizi ad alta intensità di manodopera) impedisce di bandire gare al prezzo minimo.

Gli esempi riportati sono eterogenei ma non per questo casuali e/o improvvisati: li si è infatti citati per chiarire come il perseguimento di obiettivi di sostenibilità possa potenzialmente entrare in conflitto con profili concorrenziali tra loro diversi (*favor participationis*, *par condicio*, apertura agli scambi transfrontalieri, tutela del funzionamento concorrenziale del mercato macro, etc.) che sono oggetto di una differente considerazione e protezione giuridica da parte

44 Per mercato “macro” si fa riferimento – nell'ottica di distinguerlo dalla singola gara che può essere intesa come un mercato “micro” – a quello “privato” settoriale a cui si rivolge l'amministrazione quando opera come acquirente e sul cui funzionamento le sue scelte possono influire. La distinzione è ripresa, anche se in parte riadattata, da M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, p. 71 ss., in part. 76-77, il quale distingue tra la visione “macro” della concorrenza che prende in considerazione la normativa degli appalti pubblici e la politica degli acquisti della p.a. nel più generale contesto dell'azione pubblica sul funzionamento dei mercati; e la visione “micro” della stessa che considera la normativa sugli appalti volta a disciplinare un singolo atto di scambio tra due attori in un mercato, imponendo alla stazione appaltante di avviare una procedura a evidenza pubblica quando decide di stipulare un contratto.

45 Sull'impatto della singola procedura di aggiudicazione sulla struttura dell'offerta e sulle dinamiche competitive dei mercati privati, oltre M. CLARICH, *op. loc. ult. cit.* e L. PROSPERETTI, M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: una prospettiva economica*, M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 40.

della normativa sui contratti pubblici. Inoltre, i suddetti esempi appaiono idonei a supportare la convinzione secondo cui un puntuale inquadramento delle finalità concorrenziali e di mercato perseguite dal diritto Ue nel settore in questione risulti un profilo dirimente nell'ottica di un'ulteriore diffusione e rafforzamento dei *sustainable public procurement*. Invero, se per un verso è pacifico che le norme europee in tema di contratti pubblici sono ispirate a una matrice concorrenziale, per altro verso si rintracciano diverse calibrature e accentuazioni circa *ruolo* e *contenuto* degli obiettivi concorrenziali, nonché del loro *peso* ponderale e del loro generale *rilievo*.

Nel tentativo di inquadrare, per le ragioni indicate, questi profili, si ritiene opportuno prendere le mosse dall'ordinamento sovranazionale⁴⁶ e, in particolare, da alcuni “punti fermi” che hanno caratterizzato l'intervento comunitario sulla materia, contraddistinguendolo rispetto al cd. modello contabilistico sul quale il primo ha impattato⁴⁷. Uno di questi è la diversa, se non opposta, logica funzionale delle due discipline: sin dalle direttive di prima generazione degli anni '70, il bene giuridico direttamente tutelato dal legislatore comunitario non è l'interesse “interno” dell'amministrazione, ma quello “esterno” degli operatori economici. E invero la base giuridica delle direttive sui *public procurement* è da sempre rintracciabile negli artt. 53, par. 1 e 62, rispettivamente in tema di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, e nell'art. 114 del TFUE sul riavvicinamento delle normative nazionali che hanno a oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. In questa differente prospettiva, le finalità concorrenziali non costituiscono più solo un “interesse pubblico interno e strumentale”, divenendo anche un “interesse esterno” del mercato e dei suoi

46 Come in più occasione ha ricordato la Corte costituzionale, dal punto di vista del diritto interno, «la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario»; da ultimo sent. n. 4 del 2022 ma v. pure nn. 83 del 2018, 291 e 200 del 2012, 45 del 2010 e 12 del 2004.

47 Con l'espressione modello (o periodo) “contabilistico” si fa riferimento all'impostazione che caratterizzava la disciplina italiana in tema di attività contrattuale della p.a. prima dell'impatto del diritto comunitario: era infatti la *normativa generale di contabilità pubblica*, relativa alle entrate e alle spese dello Stato, che disciplina la materia.

operatori; il che, come è evidente, rende più problematica la “gestione” dei potenziali attriti tra i diversi interessi e obiettivi che vengono in rilievo.

Un ulteriore aspetto che può considerarsi difficilmente controvertibile è il riallineamento dei fini realizzato dalle direttive del 2014 le quali, pur senza rinnegare la matrice originaria della disciplina, hanno portato a una «desacralizzazione»⁴⁸ e a un ridimensionamento degli obiettivi concorrenziali⁴⁹. Questa vera e propria svolta, da inquadrare nella più generale evoluzione che ha caratterizzato il diritto dei trattati e il “*constitutional balance*” proprio del modello economico-sociale dell’UE⁵⁰, va in buona parte ricondotta alla volontà del legislatore europeo di rafforzare l’utilizzo dei contratti pubblici al servizio di «*obiettivi sociali comuni*», trovando in tal modo consacrazione il passaggio dalle *secondary* alle *horizontal policy*.

Su questi aspetti si tornerà successivamente per ulteriori precisazioni. Per il momento è sufficiente osservare che tale svolta, peraltro consolidata dai più recenti interventi (*supra* § 1 e 1.2), non rende superflua la prospettiva di indagine indicata. Invero, se dalle direttive del 2014 emergono indicazioni tendenzialmente univoche con riguardo al *peso* ponderale e al *rilevo* delle finalità concorrenziali rispetto alle operazioni di bilanciamento con gli altri obiettivi considerati dalla disciplina sui contratti pubblici, lo stesso non può dirsi con riguardo al *contenuto* e al *ruolo* della concorrenza. Questo secondo profilo è senz’altro suscettibile di ulteriori chiarimenti e approfondimenti, a maggior ragione dal momento che, con l’ultima riforma, è stata introdotta una previsione⁵¹ cui viene attribuita, non solo in dottrina, una significativa portata innovativa, tale da fugare

48 A. GIANNELLI, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, p. 127 ss, in part. 143.

49 In tal senso, *ex multis*, A. MASSERA, F. MERLONI, *L’eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 589; F. CARDARELLI, *Le direttive europee sui contratti pubblici*, in *Libro dell’anno 2015*, Roma, Treccani, 2015; E. FOLLIERI, *I principi generali delle Direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE*, in *Giustamm.it*, 4, 2014, 1 ss.

50 A. MASSERA, F. MERLONI, *op. loc. ult. cit.*

51 Si fa riferimento all’art. 18 della direttiva 2014/24/UE secondo cui «*la concessione della procedura*» non deve avere l’intento di «*limitare artificialmente la concorrenza*».

ogni dubbio, secondo questa tesi, circa il ruolo centrale da riconoscere al principio di concorrenza nella disciplina dei contratti pubblici⁵².

3. La lettura *ampia* del ruolo e del rilievo delle finalità concorrenziali della disciplina europea. La stazione appaltante quale regolatore della concorrenza tra imprese?

Proprio dalle posizioni che attribuiscono centralità al principio di concorrenza nella disciplina europea (e quindi nazionale) della materia è opportuno prendere le mosse, ritenendosi al tal fine possibile limitarsi a ripercorrere brevemente i tratti salienti della tesi di Sanchez Graells che – per spessore e profondità di analisi – ben si presta ad essere utilizzata in chiave paradigmatica delle posizioni più pro-concorrenziali⁵³.

A monte di queste posizioni vi è un presupposto economico: la convinzione che la concorrenza rappresenti il miglior strumento per l'efficiente allocazione delle risorse, la promozione della crescita economica e il perseguimento del benessere generale. Ciò implica la preferenza per un ordinamento giuridico nel quale i poteri pubblici si astengono il più possibile dall'intervenire sugli interessi concreti in gioco, limitando la produzione normativa e regolatoria a quanto necessario per il buon funzionamento dei mercati⁵⁴.

Questa assimilazione tra efficienza/razionalità economica e l'ordine economico di mercato basato sulla concorrenza non poteva che riflettersi in un settore nel quale la parte pubblica opera quale acquirente e ove hanno tradizionalmente avuto particolare rilievo gli obiettivi dell'efficienza economica e del *best value for money*: la concorrenza ha finito così per essere considerata (non uno tra gli strumenti ma) il *principale strumento* per il perseguimento degli interessi

⁵² *Infra*, § 4.1.

⁵³ Cfr. A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the Eu Competition Rules*, Oxford-Portland, Bloomsbury, 2015 e ID., *More Competition-Oriented Public Procurement to Foster Social Welfare*, in KV Thai (a cura di), *Towards New Horizons in Public Procurement*, Florida, Pr Academics Press, 2010, p. 81 ss. Da ultimo, ID., *Competition and procurement regulation: a goal, a principle, a requirement, or all of the above?*, in corso di pubblicazione nel volume *Steen Treumer's Mindeskrift* a cura di C.R. HAMER, E. BERTELSEN, M. ANDHOV e R. CARANTA (è stata consultata la versione reperibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4012022).

⁵⁴ Così F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, p. 15 ss., in part. 23.

pubblici sottesi all'attività contrattuale dell'amministrazione⁵⁵. In questa prospettiva, viene ritenuto necessario e opportuno non solo garantire la massima concorrenzialità nella singola operazione di acquisto (*concorrenza in senso micro*), ma anche assicurare che la p.a. si rivolga a mercati concorrenziali, correttamente funzionanti (*concorrenza in senso macro*)⁵⁶. La regolazione del settore dei contratti pubblici, quindi, pur non potendo essere elevata a soluzione principale per la tutela e la promozione della *concorrenza in senso macro*, viene considerata e orientata anche in questa direzione. Da ciò si fanno discendere diverse conseguenze, alcune teoriche altre più operative.

Quanto al primo profilo, si attribuiscono alla regolazione europea sui contratti pubblici gli stessi obiettivi di tutela/promozione della concorrenza e di garanzia del corretto funzionamento del mercato propri del *diritto antitrust* (art. 101 ss. TFUE); la disciplina in tema di *public procurement* dovrebbe quindi essere rivolta a replicare le medesime dinamiche competitive proprie dei mercati privati o, comunque, dovrebbe incentrarsi sulle stesse logiche e finalità del diritto della concorrenza, innanzitutto quelle dell'efficienza economica e allocativa. Questa lettura, in passato elaborata a partire dall'assunto della concorrenza quale principio generale del diritto UE, avrebbe da ultimo trovato conferma nelle direttive del 2014 alle quali potrebbe attribuirsi l'espressa consacrazione della concorrenza quale principio generale (anche) del settore dei contratti pubblici.

Dal punto di vista più operativo, Sanchez Graells sostiene che la disciplina di settore debba essere interpretata e applicata «*in a pro-competitive way*», in modo da non ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza; inoltre, le stazioni appaltanti dovrebbero evitare qualunque pratica che, in qualsiasi modo, possa impedire, limitare o distorcere la concorrenza, dovendosi ravvisare in capo a

55 F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, p. 17 ss. la quale, in termini generali, osserva che «*in virtù di questa qualità l'ordine della concorrenza non si presenta come un mezzo tra altri, pure ipotizzabili, per promuovere il benessere economico e si identifica, piuttosto, con quest'ultimo. L'attitudine del mezzo a raggiungere il fine ne fa tutt'uno con il fine*».

56 Si riprende la distinzione di M. CLARICH illustrata *sub* nt. 44.

loro «*a duty to ensure that public contracts reflect normal market conditions to the maximum possible extent*». Come anticipato, infatti, secondo questa prospettiva le finalità concorrenziali della disciplina dei contratti pubblici riguarderebbero sia la concorrenza “micro” (nella singola gara), sia la concorrenza “macro”: l’acquirente pubblico dovrebbe quindi astenersi da qualunque decisione o scelta che possa alterare, distorcere o restringere la concorrenza nel mercato (privato) cui si rivolge quando procede all’acquisto di beni, lavori e servizi. D’altronde, costituirebbe una «*overly-simplified description*», e sarebbe quindi da rivedere, la considerazione del mercato dei contratti pubblici quale “mercato pubblico”, creato artificialmente e distinto da quelli privati, nonché incentrato sul perseguimento dell’interesse pubblico piuttosto che su «*economic considerations*»; ciò dal momento che gli operatori economici che partecipano a una gara sono, soprattutto nei contratti riguardanti i beni e i servizi (a eccezione di settori particolari come la difesa), gli stessi che operano nei “mercati privati”, dovendosi pertanto prestare maggior attenzione alle distorsioni che l’agire negoziale delle pubbliche amministrazioni può causare sul funzionamento di tali mercati.

Coerentemente con questa impostazione, l’Autore rilegge in chiave pro-competitiva molti istituti della procedura a evidenza pubblica, giungendo quasi sempre a interpretazioni restrittive dello spazio regolativo e decisionale dei legislatori nazionali e, soprattutto, delle stazioni appaltanti e della loro «*executive discretion*»⁵⁷.

Si possono svolgere alcune considerazioni a partire dalla descritta imposizione, innanzitutto con riguardo alla suddetta limitazione dello spazio regolatorio e decisionale degli attori pubblici che, è bene precisare, l’Autore citato non giustifica alla luce di una minor attenzione per gli interessi pubblici sottesi all’operazione contrattuale dell’amministrazione (e, quindi, in un’ottica di mero *favor* per l’interesse esterno degli operatori economici). Egli, infatti, ritiene che limitare lo spazio di scelta degli attori pubblici nell’ottica di evitare pregiudizi al

57 *Amplius* E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, cit., p. 53 ss., 71 ss.

funzionamento efficiente e concorrenziale dei mercati costituisca il modo miglior per consentire agli stessi di raggiungere gli interessi pubblici che intendono perseguire (legislatori) e/o di cui sono titolari (amministrazioni): *value for money*, integrità e imparzialità delle procedure, etc. Seguendo questa prospettiva, si potrebbe anche sostenere che il potenziale conflitto, in precedenza evidenziato, tra “interesse interno” (della p.a.) e “interesse esterno” (del mercato e dei suoi operatori) si riduca in realtà a poca roba; per chiarire il concetto con un esempio, le regole concorrenziali che, nell’ottica di favorire la massima partecipazione alla gara, impediscono alla stazione appaltante di optare per una procedura accelerata e/o semplificata⁵⁸ solo apparentemente costituirebbero un ostacolo al soddisfacimento dell’interesse proprio della stessa amministrazione: in futuro, infatti, questa verrà “ricompensata” dal momento che, potendosi rivolgere a mercati più efficienti, sarà meglio in grado di perseguire il *value for money* nei suoi acquisti.

Come lo stesso Autore ha puntualmente riconosciuto⁵⁹, questa impostazione è strettamente dipendente dall’accettazione dell’idea che ne sta alla base: la concorrenza quale miglior strumento per il perseguimento dell’interesse generale e la preferenza per un ordinamento ove l’intervento dei poteri pubblici sia il più possibile circoscritto alla garanzia del buon funzionamento dei mercati. Se questo presupposto soggettivo viene a mancare, la percezione che se ne trae è che si rischia di porre in secondo piano il ruolo che realisticamente compete all’amministrazione nelle vicende analizzate, ovvero di “parte pubblica” che si rivolge al mercato per ottenere beni, lavori e servizi idonei a soddisfare bisogni in precedenza individuati. Dalla suddetta impostazione, infatti, emerge l’immagine della stazione appaltante quale *regulatory subject* della concorrenza tra

58 Per questo esempio si è presa ispirazione da L.R. PERFETTI, *Per una teoria dell’interesse pubblico nelle gare per l’assegnazione dei contratti pubblici*, cit., p. 157.

59 Cfr. A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the Eu Competition Rules*, cit., p. 24 ove si osserva che «*some of the analysis conducted in this study is heavily dependent on legal-political or ideological foundations (relating to the role of government in a mixed economy, to the trade-offs between diverse and often conflicting interests behind the implementation of public procurement regulations and competition law itself, etc.). Rejection of those assumptions might imply rejection of the research as a whole*».

imprese, cui spetta assicurare il corretto funzionamento del mercato⁶⁰. Immagine che diviene ancora più nitida in altre ricostruzioni, meno poderose di quella di Sanchez Graells, e soprattutto in alcune decisioni rintracciabili nel *case law* nazionale ove l'attenzione per la massima partecipazione alla gara e per l'aspettativa alla partecipazione e/o aggiudicazione degli operatori economici vengono a tal punto enfatizzati da far sorgere dei dubbi sull'effettiva funzione della concorrenza (concepita solo apparentemente come un mezzo, ma nella sostanza trasformata in un fine)⁶¹. Tutto ciò con la conseguenza, sempre ad avviso di chi scrive, che a risultare distorta è, più in generale, la funzione stessa dell'agire contrattuale dell'amministrazione quale strumento per soddisfare interessi pubblici e generali, e solo dopo e di riflesso quale occasione di competizione e di guadagno per le imprese.

Un ulteriore sviluppo del ragionamento sembra confermare queste conclusioni.

Preliminarmente va evidenziato come, nell'impostazione fin qui descritta, possa ravvisarsi una stretta correlazione tra il ruolo centrale attribuito al principio di concorrenza nella disciplina UE di settore e il vincolo per le amministrazioni di perseguire il *best value for money* quando operano quali acquirenti: è (anche) il miglior perseguimento di questo obiettivo, infatti, che giustificerebbe la limitazione dello spazio regolatorio/decisorio di legislatori e amministrazioni nazionali richiesta dal principio di concorrenza e dal rafforzamento delle logiche competitive. Da questa osservazione discendono due conseguenze.

In primo luogo, il *value for money* nell'attività negoziale delle p.a. dovrebbe essere annoverato tra gli obiettivi perseguiti dall'intervento Ue sul settore e, quindi, tra quelli propri delle direttive sui *public procurement*; diversamente, risulterebbe problematico giustificare una limitazione dell'autonomia regolativa

60 In tal senso, in termini critici, F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Catanzaro, 2020, in particolare il cap. IV.

61 Da ultimo, in questa direzione può nuovamente richiamarsi TRGA, sez. Trento, 2 marzo 2022, n. 45 (*supra*, § 1, *sub* nt. 11).

degli Stati membri, da parte dell'ordinamento sovranazionale, nell'ottica del miglior perseguimento del *value for money*.

In secondo luogo, l'impostazione descritta presuppone che il *value for money* venga necessariamente conformato sul paradigma dell'efficienza (meramente) economica e incentrato esclusivamente su considerazioni di tale natura⁶²; essa, al contrario, risulta difficilmente conciliabile con una concezione più complessa e sfaccettata del *value for money*, comprendente anche aspetti di natura *lato sensu* sociale e quindi maggiormente assimilabile a un più ampio concetto di interesse pubblico, di valore pubblico o di sostenibilità (comprensivo anche della dimensione sociale e ambientale). In altri termini, questa visione dell'attività contrattuale dell'amministrazione e della sua regolazione (incentrata su un *value for money* appiattito sull'efficienza economica e sull'inquadramento del principio di concorrenza quale baricentro del sistema) risulta difficilmente conciliabile con una scelta, generalizzata e di sistema, di seguire un approccio strategico volto al perseguimento di *horizontal policies* e alla massimizzazione del valore pubblico.

Non è certo casuale, quindi, che coloro che più si avvicinano alla prima concezione dei *public procurement* guardino con particolare scetticismo alla seconda opzione, enfatizzando i rischi dell'utilizzo strategico dei contratti pubblici in termini di riduzione dell'efficienza economica e dell'efficacia delle procedure di aggiudicazione, di aumento dei costi, di minor qualità degli acquisiti, di restrizione della concorrenza, etc. In questa prospettiva, viene suggerito di evitare il "sovraccarico" funzionale che inevitabilmente conseguirebbe a tale utilizzo strategico, ritenendosi preferibile il ricorso ad altri strumenti giuridici per il perseguimento di obiettivi di natura sociale e ambientale. Questa soluzione, viene sostenuto, potrebbe risultare preferibile persino sotto il profilo dell'efficacia delle *policy* di sostenibilità, che beneficerebbero del *surplus* di risorse finanziarie

62 In una direzione simile cfr. P. KUNZLIK, *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime*, in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Oxford-Portland, Cambridge University Press, 2013, p. 310 ss.

derivanti dalla massimizzazione della logica concorrenziale e dell'efficienza economica nel settore dei contratti pubblici⁶³.

A ben vedere, diversi sono i punti di contatto tra questo approccio e quello seguito a livello comunitario a partire dalla seconda metà degli '80, in particolare dal cd. "rapporto Cecchini" su *Il costo della non Europa nel settore degli appalti pubblici* del 1987 ove la Commissione CE aveva enfatizzato i vantaggi derivanti dalla liberalizzazione del settore dei contratti pubblici⁶⁴. Questo documento, infatti, non solo aveva dato un forte impulso alla conformazione alle logiche concorrenziali e di mercato dei *public procurement*, divenuta il principale obiettivo dei successivi interventi sulla materia; ma aveva anche posto le basi per l'affermarsi del c.d. *purity principle*⁶⁵ o *economic approach*, fatto proprio in modo deciso dalla Commissione a partire dalla Comunicazione sugli aspetti regionali e sociali degli appalti pubblici del 1989. Secondo tale principio/approccio, i contratti pubblici sarebbero uno strumento economico e come tali andrebbero utilizzati; la valutazione comparativa delle offerte, pertanto, dovrebbe basarsi su parametri strettamente economici, mentre le considerazioni non economiche (ambientali, sociali etc.) potrebbero acquisire rilievo nella scelta del contraente alla sola condizione che risultino al contempo idonee a procurare anche vantaggi di natura economica («*economic benefit*») all'amministrazione aggiudicatrice⁶⁶.

63 In tal senso, da ultimo, K-M. HALONEN, *Is public procurement fit for reaching sustainability goals? A law and economics approach to green public procurement*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, 28, 4, p. 535 ss., in part. 555.

64 Questo Rapporto è stato preceduto dalla pubblicazione di due documenti (il *Libro Bianco sul completamento del mercato interno* del 1985 e l'*Atto unico europeo* del 1986) che hanno contribuito alla forte accelerazione del processo di integrazione economica e, quindi, a rilanciare la politica di apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.

65 Cfr. H. CAROLI CASAVOLA, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 44 ss.

66 Questa concezione della contrattualistica pubblica sembra riflettere processi evolutivi più ampi e generali che hanno caratterizzato il processo di integrazione europea, come il prevalere dell'economia e del metodo economico sul diritto e sulla politica (anche quale conseguenza della scelta per la via funzionalista); sul tema cfr. A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2018, *passim*, in part. pp. 45 ss. e 59 ss.; v. anche, in una prospettiva non distante, R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, Maggioli, 2016. Su come questi processi abbiano inciso sul principio di eguaglianza sostanziale cfr. L.R. PERFETTI, *L'eguaglianza come*

Appare evidente l'obiettivo di fondo di depurare il *value for money* da ogni elemento riconducibile al "*public animus*", per attribuirgli un ruolo strumentale all'efficienza allocativa ed economica, analogo a quello che nei mercati privati è svolto dalla ricerca del massimo profitto⁶⁷.

Tutto ciò, si ritiene, aiuta a far luce su quali siano state, allora, le effettive ragioni dell'ostracismo della Commissione nei confronti del perseguimento di politiche secondarie attraverso i contratti pubblici, cui ha fatto seguito la loro marginalizzazione a livello di Stati membri, almeno fino all'inizio degli anni '00⁶⁸. Se è innegabile che questo ostracismo trovasse fondamento in *ragioni giuridiche* (dal momento che a quel tempo l'utilizzo strategico dei contratti pubblici spesso si concretava, a livello nazionale, in pratiche riconducibili al *buy national*, difficili da rendere compatibili con un quadro regolatorio conformato alla creazione del mercato unico), esso tuttavia si fondava soprattutto su *ragioni economiche*, in particolare sul timore che l'inserimento di considerazioni sociali e ambientali nelle procedure di aggiudicazione potesse compromettere i vantaggi economici derivanti dall'apertura del mercato e dalla concorrenza. D'altronde in questa direzione depone il fatto che la prima vera apertura all'utilizzo strategico dei contratti pubblici, con conseguente messa in discussione del *purity principle*, sia avvenuta a quadro normativo invariato, a seguito di alcune importanti decisioni della CGUE⁶⁹.

Sebbene in via ancora preliminare, si può in conclusione sostenere che una lettura marcatamente pro-concorrenziale del settore dei contratti pubblici consegua a una determinata visione di matrice politico/economica, mentre è

«compito della repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano, in *questa Rivista*, IX (2/2021), p. 13 ss. che si segnala anche per la condivisibile dose di realismo della parte propositiva.

67 Così P. KUNZLIK, *op. ult. cit.*, 311 ss.; in una direzione simile v. M. CAFAGNO, *Lo stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 276. Sulle origini culturali e valoriali del principio del massimo profitto come bussola dell'agire societario, A. BOITANI, *L'illusione liberista, Critica dell'ideologia di mercato*, A. BOITANI, *L'illusione liberista*, Bari, Laterza, 2021, pp. 3-42.

68 *Amplus* sul punto, C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford University Press, 2007, pp. 332 ss e 361 ss.

69 Corte giust. 26 settembre 2000, C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais*; 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus*; 4 dicembre 2003, C-448/01, *EVN AG*.

difficilmente considerabile come giuridicamente imposta. Il che, congiuntamente alla direzione segnata dai più recenti interventi in materia di *public procurement* (*supra*), costituisce un elemento da cui muovere per una lettura alternativa delle finalità concorrenziali della disciplina UE del settore, diversa cioè da quella che riconosce un ruolo centrale al principio di concorrenza e all'efficienza (meramente) economica.

4. La lettura *restrittiva*: la concorrenza quale «ricaduta pratica» della *par condicio* tra gli offerenti e dell'eliminazione delle barriere all'accesso al mercato

Nell'analisi appena conclusa delle posizioni più pro-concorrenziali si è sottolineato come esse presuppongano una stretta correlazione tra la centralità del principio di concorrenza e il vincolo per le amministrazioni di perseguire il *best value for money*. In effetti, questa stretta correzionale sembra trovare diversi riscontri negli interventi delle Istituzioni UE che, in numerose occasioni, hanno incluso il *value for money* e i suoi corollari tra gli obiettivi propri della disciplina europea del settore. Limitando l'attenzione agli interventi più recenti, si pensi all'enfasi che l'ultima riforma ha riservato all'efficienza della spesa pubblica e alla qualità degli acquisti dell'amministrazione⁷⁰; la stessa CGUE ha più volte richiamato lo stretto legame tra massima apertura alla concorrenza e *value for money* (inteso quale interesse dell'amministrazione ad avere «un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività») per giustificare decisioni sfavorevoli nei confronti degli Stati membri, in quanto limitative della loro autonomia regolativa⁷¹.

70 Cfr. Considerando n. 2 della direttiva 2014/24/UE. In dottrina, cfr. M.P. CHITI, *Principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, *Fonti e principi. Ambito. Programmazione e progettazione*, Milano, Giuffrè 2019, p. 285 ss. e M.E. COMBA, *Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws*, in F. LICHÈRE, R. CARANTA, S. TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement: The new Directive*, Copenhagen, DJØF Publishing, 2014, p. 29 ss.

71 Corte giust. 23 dicembre 2009, C-305/08, *Conisma*, p. 37, poi ripresa in altre decisioni (18 dicembre 2014, C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi*, 34; 10 ottobre 2013, C-94/12, *Svm Costruzioni*, p. 32).

Nonostante tali riscontri, risulta assolutamente convincente quella dottrina che, in senso contrario, ha ben messo in evidenza come il *value for money* non vada annoverato tra i beni giuridici direttamente tutelati dalle direttive sui *public procurement*⁷²; ciò in virtù della loro base giuridica ancorata nel diritto Ue del mercato interno (*supra*) e dell'impossibilità di intendere questo quale «*a value-free synonym for general economic governance*»⁷³. Al più, può ritenersi condivisibile la tesi⁷⁴ che, sempre con riguardo alle finalità dell'intervento UE sul settore, tende a distinguere tra un *approccio giuridico* (volto ad assicurare effettività alle libertà di circolazione previste dai trattati) e un *approccio economico* (con finalità più ampie, tra cui il *value for money*); ciò alla sola condizione, però, che si precisi come esclusivamente la prima finalità (garanzie delle libertà di circolazione) possa giustificare limitazioni all'autonomia regolativa e istituzionale degli Stati membri.

Le posizioni delle Istituzioni UE sopra richiamate rischiano quindi di risultare fuorvianti e di ingenerare confusione tra gli operatori del settore⁷⁵. In ogni caso, esse non dovrebbero esser intese quale tentativo di internalizzazione europea dell'obiettivo del *value for money*, in termini tali, peraltro, da legittimare le Istituzioni UE a imporre questo obiettivo agli Stati membri secondo un approccio *top-down*, eventualmente dopo averlo conformato e/o rielaborato secondo la logica della efficienza meramente economica. Diversamente, l'enfasi delle ultime direttive per l'efficienza della spesa pubblica e la qualità delle commesse andrebbe intesa quale (maggiore) riconoscimento e rispetto delle politi-

72 Oltre a M.E. COMBA, *op. ult. cit.*, p. 4 e 47, si v. R. CARANTA, *The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*, cit., p. 403 ss.; S. ARROWSMITH, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, in *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Swedish Competition Authority, 2012, p. 44 ss., in part. 85 e A. HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, 1, p. 181 ss., in part. 184.

73 Così l'Avvocato generale Fennelly nelle conclusioni del 15 giugno 2000, relative alla causa C-376/98, *Germani c. Parlamento e Consiglio*, p. 83 richiamato da S. ARROWSMITH, *op. loc. ult. cit.*

74 C. BOVIS, *EU public procurement law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2012, p. 4 ss.

75 Così S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles*, in IID. (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009, p. 30. Nella direzione contestata v., da ultimo, Cons. St., sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402 secondo cui obiettivo di fondo della normativa euro-unitaria pro-concorrenziale sarebbe quello di garantire la migliore offerta al consumatore, più innovativa e maggiormente attrattiva.

che pubbliche nazionali di settore mirate al perseguimento di finalità che rimangono proprie di tali ordinamenti. In tal modo trovando conferma sia il riallineamento delle finalità del settore (*supra*), sia la prospettazione delle direttive europee quali testi normativi «*consapevolmente parziali*» e «*non autosufficienti*»⁷⁶, le cui finalità vanno amalgamate e bilanciate con gli interessi propri del livello di governo nazionale.

Quanto appena osservato consente un'indicazione ulteriore, di rilievo generale, nell'economia del ragionamento intrapreso: il fatto che la base giuridica delle direttive sui *public procurement* vada rintracciata in disposizioni del TFUE, quali quelle sul diritto del mercato interno, diverse dagli artt. 101 ss. (*i.e.* le uniche previsioni generali del diritto europeo in tema di concorrenza), rappresenta il punto da cui muovere per prospettare una diversa lettura di *contenuto* e *tipologia* delle finalità concorrenziali della regolazione UE sui contratti pubblici, nonché per attribuire alla concorrenza un *ruolo* differente da quello di principio generale della materia.

Quella del rapporto tra diritto UE del mercato interno e diritto UE della concorrenza è questione certamente complessa e tuttora dibattuta; gli studi sul tema consentono comunque di affermare che questi due sistemi regolativi si differenziano tra loro solo non solo sul piano operativo (ad es. per modalità di funzionamento, ambito di applicazione e sistema di *enforcement*)⁷⁷ ma anche sul piano finalistico⁷⁸; e ciò ancorché parte della dottrina ravvisi un processo di progressivo riavvicinamento. D'altronde, senza che si intenda mettere in discussione il comune obiettivo di fondo (il mercato interno), appare abbastanza

⁷⁶ F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più*, cit., cap. IV

⁷⁷ Si v. da ultimo le conclusioni dell'Avv. Generale Medina del 3 febbraio 2022 relative alla causa C-436/20 *ASADE*, p. 52 ove si osserva come le nozioni di «*servizi di interesse generale*» e di «*attività economica*» sviluppate nel settore degli appalti pubblici e nel contesto della libertà fondamentali tendono variare rispetto a quelle sviluppate in altri settori, quale il diritto della concorrenza e degli aiuti di stato. Sul punto sia consentito rinviare a E. CARUSO, *L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2017, p. 1113 ss., in part. 1137 ss.

⁷⁸ D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2010, 18 ss.

evidente come tali sistemi regolativi vi contribuiscono con modalità e forme differenti.

Il *diritto antitrust* si è progressivamente emancipato dalla funzione di integrazione dei mercati, risultando oggi prevalente il suo ruolo di tutela e promozione del funzionamento corretto e concorrenziale del mercato, con un peso significativo riconosciuto al perseguimento dell'efficienza economica e allocativa; e ciò al netto dell'amplessimo dibattito sulle finalità ultime di questo sistema regolativo che, comunque, non impedisce di rintracciare il bene giuridico tutelato nella concorrenza come istituzione e non, invece, nelle posizioni individuali dei singoli *competitor*. Peraltro, autorevole dottrina ha osservato come, considerando le più recenti politiche *antitrust* di livello europeo e nazionale, può ritenersi prevalente una *concezione funzionale* di concorrenza intesa quale processo di interazione dinamica e innovativa tra imprese ("poche o molte non importa"), che assumono decisioni e agiscono in maniera tale da posizionarsi nel modo migliore nel mercato. Di contro, rimarrebbe sullo sfondo l'altro protagonista della «grande dicotomia» che ha tradizionalmente caratterizzato la teoria della concorrenza, ovvero la *concezione statica e strutturalistica* della stessa, da intendersi quale garanzia del pluralismo del mercato⁷⁹ (il che vale, a maggior ragione, se il pluralismo è inteso quale riflesso della tutela di libertà economiche individuali⁸⁰).

79 M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Diritto – Annali III*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 195 ss., 217 ss. e 240 ss.; ID., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 36 ss. e 546 ss. Nella stessa direzione, da ultimo, F. DECAROLIS, A. HEIMLER, *I contratti pubblici: derogare alle regole o insegnarne il rispetto?*, in *Merc. conc. reg.*, 2021, 2, p. 367 ss., in part. 370 ove si osserva che la nozione di concorrenza sviluppata nell'Unione europea nel settore dei contratti pubblici, «intesa soprattutto come partecipazione al mercato, indipendente da qualsiasi giustificazione in termini di efficienza» non è la nozione di concorrenza dell'*antitrust* e neanche quella degli economisti: «in questi ambiti si discute e si promuove la concorrenza esclusivamente in termini di rivalità tra concorrenti, non come diritto alla partecipazione al mercato»; ciò nell'ottica di «fornire alle imprese gli incentivi necessari a realizzare beni e servizi che soddisfino sempre meglio le esigenze dei consumatori», mentre «promuovere la partecipazione delle imprese al mercato non necessariamente conduce alla massimizzazione della soddisfazione».

80 M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. impr.*, 2019, 4, p. 1255 ss., in part. 1265 ss.

È *ictu oculi* manifesta la differenza con il *diritto Ue del mercato interno* e, in particolare, con le quattro libertà di movimento che, pur non prive di una finalità sistemica (la costruzione del mercato unico), possono considerarsi quali norme attributive di posizioni giuridiche soggettive agli operatori economici, tutelate dal diritto UE a prescindere dall'entità dell'impatto della misura nazionale sull'obiettivo sistemico⁸¹. Questo obiettivo, inoltre, non pare del tutto assimilabile a quello proprio del diritto *antitrust*: nel caso delle quattro libertà di circolazione, per quanto sia ravvisabile un impatto sulle condizioni di competizione tra le imprese⁸², risulta senz'altro prevalente la *funzione di "costruzione"* del mercato unico, allo scopo di integrare i singoli mercati nazionali; una *dimensione strutturale* (chi e come vi partecipa) del mercato, quindi, piuttosto che una dinamica/evolutiva (come esso deve funzionare). Peraltro, spesso rimane sullo sfondo il perseguimento dell'efficienza allocativa ed economica, in più occasioni postergato all'obiettivo di favorire gli scambi transfrontalieri⁸³.

Questi tratti caratterizzanti il diritto UE del mercato interno trovano riscontro anche nel sub-settore regolativo dei contratti pubblici, potendosi ravvisare una tendenziale coerenza e convergenza delle rispettive dinamiche evolutive (es. passaggio dall'integrazione negativa a quella positiva; passaggio dall'iniziale contrasto alle sole misure discriminatorie al successivo affermarsi del principio di parità di trattamento, nonché dell'obiettivo di abolizione delle barriere all'accesso al mercato, non solo quelle discriminatorie). D'altronde, sempre a conferma della comune conformazione di questi settori regolativi (quello generale del mercato interno e quello settoriale dei *public procurement*), va evidenziato

81 Cfr. G.T. DAVIES, *Between market access and discrimination: free movement as a right to fair conditions of competition*, in P. KOUTRAKOS, J. SNELL (a cura di), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2017, p. 26 ss.

82 Ad esempio, il principio del mutuo riconoscimento – nella misura in cui impone allo Stato ospitante di consentire l'ingresso dei prodotti rispettosi delle regole fissate nello Stato di provenienza – contribuisce a conformare le regole che gli operatori economici devono rispettare quando esercitano un'attività economica e, quindi, finisce per incidere sulle condizioni di competizione tra operatori nazionali e operatori stranieri.

83 Nel senso che la logica europea volta ad allargare la partecipazione alla gara non sempre favorisce il conseguimento di «*valore in cambio di denaro*», cfr. F. DECAROLIS, A. HEIMLER, *op. ult. cit.*, 370-371 e 381.

come i giudici europei, a parte limitate eccezioni⁸⁴, hanno sempre affrontato le questioni riguardanti i contratti pubblici secondo categorie, canoni di ragionamento e percorsi argomentativi propri del diritto Ue del mercato interno. È infatti costante la massima, coerente con la base giuridica delle direttive, secondo cui l'intervento Ue sul settore «è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci»; il bene giuridico tutelato, pertanto, è la posizione giuridica individuale, ovvero l'interesse «degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro»⁸⁵.

Non mancano, a dire il vero, decisioni che attribuiscono alle direttive anche un obiettivo sistemico, ovvero l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza e, quindi, il pluralismo nel mercato (micro)⁸⁶; tuttavia, ammesso che questo vada effettivamente considerato quale *obiettivo diretto* delle direttive (*infra*), in ogni caso si tratterebbe di una concezione statico/strutturale di concorrenza non del tutto sovrapponibile a quella dinamica e funzionale oggi propria del diritto *antitrust*.

Alla convergenza con il diritto Ue del mercato interno, fanno da contraltare evidenti divergenze tra il settore dei contratti pubblici (e la sua disciplina) e altri settori incentrati, invece, sul principio di concorrenza, a partire dal fatto che l'ordinamento sovranazionale non prevede la costituzione di un'apposita Autorità di regolazione, imposta invece in diversi settori oggetto di liberalizza-

84 L'eccezione più rilevante rimane la nota decisione Cort. giust. 7 ottobre 2004, causa C-247/04, *Sintesi* con la quale è stata ritenuta contraria al diritto Ue una previsione della legge Merloni che prevedeva, in via generale e astratta, il prezzo più basso quale unico criterio di aggiudicazione. Secondo la Corte, nel privare le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari del singolo appalto, tale misura impediva loro di scegliere «il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta». Così motivata, tale decisione sembrerebbe attribuire alle direttive una funzione di allocazione ottimale delle risorse, che va ben oltre la mera garanzia delle libertà individuali di circolazione.

85 Corte giust., 12 dicembre 2002, C-470/99, *Universal-Bau*, p. 41 ma nello stesso senso, *ex multis*, 18 giugno 2002, C-92/00, *Hospital Ingenieur*, p. 43; 3 ottobre 2000, C-380/98, *University of Cambridge*, p. 16; 18 ottobre 2001, C-19/00, *SIAC Construction*, p. 32; 2 giugno 2016, C-410/14, *Dr. Falk Pharma GmbH*, p. 35.

86 *Infra* § 5, *sub* nt. 127.

zione e successiva regolazione⁸⁷. Peculiari sono, d'altronde, le dinamiche concorrenziali che si sviluppano nel settore oggetto di analisi, ove la competizione tra imprese non è libera di esplicarsi secondo il suo incedere naturale, ma può innanzitutto svolgersi nei limiti in cui gli operatori economici si conformino alle prescrizioni contenute nella legge generale e in quella speciale, che creano un "mercato artificiale" nel quale competere⁸⁸. Proprio per sottolineare come alcune caratteristiche disciplinari dei *public procurement* risultino per certi versi antitetiche rispetto alle logiche di altri mercati incentrati sul principio di concorrenza, è stato autorevolmente sottolineato che la scelta del contraente a trattativa privata, «*momento fisiologico*» del gioco competitivo, nel settore dei contratti pubblici sia considerata una restrizione della concorrenza ed è, infatti, consentita in termini residuali⁸⁹.

Quanto fin qui osservato consente di prospettare, sinteticamente, un inquadramento del contenuto e della tipologia delle finalità concorrenziali della regolazione Ue sui contratti pubblici alternativo a quello descritto nel precedente paragrafo, come pure di mettere in discussione il ruolo centrale attribuito al principio di concorrenza e l'accostamento tra le finalità competitive proprie della disciplina sui contratti pubblici e quelle invece caratterizzanti gli artt. 101 ss. del TFUE. D'altronde, pur non potendosi negare che una disciplina volta ad assicurare l'effettività delle libertà di circolazione degli operatori economici rispetto all'attività contrattuale dell'amministrazione risulti coerente rispetto a un

87 Per un'analisi delle differenze tra la regolazione del mercato dei contratti pubblici e la regolazione che caratterizza altri mercati, cfr. L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 2, p. 73 ss., in part. 77 e ID., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, p. 605 ss.

88 S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione pubblici*, *Riv. reg. merc.*, 2016, 1, p. 23 ss. Sulle differenze tra i "mercati pubblici" (incentrati sul pubblico interesse) e i "mercati privati" (incentrati sulla massimizzazione del profitto), cfr. C. BOVIS, *The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market*, Aldershot-Brookfield, Routledge, 1998, p. 5 ss.; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., p. 36 ss.

89 M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., 546-547, secondo cui spesso si confonde il principio di massima partecipazione alle gare con la tutela della concorrenza; in termini simili v. M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, cit., p. 88. In una direzione simile, v. da ultimo F. DECAROLIS, A. HEIMLER, *op. loc. ult. cit.* (si v. in part. i passaggi richiamati *sub* nt. 79).

sistema economico basato sulla concorrenza, ciò non è sufficiente per assimilare le procedure concorsuali per la scelta dell'aggiudicatario all'economia di concorrenza⁹⁰.

La concorrenza «libera» ed «effettiva» cui fanno riferimento le direttive non dovrebbe risultare necessariamente riconducibile e assimilabile a quella tutelata e promossa dal diritto della concorrenza e caratterizzante altri mercati, ma va inquadrata nell'ambito della tutela delle libertà di circolazione dei soggetti interessati a divenire contraenti dell'amministrazione. In questa direzione, appare del tutto convincente l'accostamento dei meccanismi di selezione dell'aggiudicatario nel settore dei *public procurement* alle dinamiche competitive che discendono dal rispetto dei principi di eguaglianza, parità di trattamento, imparzialità, pubblicità e trasparenza allorché l'amministrazione pubblica distribuisce risorse scarse (es. concessione di uso esclusivo di beni demaniali ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123/Ce, assunzione di dipendenti pubblici, etc.)⁹¹. Legislatori e amministrazioni nazionali devono infatti operare in conformità a regole e principi contenuti nelle direttive sui contratti pubblici che sono riconducibili alle (ed espressione delle) previsioni del trattato sulle libertà di circolazione e, quindi, direttamente rivolte all'abolizione delle barriere – non solo quelle discriminatorie – all'accesso al mercato (es. disciplina sull'avvalimento, sul subappalto, sui raggruppamenti etc.) e a garantire condizioni di eguaglianza tra gli offerenti, rispetto alle quali risultano funzionali, tra gli altri, gli obblighi di trasparenza e obiettività⁹².

90 Così F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'unione e nella costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 5, p. 723 ss., in part. 730 ss.

91 M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in AA. VV., *Atti del 61° convegno di studi di scienza dell'Amministrazione – Varenna 2015*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 277 ss.

92 Conclusioni dell'Avvocato generale Jacob del 10 maggio 2001, C-19/00, SIAC, p. 33, richiamate anche da S. ARROWSMITH, *Understanding the purpose of the EU's procurement directives*, cit., p. 72 ss.

Si condivide quindi l'inquadramento della *concorrenza effettiva* quale mera «ricaduta pratica»⁹³ ovvero quale «esito»⁹⁴ del rispetto, da parte dei poteri pubblici, di una disciplina di settore che non solo non è espressione del principio di concorrenza in senso proprio, ma nemmeno riconosce e attribuisce a tale principio una funzione di “guida” delle scelte degli attori nazionali.

Questa conclusione necessita ulteriori precisazioni, innanzitutto per chiarire perché essa si ritiene perfettamente compatibile con l'art. 18, par. 1 della direttiva appalti sul divieto di limitare artificialmente la concorrenza e con l'art. 30, co. 1 del Codice dei contratti pubblici che annovera la libera concorrenza tra i principi generali della materia.

Prima di procedere in tale direzione, tuttavia, pare opportuno osservare come il mancato riconoscimento di un ruolo centrale nella disciplina del settore al principio di concorrenza consenta di mettere in correlazione le considerazioni sin qui svolte con quella tesi che attribuisce alla concorrenza un ruolo *meramente strumentale* rispetto al raggiungimento degli obiettivi direttamente perseguiti dalle direttive. Nello specifico, secondo Arrowsmith la previsione di procedure di selezione incentrate sulla competizione tra gli offerenti risponderebbe a «*transparency reasons*», consentendo cioè di limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti e di impedire loro di compiere scelte arbitrarie (cd. «*constraints on discretion*»), anche in virtù della funzione di monitoraggio svolta dagli operatori economici che tali procedure finiscono per stimolare. Tutto ciò risulterebbe strumentale a garantire effettività alle libertà di circolazione e, nello specifico, all'abolizione delle barriere all'accesso al mercato e ad assicurare di condizioni di eguaglianza tra gli offerenti⁹⁵. Questa tesi, è bene precisare, non mette in discussione il rapporto di stretta consequenzialità che si può spesso ravvisare

93 Così M. CLARICH, *op. loc. ult. cit.* il quale osserva come «*il rispetto della par condicio e gli obblighi di pubblicità rappresentano tre aspetti fondamentali (...) che si possono dedurre direttamente dai principi del trattato diversi dal principio della concorrenza*».

94 Così M.P. CHITI, *La disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni*, in G. PIZZANELLI (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Massera*, Napoli, 2017, p. 214, secondo il quale la concorrenza, malgrado sia stata spesso considerata l'interesse pubblico primario che giustifica l'intervento Ue sul settore, «*in realtà rappresenta uno sviluppo collaterale – o meglio l'esito – della realizzazione effettiva delle quattro libertà*» di circolazione.

tra concorrenza e *value for money* ma, in linea con l'impostazione sopra richiamata, esclude che quest'ultimo possa essere annoverato tra gli obiettivi che giustificano l'intervento UE sul settore dei contratti pubblici.

4.1. (Segue). L'assenza di previsioni normative ostative alla lettura proposta

La lettura restrittiva delle finalità (concorrenziali) delle direttive e del ruolo della concorrenza sopra suggerita richiede di soffermarsi su alcune previsioni, europee e nazionali, che a una prima lettura potrebbero apparire con essa contrastanti.

In primo luogo, l'ultimo periodo dell'art. 18, par. 1, della direttiva 2014/24/UE ai sensi del quale la «concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva *né di limitare artificialmente la concorrenza*»⁹⁶.

Come già anticipato, secondo parte della dottrina questa disposizione – nonostante alcune incertezze derivanti dalla sua formulazione finale⁹⁷ – avrebbe riconosciuto la centralità della concorrenza nella disciplina di settore, consacrando il suo ruolo di principio generale della materia⁹⁸. Molto simile appare la posizione espressa sul punto dall'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona secondo cui la disposizione in oggetto costituirebbe una specificazione, per il settore dei contratti pubblici, del più generale obbligo di cui all'art. 106 del TFUE di rispettare le regole relative alla libera concorrenza⁹⁹. Sono tuttavia state prospettate letture differenti dell'art. 18, par. 1 della direttiva 2014/24/UE

95 S. ARROWSMITH, *The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, 14, p. 13 ss., in part. 17 e 26 ss.

96 Corsivo per enfasi.

97 Cfr. la proposta del 20 dicembre 2011, Bruxelles, COM(2011) 896 def., il cui art. 15 si limitava a prevedere che: «La concezione della procedura di appalto non è finalizzata (...) a limitare artificialmente la concorrenza».

98 Cfr. A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the Eu Competition Rules*, cit., p. 214 ss.; ID., *A deformed principle of competition?*, in G.S. ØLYKKE, A. SANCHEZ GRAELLS (a cura di), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2016, p. 80 ss.

99 Conclusioni del 29 gennaio 2020 relative alla causa C-796/18, ISE, p. 91 ss.

volte a escludere che il divieto di «*limitare artificialmente della concorrenza*» presenti una valenza prescrittiva ulteriore a quella già ricavabile dai principi generali richiamati dal primo periodo della medesima disposizione, in particolare la parità di trattamento¹⁰⁰.

A favore di questa seconda soluzione interpretativa, cui si ritiene di aderire, depone innanzitutto il dato normativo. Nella formulazione finale dell'art. 18, infatti, viene precisato che la concorrenza è da ritenersi limitata artificialmente «laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare *indebitamente* taluni operatori economici»¹⁰¹ (l'espressione «*indebitamente*» dovrebbe far riferimento all'assenza di specifiche e ragionevoli esigenze di interesse generale e/o strumentali ai compiti dell'amministrazione, che la stessa intende soddisfare con il contratto, nel rispetto ovviamente del canone della proporzionalità). Oltretutto, fino a ora la CGUE non ha mai attribuito al divieto in questione un contenuto precettivo aggiuntivo rispetto a quello già ricavabile dai principi generali¹⁰²; anzi, non può dirsi andato a buon fine il farraginoso tentativo di procedere in tal senso compiuto dall'Avvocato generale Tanchev nelle conclusioni relative alla causa C-589/19. Infatti, dopo aver osservato che l'inclusione del divieto di limitazione artificiale della concorrenziale nell'art. 18, par. 1 richiede di attribuirgli una «*portata più ampia*» rispetto ai principi generali, l'Avvocato generale non ha illustrato con chiarezza in cosa consisterebbe questo valore precettivo ulteriore, finendo per ricondurre a tale divieto comportamenti comunque contrari alla proporzionali-

100 Così M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, cit., 86 e S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement. Regulation in the EU and UK*, vol. I, 3° ed., Londra, 2014, p. 253.

101 Corsivo per enfasi.

102 V., in tal senso, la giurisprudenza in tema di specifiche tecniche che ha sempre fatto coincidere, nella sostanza, il divieto di redigerle in modo da restringere artificialmente la concorrenza con il rispetto del principio di parità di trattamento; tale interpretazione non è mutata nemmeno dopo l'entrata in vigore dell'art. 18, par. 1, della direttiva 2014/24/UE, v. Corte giust. 22 ottobre 2015, C-552/13, *Grupo Hospitalario Quirón* (e le relative conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, 40 ss.); 25 ottobre 2018, C-413/17, *Roche Lietuva* e 6 ottobre 2021, C-589/19, *CONA-CEE*. Cfr. altresì Corte giust. 28 maggio 2020, C-796/18, *ISE* ove la CGUE ha assunto una posizione differente (nelle modalità argomentative più che nelle conclusioni) rispetto a quella richiamata nel testo dell'Avvocato generale.

tà (p. 80) e alla parità di trattamento (p. 81)¹⁰³. D'altronde, i limiti che questi principi impongono alla discrezionalità della stazione appaltante, se correttamente intesi e rispettati, risultano sufficienti al raggiungimento dell'obiettivo per cui è stato positivizzato il divieto in questione, ovvero contrastare le pratiche di «*tailor-made procurement design*»¹⁰⁴.

Per riassumere, il divieto di limitare artificialmente la concorrenza può essere considerato una “previsione manifesto” dall'importante rilievo simbolico per il contrasto alla inaccettabile pratica dei “bandi-fotocopia”, ma priva di valenza regolativa e precettiva autonoma rispetto a quella già ricavabile dai principi generali della materia.

In secondo luogo, sempre a livello di direttive UE si rintracciano alcune previsioni volte a tutelare non tanto la concorrenza micro (*i.e.* la competizione nella singola gara), bensì la concorrenza macro e il corretto funzionamento del mercato¹⁰⁵; il che, potrebbe sostenersi, finisce per avvalorare quelle prospettazioni (la sovrapposizione tra finalità del diritto dei contratti pubblici e diritto della concorrenza) e quelle immagini (la stazione appaltante quale soggetto regolatore della competizione tra imprese) che si sta cercando di mettere in discussione. In realtà, stante il carattere specifico di queste disposizioni, peraltro numericamente più limitate di quanto potrebbe dedursi dall'analisi del *case law*

103 Conclusioni del 29 aprile 2021 relative alla causa C-589/19, *CONACEE*.

104 Così C. RISMIG HAMER, M. ANDHOV, *Art. 18 – Public procurement principles*, in R. CARANTA – A. SANCHEZ GRAELLS (eds), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar 2021, p. 196 ss.

105 In questa direzione, oltre all'art. 57, co. 4, lett. d) che prevede l'esclusione in caso di accordi intesi a falsare la concorrenza (i quali, comunque, incidono sull'affidabilità del contraente), si può richiamare l'art. 50, par. 4 della direttiva appalti in tema di «avvisi relativi agli appalti aggiudicati» che dispone la non pubblicazione di talune informazioni quando la loro divulgazione possa, tra gli altri, recare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici. Inoltre, anche l'art. 46, par. 2 della medesima direttiva, nella misura in cui legittima la stazione appaltante a inserire negli atti di gara il cd. «vincolo di aggiudicazione» (*rectius*, un limite al numero di lotti che possono essere aggiudicati a un singolo offerente), può rivelarsi funzionale a tutelare la concorrenza macro (*i.e.* «evitare posizioni monopolistiche o concentrazioni di potere economico imputabili ad un unico centro di interesse nella fase esecutiva», così Cons. St., sez. III, 18 gennaio 2021, n. 505 e 9 giugno 2020, n. 3683); e ciò ancorché si ritiene che il legislatore Ue abbia introdotto questa previsione principalmente in un'ottica di *favor* per l'accesso al mercato delle PMI.

nazionale¹⁰⁶, pare davvero arduo farvi discendere il ruolo della concorrenza quale principio generale del settore¹⁰⁷. Di guisa che, nel riflettere l'intenzione del legislatore UE di prevenire o limitare possibili impatti anticoncorrenziali delle procedure di aggiudicazione, esse andrebbero preferibilmente considerate come uno dei plurimi collegamenti normativi tra il sistema dei contratti pubblici e il diritto della concorrenza¹⁰⁸.

Va in terzo luogo chiarito, con riguardo al contesto nazionale, che nemmeno il richiamo al principio di libera concorrenza contenuto nell'art. 30, co. 1, del Codice dei contratti dovrebbe necessariamente contraddire la lettura delle finalità concorrenziali della disciplina dei contratti pubblici proposta nel precedente paragrafo. A tal proposito, vero è che rientra nel margine di apprezzamento proprio dei legislatori nazionali la possibilità di attribuire alla disciplina di settore un assetto concorrenziale qualitativamente e/o quantitativamente diverso e più marcato rispetto al minimo imposto dall'ordinamento sovranazionale¹⁰⁹; e che, prendendo le mosse da tale osservazione, si potrebbe affermare che il legislatore statale, con l'art. 30, co. 1 del Codice, avrebbe scelto di attribuire alle finalità concorrenziali della disciplina dei contratti pubblici un "ruo-

106 Si pensi alla disciplina sulla valutazione di anomalia, la cui funzione è la tutela della qualità delle offerte e, in particolare, evitare il rischio di affidare il contratto a un prezzo così basso da incentivare l'aggiudicatario a non completare l'opera o a darvi esecuzione in modo negligente; tuttavia, sia in dottrina sia in giurisprudenza non manca chi vi attribuisce una funzione ulteriore: attraverso la valutazione di anomalia l'amministrazione dovrebbe assicurare il corretto funzionamento del mercato e tutelare la concorrenza, risultando quindi tenuta, ad esempio, a respingere le offerte cd. predatorie.

107 In tal senso S. ARROWSMITH, *The law of public*, vol. I, cit., p. 170 e ID., *The Purpose of the EU*, cit., p. 32

108 In particolare, va ricordato che la disciplina *antitrust* trova applicazione all'attività degli operatori economici che operano nel mercato dei contratti pubblici. L'azione della p.a., nella veste di acquirente e le regole che la disciplinano, costituiscono, infatti, un terreno molto fertile per la diffusione di pratiche anticoncorrenziali degli operatori economici (boicottaggi delle gare, offerte di comodo, etc.). Si tratta di pratiche che compromettono non solo il corretto funzionamento del mercato, ma anche il perseguimento degli interessi pubblici sottesi alla singola procedura di aggiudicazione; pertanto, nell'esercitare i suoi poteri di *enforcement* nei confronti delle imprese che partecipano alla gara, l'AGCM svolge un ruolo di tutela del funzionamento concorrenziale del mercato che risulta senz'altro funzionale agli obiettivi al cui perseguimento è direttamente rivolto il diritto dei contratti pubblici, ovvero il *best value for money* e la garanzia di effettività delle libertà economiche di movimento.

109 In tal senso si è espressa, in più occasioni, la Corte Costituzionale; da ultimo, cfr. sent. n.

100/2020 sull'art. 192, co. 2 del Codice in tema di (limiti agli) affidamenti *in house*.

lo” (principio generale) e un “contenuto” (la concorrenza in senso proprio di cui agli artt. 101 ss. del TFUE) diverso e più intenso di quello ricavabile dalle direttive europee.

Si ritiene, tuttavia, di poter escludere questa conclusione. Innanzitutto perché non si rintracciano nella regolamentazione nazionale della materia (ulteriori) previsioni da cui poter ricavare questa intenzione del legislatore italiano di discostarsi, nei termini appena chiariti, dalle finalità concorrenziali della disciplina UE di settore¹¹⁰; anzi, la dottrina ha ben messo in evidenza gli effetti anti-competitivi che, seguendo una concezione dinamica e funzionale di concorrenza, possono addebitarsi ad alcune regole autonomamente introdotte dal legislatore nazionale¹¹¹. Inoltre, dall’elenco di principi contenuto all’art. 30 del Codice salta all’occhio la mancanza di ogni riferimento al principio di parità di trattamento¹¹², risultando così possibile affermare che, tramite il richiamo alla libera concorrenza, il Codice in realtà intenda far riferimento al principio di parità di trattamento¹¹³. A ben vedere, tale scelta avrebbe una sua logica, esprimendo la volontà del legislatore nazionale di enfatizzarne la *valenza sostanziale* della parità di trattamento, ben riassunta dalla CGUE con il richiamo all’esigenza di assicurare che «*situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo che ciò non risulti obiettivamente giustificato*»¹¹⁴.

A conferma di questa prospettazione (libera concorrenza di cui all’art. 30 del Codice da intendere quale parità di trattamento) si tenga presente che, in

110 Come già precisato (*supra* § 2, *sub* nt. 46), si ritiene che la concorrenza tutelata e promossa dal Codice dei contratti pubblici costituisca il riflesso di quella operante a livello di direttive europee.

111 CFR. DECAROLIS, A. HEIMLER, *I contratti pubblici*, cit., 571 ss. in relazione al principio di rotazione previsto per gli affidamenti sottosoglia. Principio di rotazione che, si ritiene, risponde a esigenze di prevenzione e contrasto della corruzione e della malamministrazione, più che a una logica pro-concorrenziale (almeno quella propria dell’ordinamento Ue)..

112 Assenza di richiami alla parità di trattamento che non sembra potersi considerare assorbita dal riferimento alla non discriminazione, stante le differenze tra questi due principi; cfr. S. VALAGUZZA, *Sustainable Development in Public Contracts. An Example of Strategic Regulation*, Napoli, 2016, p. 69 ss.

113 Nella direzione suggerita, si tenga peraltro presente il carattere innovativo dell’art. 30 del Codice rispetto all’art. 2 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che, nell’elencare dei principi della materia, faceva riferimento sia alla libera concorrenza sia alla parità di trattamento.

114 Corte giust. 3 marzo 2005, cause riunite C-21/03 e C-34/03, *Fabriscom*, p. 26 e 27.

più occasioni, la stessa Corte di giustizia ha precisato come il principio di parità di trattamento colga l'essenza della disciplina Ue in materia di appalti pubblici nella misura in cui, imponendo un analogo trattamento delle situazioni che si trovano in un'analogia posizione di mercato (cd. *comparable competitive position in the commercial market*), finisce tendenzialmente per riassumere il disegno regolatorio dell'ordinamento sovranazionale: consentire all'operatore economico di poter competere con pari possibilità di successo a fronte della domanda di prestazioni originata dalle pubbliche amministrazioni operanti nello spazio europeo¹¹⁵.

In quarto e ultimo luogo, pare opportuno precisare che indicazioni nel senso che la disciplina sui contratti pubblici sia incentrata sul principio di concorrenza non possono in alcun modo ricavarsi dalla lettura dilatata ed estensiva fatta propria dalla Corte Costituzionale della competenza statale in tema di concorrenza ex art. 117, co. 2, lett. e) che, come ben noto, è risultata tale da rendere fin troppo marginali gli spazi di intervento sul settore dei legislatori regionali¹¹⁶. Invero, come correttamente osservato in dottrina, questa posizione è funzionale a esigenze di uniformità, volendo evitare «il rischio di una balkanizzazione regione per regione dei regimi delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti pubblici»¹¹⁷; d'altronde, la Corte Costituzionale è molto attenta nel distinguere la funzione concorrenziale delle norme sui contratti pubblici da quelle «norme antitrust» e dalle «norme di liberalizzazione», volte a favorire la concorrenza nel mercato¹¹⁸. A ben vedere, tuttavia, questa lettura dilatata della competenza statale ex art. 117, co. 2, lett. e), che in teoria dovrebbe servire solo per ripartire la potestà legislativa tra Stato e Regioni, potrebbe non risultare neutra rispetto alla concezione delle finalità concorrenziali della disciplina di settore: si ritiene, in-

115 *Ex multis*, Corte giust. 22 giugno 1993, C-243/89; 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki*, p. 45; 4 ottobre 2012, C-502/11, *Vinai dei Molini*, p. 38.

116 Per autorevoli critiche a questa giurisprudenza, cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Merc. conc. reg.*, 3, 2014, p. 529; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza"*, cit., p. 45.

117 M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit., p. 280.

118 Cfr. Corte Cost., sent. nn. 56 del 2020, 137 del 2018 e 83 del 2018.

fatti, che essa possa aver influito su alcune posizioni della Corte costituzionale contraddistinte da una interpretazione estensiva (e non del tutto convincente) di tali finalità¹¹⁹.

In questa direzione può ad esempio richiamarsi la pronuncia n. 4/2022 con la quale è stata ritenuta incostituzionale una disciplina regionale che, transitoriamente (*i.e.* in risposta alla crisi sanitaria), consentiva alle amministrazioni aggiudicatrici regionali di introdurre criteri premiali per gli operatori economici che si impegnavano a utilizzare manodopera regionale. Al netto dei profili di possibile discriminatorietà, non risulta ben chiaro in che termini la disposizione contestata contrastasse con «*l'esigenza di assicurare procedure di evidenza pubblica uniformi su tutto il territorio nazionale*»¹²⁰. O meglio, non è ben chiaro da dove la Corte costituzionale abbia ricavato la posizione giusta la quale, rispetto alla scelta dei criteri di aggiudicazione di un singolo affidamento, rilevino particolari *esigenze di uniformità*; si consideri, invero, che l'art. 95 del Codice si limita a prevedere un elenco meramente esemplificativo di criteri sociali e ambientali cui è possibile far riferimento negli atti di gara, rimettendo di fatto la scelta alle singole stazioni appaltanti. Anzi, si potrebbe financo sostenere che la posizione della Corte finisca per pregiudicare le stesse esigenze che intendeva tutelare: stante la genericità sul punto della disciplina statale, una normativa regionale volta a orientare le scelte di sostenibilità dei propri apparati potrebbe financo rafforzare le esigenze di uniformità del mercato (oltre a dover essere giudicata con favore in una logica “adattiva” e di “prossimità” rispetto alle specifiche esigenze sociali di un territorio di riferimento).

Per riassumere, nessuna delle previsioni considerate appare realmente ostativa alla lettura suggerita, volta a escludere che la concorrenza costituisca un principio generale della materia che, in quanto tale, permeerebbe la discipli-

119 Si può richiamare sul punto la condivisibile intuizione di F. FRACCHIA, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, 4, 112. secondo cui la soluzione ricercata dalla Corte costituzionale per affrontare un problema di competenze legislative tra Stato e Regioni abbia in qualche modo prodotto conseguenze non propriamente volute, finendo «*per appiattire lungo una sola dimensione un quadro normativo molto più complesso e articolato, impedendo di coglierne la complessità*».

120 Corte Cost., sent. n. 4 del 2022, p. 4.1.

na dei contratti pubblici e fungerebbe da criterio guida per le scelte dei suoi attori; nonché volta a negare una completa assimilabilità tra le dinamiche competitive promosse dal diritto dei contratti pubblici a quelle proprie del diritto della concorrenza e, più in generale, a negare che la disciplina sugli acquisti delle p.a. miri a replicare quella concorrenza che caratterizza altri mercati.

Sia consentita una riflessione conclusiva, riferita a una tematica solo apparentemente distante da quelle sin qui trattate.

Nel dibattito in tema di rapporti convenzionali tra p.a. e terzo settore sviluppatosi a partire dall'adozione del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (cd. Codice del terzo settore) sono emerse posizioni tese a distinguere tra due differenti tipologie di procedure ad evidenza pubblica: una incentrata sul principio di libera concorrenza e caratterizzante le procedure disciplinate dal Codice dei contratti pubblici; l'altra incentrata sul mero principio di parità di trattamento, o al più «*sul principio interno di concorsualità*», e rintracciabile nelle procedure comparative esperite ex art. 55 ss. del Codice del terzo settore (nonché in quelle che troverebbero fondamento nell'art. 12 della l. n. 241/1990)¹²¹.

Alla luce della prospettiva fin qui seguita, questa distinzione appare meritevole di riconsiderazione. Non si intendono certo negare le differenze (funzionali ancora prima che strutturali) tra una procedura per la scelta dell'appaltatore di un'opera pubblica di rilevanti dimensioni ovvero per l'individuazione del concessionario del servizio di trasporto pubblico locale, rispetto alla procedura con cui la p.a. seleziona l'associazione di volontariato con cui stipulare una convenzione di ridotte dimensioni avente a oggetto un'attività di natura sociale ex art. 56 C.T.S. Si ritiene, tuttavia, che ricondurre queste differenze alla distinzione tra un'evidenza pubblica incentrata sulla concorrenza e un'evidenza pubblica

121 In tal senso si v. il noto parere del Cons. St., ad. comm. spec., 20 agosto 2018, n. 2052 e, più di recente, le «*Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo Settore)*», adottate con d.m. n. 72/2021 del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Questa distinzione è ripresa e richiamata anche dalla dottrina; *ex multis*, cfr. A. FICI, L. GALLO, F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, ESI, 2020, *passim*.

incentrata sulla parità di trattamento costituisca una semplificazione forzata, discutibile peraltro tanto sul piano teorico quanto su quello concreto¹²². L'economia del presente lavoro impedisce di approfondire ulteriormente la questione; si è comunque scelto di farne cenno a conferma dei numerosi e rilevanti risvolti del tema indagato, senz'altro meritevole di ulteriori approfondimenti.

5. Il *favor participationis*: un obiettivo (non un principio) da non assolutizzare

L'impostazione fin qui seguita fa leva sulla distinzione tra la *concezione funzionale* di concorrenza, oggi prevalente nel diritto *antitrust*, e quella *strutturale* – il pluralismo nella singola gara o cd. *favor participationis* – che ha tradizionalmente rivestito un ruolo di rilievo rispetto all'attività contrattuale dell'amministrazione.

Il pluralismo di offerte nella singola gara costituisce un valore per l'ordinamento UE, nell'ottica del rafforzamento del mercato unico (oltre che per l'ordinamento nazionale, nell'ottica del *value for money*). Anche per questo è opinione diffusa, tanto in giurisprudenza quanto in dottrina, che il *favor participationis* è obiettivo direttamente perseguito dall'intervento comunitario sul settore; questo convincimento è certamente avvalorato dalla costante presenza di disposizioni di diritto derivato volte a favorire la partecipazione alle gare pubbliche, via via attuate nelle varie stagioni di direttive¹²³. Sembra, tuttavia, esservi

122 Sul piano teorico per le ragioni evidenziate nei precedenti §. Quanto al piano concreto, la distinzione richiamata non pare considerare adeguatamente l'eterogeneità delle procedure a evidenza pubblica previste dalle direttive Ue sui *public procurement*, ad es. quelle per l'affidamento di servizi sociali e altri specifici servizi. Invero, gli artt. 74 ss. della direttiva 2014/24/Ue si limitano a prevedere forme di pubblicità di rilievo europeo, rimettendo agli Stati membri l'introduzione di norme volte a garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento che devono comunque risultare tali da perseguire gli obiettivi di semplificazione e riduzione dell'onere amministrativo e, soprattutto, di consentire alle amministrazioni di prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione (cfr. Considerando 114 e art. 76). Ad avviso di chi scrive, considerare queste procedure incentrate sul principio di concorrenza e, soprattutto, considerarle ontologicamente differenti da quelle disciplinate dal Codice del Terzo settore appare alquanto problematico e, comunque, richiederebbe un maggiore sforzo argomentativo. Quanto si sostiene sembra trovar indiretta conferma nella recente decisione della Corte di giust. 14 luglio 2022, C-436/20, *ASADE*.

123 Es. le previsioni sul subappalto, sull'aggregazione dell'offerta, sul cd. possesso *per relationem* dei requisiti di partecipazione, etc.

spazio per una prospettazione in parte differente, strettamente connessa e conseguente alla convinzione che il bene giuridico direttamente tutelato dalle direttive sui *public procurement* sia la posizione giuridica individuale dei singoli offerenti. Alla luce di ciò, e delle posizioni dottrinali in precedenza richiamate, si potrebbe considerare il *pluralismo nella gara*, al pari della *concorrenza effettiva*, quale mera ricaduta pratica del rispetto di principi e di quelle regole della disciplina di settore volti a garantire parità di trattamento tra gli offerenti e favorire l'accesso al mercato dei singoli operatori economici.

Al di là dell'interrogativo circa la qualificazione della concorrenza strutturale quale *obiettivo diretto* o *indiretto* dell'intervento Ue sul settore, permane l'esigenza, a opinione di chi scrive, (a) di un suo corretto inquadramento, nonché (b) di attribuirvi un peso/rilievo non eccessivo.

a. In questa prospettiva, con riguardo alla *portata* e al *ruolo* del *favor participationis* non convincono del tutto quelle posizioni – presenti soprattutto a livello nazionale – che lo considerano un principio, specie allorquando tale qualificazione diventa il presupposto per ritenere una misura nazionale contraria al diritto UE perché *ex se* contrastante con il *favor participationis*, prescindendo quindi da una valutazione sugli obiettivi perseguiti e sulla sua proporzionalità¹²⁴. Appare invece preferibile la sua qualificazione quale (mero) obiettivo che, in quanto tale, è privo di forza precettiva autonoma nei confronti delle stazioni appaltanti e dei legislatori nazionali; può dirsi, semmai, che il *favor participationis* “si nutra” della forza precettiva dei principi generali della materia e delle previsioni volte a eliminare le barriere all'accesso al mercato. Ciò non significa escludere del tutto la possibilità di considerare il *favor participationis* quale principio della materia, ma semplicemente sottolineare l'opportunità di evitare di attribuirgli una forza precettiva che esso non sembra possedere. Ad esempio, lo si può considerare un «*guiding principle*» più che un «*regulatory and ordinatory principle*»¹²⁵; ancora, può

124 Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 10012

125 Secondo la prospettiva suggerita da S. VALAGUZZA, *Sustainable Development in Public Contracts*, cit. p. 92-93.

essere inteso quale corollario del principio di buon andamento dell'agire amministrativo, ma con la consapevolezza che, in questo caso, si tratterebbe di un principio "interno" che garantisce l'interesse pubblico e, solo indirettamente, il mercato e la posizione giuridica degli operatori economici.

b. Con riguardo al *peso/rilievo* del *favor participationis*, è convinzione di chi scrive che, talvolta, esso sia stato così estremizzato al punto da rendere la massima partecipazione alla gara una sorta di "dogma". Ciò ha contribuito all'assolutizzazione dell'importanza degli obiettivi di mercato a discapito di altri interessi primari che con i primi possono contrastare; in tal modo, è prevalsa l'immagine della gara pubblica quale occasione di competizione e profitto per le imprese che, inevitabilmente, ha finito per offuscare la reale funzione dell'agire contrattuale dell'amministrazione quale strumento per soddisfare interessi pubblici e generali. Senza considerare poi che l'assolutizzazione dell'obiettivo della massima partecipazione alla gara rischia di inibire l'esprimersi della "creatività strategica" delle stazioni appaltanti, potendo quindi rappresentare un serio ostacolo nella transizione «*da un approccio puramente amministrativo a uno strategico orientato alle esigenze*» auspicata dalla Commissione UE¹²⁶.

Alla luce di ciò si considerano opportune operazioni di bilanciamento tra l'obiettivo di apertura del mercato alla concorrenza e altri interessi (*value for money*, finalità orizzontali, integrità delle procedure, etc.) più equilibrate rispetto a quelle che sono state talvolta poste in essere dai giudici europei e nazionali. In questa direzione si ritiene suscettibile di riconsiderazione l'operazione interpretativa della CGUE di intendere il *favor participationis* quale *massima* apertura del mercato (o quale partecipazione *più ampia possibile*)¹²⁷: essa non solo è frutto di decisioni poco sistematiche e non sempre condivisibili, ma soprattutto potrebbe non avere un "valore neutro" di mera interpretazione e applicazione del

126 Si riprende l'espressione della Commissione UE nella Comunicazione Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa del 3.10.2017, COM(2017) 572 def., p. 3.

127 *Ex multis*, Corte giust. 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; 19 maggio 2009, C-538/07, *Assitur Srl*; 23 dicembre 2009, C-305/08, *CONISMA*; 18 dicembre 2014, C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi*; 2 giugno 2016, C-27/15, *Pippo Pizzò*; 27 novembre 2019, C-402/18, *Tedeschi Srl*; 26 settembre 2019, C-63/18, *Vitali SpA*.

dato normativo (ove si rintracciano riferimenti meno iperbolici alla «concorrenza effettiva» e alla mera «apertura alla concorrenza»).

È bene precisare che, nel suggerire operazioni di bilanciamento differenti e più equilibrate, non si intende assumere un approccio prescrittivo e/o di politica del diritto, dal momento che indicazioni in tal senso si ricavano direttamente dalle direttive del 2014 e dalla disciplina nazionale di recepimento: molte delle disposizioni volte a rafforzare la funzione sociale dei contratti pubblici e la multipolarità della disciplina di settore presuppongono, infatti, un parziale arretramento e una desacralizzazione dell'obiettivo della (massima) apertura del mercato alla concorrenza¹²⁸. D'altronde, il riposizionamento teleologico e il riallineamento dei fini pacificamente attribuiti all'ultima stagione di direttive (*supra* § 2) riguarda proprio il *favor participationis*, mentre sostanzialmente invariata è rimasta la centralità della *par condicio*.

6. Sindacato di proporzionalità e spazio della p.a. nel definire gli obiettivi da perseguire con il contratto: considerazioni critiche sul *less restrictive alternative test*

È inoltre opportuno focalizzare l'attenzione sul principio di proporzionalità alla luce della sua funzione “cerniera”, ovvero di bilanciamento tra la libertà dell'amministrazione nel definire le caratteristiche dei beni, lavori e servizi che intende acquisire (e le regole di gara a ciò funzionali), e gli obiettivi di garanzia delle libertà fondamentali e di apertura alla concorrenza perseguiti dalle direttive europee; del resto, l'ampliamento delle finalità perseguite dalla disciplina sui *public procurement* operato dalle ultime direttive, così come il rafforzamento di obiettivi che in precedenza mantenevano un ruolo secondario, hanno senza dubbio accresciuto la centralità di questa funzione della proporzionalità, rendendola al contempo più delicata e complessa.

128 Sono diverse le disposizioni della direttiva 2014/24/UE che sembrano supportare questa affermazione; oltre a quelle hanno rafforzato le ipotesi di esclusione e/o non aggiudicazione in caso di violazione degli obblighi sociali e ambientali di cui all'art. 18, par. 2 (artt. 56, par. 2; 57, par. 4, lett. a; 69, par. 3; 71), si v. gli artt. 43, 44 e 62 che restringono, rispetto alla disciplina del 2004, la possibilità degli operatori economici di partecipare alla competizione pur non disponendo dei certificati richiesti dalla stazione appaltante.

La letteratura che si è occupata di questo principio nella prospettiva più generale del diritto UE del mercato interno (*i.e.* del rapporto tra libertà di circolazione ed esigenze imperative di interesse generale), ha rilevato che, ove la relativa e concreta dimensione del principio di proporzionalità dovesse coincidere con il parametro di giudizio più rigoroso rappresentato dal test tridimensionale di stretta necessità (*substantive proportionality* o *less restrictive alternative test*), esso rischia di generare una «*hierarchical relationship*» volta ad assicurare la massima espansione del valore primario (la libertà economica) rispetto a quello residuale (l'interesse generale)¹²⁹.

Lo stesso ragionamento vale per il settore dei contratti pubblici, ove il *less restrictive alternative test* potrebbe rappresentare un significativo limite per la libertà dell'amministrazione nel definire il livello qualitativo dei beni, lavori e servizi che intende acquistare, come pure nell'individuare lo standard ambientale e gli obiettivi sociali da raggiungere con il contratto.

Fino ad ora, i giudici europei hanno tendenzialmente riconosciuto e garantito un'ampia discrezionalità alle amministrazioni nazionali rispetto a tali scelte. Tuttavia, non vanno sottovalutate le preoccupazioni espresse da parte della dottrina dopo l'espresso riferimento alla proporzionalità introdotto con l'ultima riforma (cfr. art. 18 direttiva 2014/24/UE). È stato infatti osservato che a questa novella potrebbe far seguito un sindacato giurisdizionale più stringente sulle scelte delle amministrazioni, tale da implicare nuovi e ulteriori limiti alla loro discrezionalità nel conformare l'operazione contrattuale agli obiettivi, anche di natura sociale e ambientale, che con essa si intendono perseguire¹³⁰. Il che potrebbe produrre riflessi e *spill over effects* anche a livello nazionale¹³¹, se è

129 Il corsivo è di J. MULDER, *Social Legitimacy in the Internal Market. A Dialogue of Mutual Responsiveness*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2018, p. 78 ss.

130 P. KUNZLIK, *The 2014 Public Procurement Package. One-step forward and two back for Green and Social Procurement?*, in Y. MARIQUE - K. WAUTERS (a cura di), *EU Directive 2014/24 on Public Procurement. A New Turn for Competition in Public Markets?*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 192 ss.

131 Ove, allo stato attuale, la giurisprudenza amministrativa prevalente mostra un atteggiamento di deferenza rispetto a questo ambito di scelte delle stazioni appaltanti. In generale sul tema D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitaria e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove aut.*, 2005, 4-5, p. 541 ss.

vero che nei settori oggetto di armonizzazione «è naturale che il principio di proporzionalità (e, soprattutto, la sua concezione trifasica) debba essere applicato così come delineato dalla giurisprudenza europea»¹³².

Di seguito si espongono alcune argomentazioni volte a supportare un'applicazione temperata e meno rigorosa del sindacato di proporzionalità, “calibrata” e “adattata” rispetto alla natura e alle peculiarità di alcune cd. *individual buying decisions*, in particolare quelle da cui dipende l'idoneità del contratto a soddisfare bisogni predeterminati (es. specifiche tecniche, requisiti di partecipazione, criteri di aggiudicazione, condizioni di esecuzione).

a. Al cd. *less restrictive alternative test* fa ricorso la CGUE – nell'ambito di un *case law* per nulla univoco e di difficile sistematizzazione¹³³ – per valutare la giustificabilità sulla base dei motivi imperativi di interesse generale e/o della *rule of reason* di una misura nazionale restrittiva delle quattro libertà di circolazione previste dal Trattato. Rileggendo alcune decisioni della CGUE in materia di contratti pubblici¹³⁴ nella prospettiva delineata dalla teoria delle cd. «*excluded buying decisions*» di Arrowsmith e Kunzlik¹³⁵, si può sostenere che una specifica tecnica non discriminatoria, ancorché particolarmente dettagliata, non vada qualificata quale misura restrittiva delle libertà di circolazione. Alla luce di ciò, si può prospettare una diversa intensità del giudizio di proporzionalità quando si tratta di valutare la giustificabilità di una misura restrittiva del Trattato, nell'ambito della deroga basata sui motivi imperativi di interesse generale, rispetto ai casi in cui la valutazione di proporzionalità è diretta a verificare se la

132 Così V. FANTI, *Dimensione della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 82. Sulla funzione di «unificazione del diritto» e di omogeneizzazione svolta dalla giurisprudenza Ue, cfr. A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008.

133 Cfr. E. CARUSO, *op. ult. cit.*, pp. 85-100.

134 Corte giust. 22 ottobre 2015, C-552/13, *Grupo Hospitalario Quirón*.

135 S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *EC regulation of public procurement*, in IID. (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009, p. 59 ss.

stazione appaltante abbia agito in maniera *proporzionata* come richiesto dall'art. 18 della direttiva appalti.

b. A differenza di altri settori del diritto Ue del mercato interno, in quello dei *public procurement* l'“assetto degli interessi” dovrebbe caratterizzarsi per la prevalenza dell'interesse pubblico che l'amministrazione persegue con il contratto, rispetto alle libertà degli operatori economici e alla loro aspettativa alla partecipazione alla gara e all'aggiudicazione del contratto; e ciò anche dopo la piena assimilazione delle logiche europea e ancorché l'intervento sovranazionale sul settore sia da sempre rivolto alla costruzione del mercato unico e alla garanzia delle libertà di circolazione.

Se così è, si potrebbe anche sostenere che laddove l'art. 18, par. 1, della direttiva appalti impone alle amministrazioni di agire in maniera “proporzionata”, non dovrebbe consentirsi al giudice di valutare la stretta necessità della misura nazionale. Ciò dal momento che il *substantive proportionality test* potrebbe finire per generare quella «*hierarchical relationship*» volta ad assicurare la massima espansione del valore primario (l'aspettativa degli operatori alla partecipazione/aggiudicazione e l'apertura del mercato alla concorrenza) rispetto a quello residuale (l'interesse di cui è portatrice l'amministrazione). Ma ciò, come anticipato, non sembra rispecchiare l'assetto e l'inclinazione degli interessi propri del settore, ove il valore primario dovrebbe rimanere l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione (comprensivo delle declinazioni sociali e ambientali), da perseguire ovviamente secondo canoni di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza e nel rispetto delle regole poste dalle direttive e dal Codice.

In questa prospettiva, al «*riposizionamento teleologico*» che ha contraddistinto la disciplina del 2014 si può quindi attribuire un duplice riconoscimento: da un lato, il rafforzamento dell'utilizzo dei contratti pubblici a sostegno di «*obiettivi sociali comuni*», nell'ottica di massimizzare la creazione di valore pubblico e l'impatto sociale (positivo) dell'attività contrattuale dell'amministrazione;

dall'altro una più nitida riemersione del reale assetto degli interessi del settore come in precedenza delineato, quale conseguenza del parziale arretramento degli obiettivi concorrenziali.

c. Nella prospettiva dell'ordinamento sovranazionale, risulta meno problematico prefigurare una possibile incidenza dell'assetto degli interessi sul giudizio di proporzionalità dal momento che, come ha puntualmente evidenziato la dottrina, a livello UE il principio di proporzionalità costituisce uno strumento di bilanciamento di interessi funzionale a una tutela di tipo oggettivo più che soggettivamente orientata¹³⁶.

Sebbene nell'ordinamento nazionale si riconosca al sindacato sulla proporzionalità del giudice una valenza soggettiva di tutela di posizioni individuali, ciò non dovrebbe comunque impedire di giungere a conclusioni simili (circa l'incidenza dell'assetto degli interessi su tale sindacato). A tal proposito viene in rilievo il carattere relazionale e flessibile della proporzionalità che, lungi dal costituire un principio dove *where one size fits all*, può subire adattamenti in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto (es. natura del provvedimento oggetto di valutazione, della posizione della p.a. e del privato, del grado di tutela che l'ordinamento riserva alle situazioni giuridiche in gioco e della qualità degli interessi di cui l'amministrazione è portatrice).

In questa prospettiva, troverebbe parziale giustificazione l'estrema varietà dell'utilizzo che i giudici amministrativi fanno di tale test, incluso il maggior rigore del controllo di proporzionalità allorché assuma rilievo l'attività amministrativa che incide sfavorevolmente sulla sfera giuridica dei cittadini. E soprattutto, per quanto qui di rilievo, troverebbe supporto l'idea di un controllo giurisdizionale che non dovrebbe assumere la sua fisionomia più "sostanzialistica" e rigorosa quando è volto a sindacare quelle scelte della stazione appaltante stret-

136 D.U. GALETTA, *op. ult. cit.*, p. 550 ss. e, da ultimo, ID., *The principle of proportionality as a legal tool for balancing economic and non-economic interests? A comparative and Eu law perspective*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2021, p. 411 ss.

tamente correlate ai bisogni e agli interessi sottesi al contratto e al loro perseguimento.

Invero rispetto a queste decisioni appare fisiologico che il “pendolarismo” della proporzionalità¹³⁷ tra la definizione della misura della cura dell'interesse pubblico e la verifica dei limiti di tangibilità di interessi dei privati, propenda sul primo profilo. D'altronde, rispetto alle scelte volte a conformare l'operazione contrattuale alla luce delle proprie esigenze, del perseguimento dell'interesse pubblico e della produzione di valore pubblico, l'aspettativa degli operatori economici alla partecipazione (e all'aggiudicazione) costituisce un *posterius*¹³⁸ che non può e non deve essere presa in considerazione in modo diretto e specifico dall'amministrazione; quest'ultima, infatti, deve “limitarsi” ad assumere l'*interesse pubblico* a un'ampia partecipazione che, nella prospettiva suggerita, costituisce *interesse strumentale* («un mezzo rispetto al fine»¹³⁹) rispetto agli obiettivi cui il contratto è rivolto e che tramite esso l'amministrazione intende perseguire (interesse contrattuale specifico, obiettivi orizzontali etc.).

d. Il *less restrictive alternative test* e le conseguenze operative da esso derivanti finirebbero per restringere, non poco, la sfera di libertà dell'amministrazione nella definizione dell'oggetto del contratto: nella sostanza, la stazione appaltante avrebbe a disposizione un'unica misura tecnica “legittima” per raggiungere gli interessi, inclusi quelli orizzontali, che intende perseguire con il contratto. Questo rischierebbe di sminuire significativamente l'assunto secondo cui la stazione appaltante gode di ampia libertà nel definire requisiti e caratteri-

137 Cfr. A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 4, 2005, p. 707 ss., in part. 738; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2012, pp. 230-231.

138 S. TORRICELLI, *Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, ESI, 2017, pp. 23-24.

139 F. FRANCIOSI, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, *Soggetti. Qualificazione. Regole comuni alle procedure di gara*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 954.

stiche del bene, del lavoro o del servizio da acquistare al fine di soddisfare i bisogni e le esigenze che intende perseguire¹⁴⁰.

Il che, a ben vedere, avrebbe come ulteriore conseguenza di privare, nei fatti, la p.a. della possibilità di stabilire il “peso” (*i.e.* rilevanza e gradazione) degli interessi, finendo per consentire l'avocazione di tale funzione da parte dei giudici¹⁴¹, i quali «*would then be placed perilously close to deciding what authorities' needs or priorities should be*»¹⁴². Sarebbe infatti consentita loro una significativa ingerenza sulle scelte riguardanti la definizione dello standard qualitativo e/o ambientale delle prestazioni da acquistare, così come sulla scelta di inserire un requisito di sostenibilità tra le specifiche tecniche invece che tra i criteri di aggiudicazione¹⁴³. D'altronde, ad avviso di chi scrive la verifica di necessità, per quanto formalmente riguardante i mezzi e quindi dotata di maggiore obiettività rispetto a quella di adeguatezza o stretta proporzionalità, non può dirsi del tutto “neutra” rispetto alla definizione degli obiettivi, finendo molto spesso per interferire sulle valutazioni “politiche” alla base della misura oggetto di sindacato¹⁴⁴.

Alla luce di queste e altre possibili argomentazioni¹⁴⁵, si ritiene che le scelte delle stazioni strettamente da cui dipende la definizione degli interessi da perseguire con il contratto vadano sottoposte a forme di sindacato meno stringenti del *substantive proportionality* o *less restrictive alternative test*.

Nel tentativo di rintracciare una soluzione di compromesso con quelle posizioni dottrinali critiche rispetto a un sindacato di proporzionalità limitato a una verifica di non palese irragionevolezza, arbitrarietà e sproporzionalità etc.,

140 Cfr. Corte giust. 25 ottobre 2018, C-413/17, *Roche Lietuva*, pp. 29-30.

141 Cfr. S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo*, Rimini, Maggioli, 2013, pp. 63-64.

142 D. WILSHER, *Reconciling national autonomy and trade integration in the context of eco-label*, in S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009, p. 417.

143 Un sindacato così stringente è stato di recente posto in essere da TRGA, sez. Trento, 2 marzo 2022, n. 45 (*supra*, § 1, *sub* nt. 10).

144 *Contra* F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, p. 361 ss., in part. 365, 379 e 390.

145 *Amplius* E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, cit., pp. 271-289.

che spesso si rintraccia nelle decisioni dei giudici amministrativi, si potrebbe valorizzare la dimensione procedurale del principio di proporzionalità, in termini per certi versi simili a quanto fa la CGUE quando applica il cd. *good governance* o *procedural proportionality test*¹⁴⁶. In questa direzione, la valutazione del giudice dovrebbe focalizzarsi – più che sulla necessità in assoluto della scelta della stazione appaltante – su quanto fatto per addivenire alla soluzione “più mite”; ciò anche attraverso un’analisi dell’istruttoria svolta dall’amministrazione, senza però che le si arrivi a richiedere istruttorie eccessivamente gravose rispetto alle esigenze del caso concreto, tenendo quindi presente la «proporzionalità della proporzionalità»¹⁴⁷.

7. I contratti pubblici tra vincolo di scopo, paradigma delle sostenibilità e amministrazione orientata al valore pubblico

Senza mettere in discussione l'importanza della concorrenza e delle sue logiche rispetto all'attività contrattuale della p.a., nel presente lavoro si è cercato di ricalibrare l'impatto dell'intervento UE rispetto alle posizioni più pro-concorrenziali; si ha infatti la convinzione che, anche prima del riallineamento funzionale realizzato dalla riforma del 2014, vi fosse spazio per letture della disciplina di settore in parte differenti da quelle che hanno individuato nel mercato e nella competizione tra gli operatori economici l'asse portante del sistema, alludendo a una rinnovata concezione dell'interesse pubblico, funzionalizzato all'ottimale andamento del mercato.

In questa direzione si è dapprima dato rilievo alla distinzione tra concorrenza quale *interesse esterno* (del mercato e dei suoi operatori) e concorrenza qua-

146 In diverse pronunce che concernono interessi preminenti anche nella considerazione dei trattati, la CGUE ha applicato in modo peculiare il principio di proporzionalità, in termini tali da rendere il relativo sindacato ben meno stringente. In queste pronunce l'applicazione peculiare del principio di proporzionalità consiste nel non spingere il controllo di proporzionalità sino al punto di verificare la necessità della misura, ma di arrestarlo al test di idoneità che viene, per certi versi, “arricchito” fino a divenire un filtro di verifica del canone standard di buona amministrazione in senso lato (trasparenza, non discriminazione, oggettività, coerenza e sistematicità della misura); cfr. J. MULDER, *Social Legitimacy in the Internal Market*, cit., p. 91 ss.

147 S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, Giuffrè, 2008, in part. pp. 120 ss e 137.

le *interesse interno* (un interesse pubblico strumentale) di cui si serve la p.a. per raggiungere gli interessi che intende perseguire con il contratto (interesse specifico e *value for money*, obiettivi orizzontali, etc.). Si è poi proceduto a una lettura restrittiva delle finalità concorrenziali delle direttive UE, individuate nella parità di condizioni tra gli offerenti e nell'eliminazione delle barriere che ostacolano l'accesso al mercato.

Come noto, queste finalità sono perseguite attraverso principi e regole che sono posti a tutela dell'interesse esterno degli operatori economici e, quindi, sono tendenzialmente "indisponibili" per i legislatori (e le amministrazioni) nazionali; di guisa che il loro rispetto va assicurato anche quando, in concreto, finiscono per ostacolare il miglior soddisfacimento degli interessi che la p.a. intende perseguire con il contratto¹⁴⁸. Tuttavia, una volta che ne viene garantito il rispetto così da assicurare il "minimo concorrenziale" imposto dall'ordinamento Ue a garanzia dell'effettività delle libertà di circolazione, sembra venire in rilievo la concorrenza¹⁴⁹ quale "strumento", ovvero quale "mezzo rispetto al fine" di cui si serve la parte pubblica per il miglior perseguimento degli interessi interni all'operazione contrattuale. Nella stessa prospettiva, non sembra azzardato sostenere che, in quanto strumento, la concorrenza possa essere considerata, entro certi limiti, "nella disponibilità" della stazione appaltante che se ne serve a seconda delle peculiarità e delle caratteristiche del singolo affidamen-

148 Ciò senza trascurare, però, che il diritto Ue, soprattutto a livello di disposizioni di diritto primario (es. libertà di circolazione) e di principi (es. parità di trattamento), presenta un certo grado di "flessibilità" nel senso che, a determinate condizioni, ammette deroghe, giustificazioni o semplici adattamenti quando ciò risulti necessario per il soddisfacimento di obiettive e ragionevoli esigenze imperative di interesse generale. L'economia di questo lavoro non consente di approfondire ulteriormente il punto; per alcuni esempi concreti cfr. le conclusioni dell'Avv. Generale Medina del 3 febbraio 2022 relative alla causa C-436/20 *ASADE*, in part. punti 97 ss. e, in dottrina, M. ANDHOV, B. BERGSSON, *Equal Pay and Eu Public Procurement Law. Case Study of Mandatory Icelandic IST85 Standard*, in *Nord journal of European Law*, 2021, 1, p. 1 ss.

149 Si fa riferimento alla concorrenza in senso ampio, comprensiva cioè sia della concezione strutturale prevalentemente considerata dal ordinamento UE, sia di quella dinamica che potrebbe essere rafforzata a livello nazionale, come peraltro auspicato, da ultimo, da F. DECAROLIS, A. HEIMLER, *I contratti pubblici*, cit., 367 ss.

to¹⁵⁰; come pure è possibile ipotizzare un suo arretramento in caso di irriducibile conflitto con gli altri interessi in precedenza richiamati¹⁵¹.

D'altronde, il "contratto pubblico" è esso stesso uno strumento attraverso cui l'amministrazione persegue quei fini pubblici che le sono normativamente assegnati «*fin dalla sua stessa venuta a esistenza o durante la sua vita*»¹⁵²: anche l'attività contrattuale della p.a. è infatti sottoposta al principio di legalità, innanzitutto nella sua dimensione di legalità-indirizzo che si specifica, e si esplica, in termini di vincolo di scopo¹⁵³. Da ciò consegue che, pur in assenza di indicazioni normative in tal senso di carattere generale, l'obiettivo primario dell'operazione contrattuale della p.a. va individuato nell'acquisto di beni, lavori e servizi idonei a soddisfare l'interesse specifico dell'amministrazioni (cd. interesse specifico del contratto o «*interesse realizzativo*»¹⁵⁴). Ad avviso di chi scrive, gli stessi obiettivi

150 Per alcuni possibili risvolti concreti di questo ragionamento, cfr. E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, cit., p. 460-464.

151 Quanto fin qui sostenuto non esclude che interessi esterni degli operatori economici e del mercato possano diventare obiettivi interni che la p.a. persegue con il contratto, come la tutela delle PMI e/o della concorrenza in senso macro; ad avviso di chi scrive, però, solo in presenza di apposita previsione normativa essi possono prevalere sull'interesse specifico del contratto o sul obiettivo del *value for money* (cfr. S. VILLAMENA S, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Dir. amm.*, 2020, 4, p. 933 ss., in part. 949 ss.), come pure sulle libertà di circolazione degli altri operatori economici (cfr. S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, cit., vol. I, p. 1299 sulla necessità di un'apposita previsione normativa, ora introdotta, che legittimi la stazione appaltante a limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un singolo offerente). In generale, sulla dinamica degli interessi nel settore, cfr. A. MALTONI (a cura di), *I contratti pubblici. La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, ESI, 2020.

152 Così M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 31 ss.

153 Sul generale tema relativo al regime pubblicistico e regime privatistico dell'agire dell'amministrazione mediante contratti e sulla rilevanza del principio di legalità indirizzo la bibliografia è sterminata. Tra i lavori più recenti, si v. M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. ec.*, 2022, 2, 11 ss.; F. PUBUSA, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2022; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Notazioni su potere amministrativo e 'attitudine' negoziale*, in *Amministrativamente*, 2021, 4, p. 70 ss.; A. CASSATELLA, *Pubblica amministrazione e diritto privato nel pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 2, 2021, p. 335 ss.; G.D. COMPORITI, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 2, p. 529 ss.

154 Così L.R. PERFETTI, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, cit., p. 147 ss. Da ultimo, cfr. ID. *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 4, 2022, p. 441, in part. 444 ss. ove l'Autore richiama diverse disposizioni – di carattere sostanziale e processuale – che danno rilievo all'interesse realizzativo, arrivando a concludere che «*l'interesse pubblico dell'amministrazione che contratta è quello (1) del "soddisfacimento dei fabbisogni della collettività"*».

sociali e ambientali, quando non costituiscono essi stessi l'interesse specifico del contratto (come accade, ad es., in caso di affidamento di un servizio sociale) ma sono perseguiti in via orizzontale, devono necessariamente armonizzarsi con esso e recedere in caso di conflitto, salvo diversa indicazione normativa¹⁵⁵.

A ben vedere, quest'ultima considerazione richiede di confrontarsi con un'obiezione frequentemente mossa all'utilizzo strategico dei contratti pubblici (e, in particolare, al rafforzamento del *mandatory approach*), ovvero che, allo stato attuale, esso troverebbe fondamento e supporto esclusivamente in ciò che il legislatore UE definisce il «*ruolo esemplare*» del settore pubblico, cui spetta il compito di fare da guida così da orientare le scelte dei privati (imprese e cittadini)¹⁵⁶. Mancherebbero, invece, analisi e dati idonei ad attestare che il perseguimento di politiche ambientali (e sociali) attraverso i *public procurement* costituisca una scelta *efficace* in termini di *policy* di sostenibilità (nel senso di accertabilità e misurabilità del raggiungimento dell'obiettivo); come pure elementi tali da consentire una quantificazione dei «costi» derivanti da tale soluzione (*i.e.* l'*efficienza*, in termini di rapporto costo/benefici, dell'uso strategico dei contratti pubblici). E ciò anche alla luce delle difficoltà di prevedere la «reazione» del mercato e la capacità dei suoi operatori di assecondare le richieste di prestazioni sostenibili del contraente pubblico¹⁵⁷. Si tenga presente che questi «costi» non sono solo di natura finanziaria, ben potendo l'inserimento di considerazioni sociali o ambientali produrre come conseguenza, diretta o indiretta, l'acquisto di beni, lavori e servizi di un livello qualitativo meno elevato e/o meno funzionali rispetto alle esigenze della p.a. e della collettività.

(II) che dovrà essere realizzato in modo compatibile, secondo quanto previsto dalla legge, con altri interessi pubblici diversi o opposti a quello del committente pubblico, (III) con l'immane assicurazione di alcune regole proprie dell'attività di diritto pubblico (integrità, efficienza, trasparenza, imparzialità)».

155 Fermo restando che è facoltà delle amministrazioni subordinare, nei limiti e nei modi consentiti dalla legge, il principio di economicità a criteri di natura sociale e ambientale; cfr. art. 30, co. 1 del Codice.

156 Al riguardo si v. l'ultima versione della proposta di direttiva sull'efficienza energetica, COM(2021) 558 final, cit. del 14 luglio 2021 che richiama il «*ruolo esemplare*» o di «*guida*» degli acquirenti pubblici, dedicandovi un intero Capo (artt. 5 ss.).

157 Si tratta di un'obiezione frequente, da ultimo ripresa da K-M. HALONEN, *Is public procurement fit for reaching sustainability goals*, cit., p. 541 ss.

Queste obiezioni vanno senz'altro prese sul serio. La funzione sociale dei contratti pubblici suggerisce, e in qualche modo, richiede gradualità e dialogo con il mercato, dovendosi evitare che essa si trasformi in un ostacolo all'innovazione e all'acquisto di prestazioni di elevata qualità. Improcrastinabile è, inoltre, l'esigenza di rafforzare gli strumenti di monitoraggio e verifica del rispetto delle clausole sociali/ambientali durante la fase esecutiva e, più in generale, dell'effettività delle politiche orizzontali perseguite tramite i *procurement*.

Ciò detto, alcune considerazioni appaiono in grado di stemperare le argomentazioni critiche in precedenza riportate.

Innanzitutto, merita di essere sottolineato come si discuta di una forma di intervento pubblico nell'economia niente affatto nuova, insolita o estemporanea: attribuire allo Stato e alla sua attività negoziale una funzione/ruolo di guida per il settore privato rappresenta una soluzione già da tempo praticata e sperimentata¹⁵⁸, in particolare prima che l'affermarsi delle teorie, e delle ideologie, neoliberaliste e la scelta di una determinata via nel percorso di integrazione europea portassero alla rottura dell'equilibrio tra diritto ed economia e al prevalere della seconda¹⁵⁹. Del resto, lo Stato compratore o «consumatore»¹⁶⁰ che si fa carico di questo ruolo, o che comunque opera in modo strategico, realizza una modalità di *intervento diretto* nell'economia che appare pienamente riconducibile agli strumenti di programmazione (più che di regolazione). E invero, ancorché il raggiungimento degli obiettivi di interesse generale richieda e dipenda dall'apporto del mercato e dalla libera iniziativa economica dei suoi operatori¹⁶¹,

158 Già F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, 1, p. 416 osservava che l'equo trattamento dei lavoratori risponde «alle finalità essenziali dell'ente pubblico, che gli permettono e gli impongono di essere il *model employer*» (corsivo per enfasi).

159 Sul tema, in generale, cfr. A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa*, cit., pp. 59-95. Cfr. pure A. BOITANI, *L'illusione liberista*. cit., *passim*.

160 Così D. CAPOTORTO, *Lo Stato "Consumatore" e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. Amm.*, 2021, 1, p. 161 ss. Per un inquadramento delle più recenti forme di intervento dello Stato nell'economia, v. da ultimo F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, Il Mulino, 2021 e R. DIPACE, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Dir. amm.*, 2020, 4, p. 903 ss.

161 Sulle differenze tra programmazione e regolazione, cfr. P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, 2, p. 337 ss., in part. 340 ss. e R. DIPACE, *op. ult. cit.*,

è lo Stato che – senza rinunciare a forme di dialogo con il mercato – individua questi obiettivi, le strategie per perseguirli e, in linea di massima, se ne assume l'onere finanziario¹⁶². In altre parole, chi scrive vede nell'utilizzo strategico dei contratti pubblici uno degli strumenti attraverso cui lo Stato si assume il ruolo di «guidare la trasformazione» del mercato in vista del (più) ambizioso obiettivo di «cambiare il capitalismo»¹⁶³, o quanto meno di contribuire a riformarlo.

Va poi evidenziato che il rafforzamento della funzione sociale dei contratti pubblici, inclusa la recente svolta verso il *mandatory approach* riscontrabile a livello normativo (*supra* § 1 ss.), si inserisce e riflette processi evolutivi più generali¹⁶⁴. Nel rinnovato “*constitutional balance*” che si è progressivamente generato a seguito dell’*imprinting* sociale che il Trattato di Lisbona ha apportato al percorso di integrazione UE, si è infatti innestato l’affermarsi del paradigma della sostenibilità nella sua versione più moderna, “olistica” e “integrata”. Per quanto il suo contenuto e rilievo giuridico sia tuttora in corso di definizione e inquadramento teorico e sistematico, appare innegabile come i più recenti interventi, dal Green Deal in avanti, abbiano attribuito a tale (indubbiamente nuovo) paradigma una concretezza e un’effettività che prima non possedeva; e ciò anche in attesa di verificare se la recente modifica costituzionale, in particolare quella relativa all’art. 41, co. 2 e 3, rappresenterà una «vera e propria rivoluzione destinata a modificare la Costituzione economica del nostro Paese»¹⁶⁵.

903 ss., in part. 920; da ultimo v. anche A. ROMEO, *Le misure amministrative per la ripresa e la resilienza economica. Il piano “italiano”*, in *Ist. fed.*, 2022, 2, in corso di pubbl.

162 Così, con riguardo alla programmazione, P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, pp. 341-342 e A. ROMEO, *op. ult. cit.*

163 Così M. MAZZUCATO, *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Bari, Laterza, 2021, *passim*, in part. pp. 21 ss. e 185 ss.

164 La prospettiva indicata è diversa, se non opposta, rispetto a quella seguita da D. CAPOTORTO, *op. ult. cit.*, p. 162 secondo cui «accantonata l'idea di creare un'economia sociale di mercato, ci si è accontentati di sfruttare i poteri di consumo dei pubblici poteri per condizionare lo sviluppo dell'economia».

165 F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema*, cit., p. 795. Sul tema si vedano anche le interessanti considerazioni di F. CORTESE, *Gestione dei fondi “RRF” e diritto amministrativo: sguardo di sintesi e di contesto*, in *Ist. fed.*, 2022, 2, in corso di pubbl. Per una dettagliata analisi dei lavori parlamentari sulla riforma si v. il Dossier, 7 febbraio 2022, Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell’ambiente.

Alla luce dell'affermarsi di questo paradigma, molte categorie, nozioni, definizioni potrebbero richiedere una rivisitazione, a partire dal concetto di economicità rispetto al quale la sostenibilità sociale e ambientale «*non appare più una deroga (...) ma ne rappresenta piuttosto un elemento*»¹⁶⁶; nel concetto olistico e integrato di sostenibilità, infatti, le tre dimensioni (economica, sociale e ambientale) si correlano e interferiscono reciprocamente dando luogo a un bilanciamento dinamico degli interessi di riferimento. Pertanto, l'idea del *public procurement* quale strumento (meramente) “economico” che come tale va disciplinato e utilizzato, potrebbe considerarsi superata non (solo) da contingenti scelte di *policy*, bensì in via “sistemica” e “strutturale”; con ciò trovando ulteriore conferma l'idea da cui ha originato il presente saggio, secondo cui il tema non è più *se*, ma *come e in che misura* utilizzare strategicamente i contratti pubblici.

Per concludere, l'utilizzo dei contratti pubblici quale strumento di governo attiene al momento della procedura di aggiudicazione; senz'altro importante potrà quindi rivelarsi l'imminente riforma del settore (cfr. l. n. 78/2022) che, per quanto anomala per tempistica, potrebbe contribuire a rafforzare la capacità e la professionalità delle pp.aa. che operano come stazioni appaltanti, nonché intervenire sui profili di maggiore criticità nell'ottica dei contratti sostenibili (su tutti, la gestione del contratto e la disciplina della fase esecutiva).

Va sottolineato, tuttavia, come l'uso strategico dei contratti pubblici interessi l'azione amministrativa nel suo complesso: sono infatti le scelte di indirizzo e regolatorie dell'amministrazione che delineano – a monte e in via generale – il quadro funzionale (di obiettivi, di principi e di canoni operativi) entro cui dovrebbe inquadrarsi il suo agire come stazione appaltante. Pertanto, oltre agli interventi sul lato dell'offerta¹⁶⁷, per rafforzare questa funzione dei contratti pubblici risulterà determinante il processo di riforma dell'amministrazione

166 A. MASSERA, F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 590.

167 Sul punto va richiamata la recente proposta di direttiva COM(2022)71 final, 2022/0051(COD), 23.02.2022, che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità che mira a promuovere un comportamento sostenibile e responsabile da parte delle imprese lungo tutte le catene del valore mondiali.

come previsto dal PNRR e che la dottrina ha identificato quale quarta componente della concezione olistica della sostenibilità¹⁶⁸. In questa prospettiva, appare evidente come una riforma, quale quella recente in tema di pianificazione integrata¹⁶⁹, che orienti l'organizzazione e l'azione della pubblica amministrazione alla produzione di valore pubblico¹⁷⁰, ovvero incentrata su un «*approccio mission-oriented*»¹⁷¹ volto a massimizzare il livello complessivo di benessere (economico, sociale, ambientale, sanitario) di cittadini, imprese e altri stakeholders), non solo presenta una matrice comune, ma si pone anche in relazione osmotica e di reciproco rafforzamento con la suddetta funzione strategica o sociale dei contratti pubblici.

168 F. DE LEONARDIS, *op. ult. cit.*, 789 e 798 ss.

169 Cfr. art. 6 del d.l. 9 giugno 2021, n. 80 (convertito con l. 6 agosto 2021, n. 113); da ultimo, v. d.P.R. 24 giugno 2022, n. 81 e il d.m. 24 giugno 2022, in part. l'art. 3 recante «Sezione Valore pubblico, Performance e Anticorruzione». Come sottolineato da Cons. St., nei due pareri 2 marzo 2022, n. 506 e 26 maggio 2022, n. 902 sul d.P.R., non è scontato che il nuovo Piano integrato di attività e organizzazione possa affermarsi quale strumento che consenta, oltre una effettiva semplificazione, «*un'analisi a 360 gradi dell'amministrazione e di tutti i suoi obiettivi da pianificare*» in linea con un approccio «*result oriented*» rivolto ai cittadini e alle imprese, nonché di raggiungere gli obiettivi individuati dallo stesso decreto – quali il miglioramento della qualità dei servizi e la reingegnerizzazione dei processi. Affinché ciò possa in concreto realizzarsi, è necessario evitare che il PIAO diventi «*un adempimento formale aggiuntivo entro il quale i precedenti Piani vanno semplicemente a giustapporsi, mantenendo sostanzialmente intatte, salvo qualche piccola riduzione, le diverse modalità di redazione (...)*». Per i primi (coraggiosi) tentativi di dar rilievo alla prospettiva del valore pubblico a livello istituzionale, cfr. il Piano nazionale anticorruzione del 2019 di ANAC e le Linee guida per il Sistema di Misurazione e Valutazione della performance del Dipartimento della funzione pubblica, n. 2 del 2017.

170 Sulla teoria del valore pubblico, v. M.H. MOORE, *La creazione di valore pubblico. La gestione strategica nella pubblica amministrazione*, Milano, Guerini, 2003; ID., *Recognizing Public Value*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2013; J. BENINGTON, M.H. MOORE (a cura di), *Public Value. Theory and Practice*, Londra, Bloomsbury, 2011. Per un'applicazione della teoria del valore pubblico ai *public procurement*, S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, cit.; con riguardo invece agli strumenti di pianificazione, in un'ottica di raggiungimento delle *performance*, v. E. DEIDDA GAGLIARDO, *Il valore pubblico. La nuova frontiera delle performance*, Roma, Rirea, 2015.

171 Così M. MAZZUCATO, *Missione economia*, cit., 7 ss.

SABRINA TRANQUILLI

Assegnista di ricerca in diritto amministrativo presso il Dipartimento di scienze politiche e della comunicazione dell'Università degli Studi di Salerno

stranquilli@unisa.it

I CONFLITTI E LE LITI TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

CONFLICTS AND DISPUTES BETWEEN PUBLIC ADMINISTRATIONS

SINTESI

Lo studio dei conflitti tra Amministrazioni, sebbene sia stato trascurato per molto tempo, è tornato, in tempi recentissimi, ad essere indagato dalla dottrina. A causa di diversi fattori l'emersione dei conflitti è, infatti, divenuto un fenomeno visibile ed esplosivo: il pluralismo istituzionale, la frammentazione delle funzioni amministrative, la disarticolazione territoriale, l'allargamento dell'area della vigilanza concorrono a generare nuovi e continui conflitti tra Amministrazioni rispetto agli interessi loro affidati. In alcuni casi, l'ordinamento amministrativo, sia a livello statale che regionale, mette a disposizione delle Amministrazioni degli specifici strumenti ("procedimenti conflittuali"), che consentono alle parti di risolvere i conflitti tra gli interessi pubblici ("conflitti amministrativi"). Quando ciò non avviene, la mancanza di tali strumenti determina, di fatto, una "fuga" delle Amministrazioni verso il processo costituzionale e quello amministrativo. Per molteplici ragioni, esaminate nello studio, tuttavia, il conflitto di attribuzione costituzionale ha, negli ultimi anni, perso appetibilità, tanto da indurre le Amministrazioni a rivolgersi in modo preponderante al giudice amministrativo, riversando su quest'ultimo un ampio contenzioso. Le Amministrazioni non agiscono in giudizio solo a tutela delle proprie funzioni, ma anche di interessi sovraindividuali con ripercussioni sull'intero sistema della giustizia amministrativa e sull'ordinamento. Lo studio mira, in ultima analisi, a dimostrare che la risoluzione in via giurisdizionale dei conflitti tra Amministrazioni non è

sempre in grado di risolverli ma, al contrario, rischia di renderli un fenomeno ciclico e stagnante.

ABSTRACT

The study of conflicts between administrations, although it had been dragged out for a long time, has recently returned to be investigated by scholarship. Due to various factors, the emergence of conflicts has, in fact, become a visible and explosive phenomenon: institutional pluralism, the fragmentation of administrative functions, territorial disarticulation, and the enlargement of the area of supervision all combine to generate new and continuous conflicts between Administrations with respect to the interests entrusted to them. In some cases, the administrative system, both at state and regional level, provides Administrations with specific instruments ('conflict procedures'), which allow the parties to resolve conflicts between public interests ('administrative conflicts'). When this is not the case, the lack of such instruments leads to a de facto 'flight' of Administrations to the constitutional and administrative process. For many reasons, examined in the study, however, the constitutional conflict of attribution has, in recent years, lost its attractiveness, so much so that the Administrations have turned overwhelmingly to the administrative judge, pouring a large amount of litigation onto the latter. Administrations do not only take legal action to protect their own functions, but also supra-individual interests with repercussions on the entire system of administrative justice and the legal system. The study ultimately aims to show that judicial resolution of conflicts between administrations is not always able to resolve them but, on the contrary, risks making them a cyclical and stagnating phenomenon.

PAROLE CHIAVE: conflitti - liti – legittimazione – Pubblica Amministrazione

KEYWORDS: conflicts – disputes – standing – Public Administration

INDICE: 1. Premessa. Le ragioni per uno studio sui conflitti e sulle liti tra Amministrazioni. – 2. “Mappatura” dei modelli rintracciabili nell’ordinamento per la risoluzione dei conflitti – 3. Il “bivio” tra giudice costituzionale e amministrativo. – 4. I conflitti nel procedimento amministrativo – 5. Il processo amministrativo come “valvola di sfogo” del conflitto irrisolto. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Premessa. Le ragioni per uno studio sui conflitti e sulle liti tra Amministrazioni

Nella maggior parte degli ordinamenti europei il tema del “conflitto”, nella sua particolare declinazione, che qui più interessa, di “contrasto tra autorità pubbliche” nell’esercizio del potere amministrativo, risulta, di fatto, “vittima” di un’elaborazione teorica incompiuta e ancora tutta da costruire¹. Tale tema, tuttavia, riveste un’importanza (teorica e pratica) fondamentale specialmente con riguardo all’ordinario svolgimento delle relazioni organizzative tra le Amministrazioni.

I motivi per cui lo studio dei conflitti tra Amministrazioni non ha, per lo meno in passato, trovato adeguato spazio sono facilmente ricavabili dall’indagine storica. In Italia, nell’epoca liberale e per buona parte del Novecento, gli studiosi di diritto amministrativo, impegnati a fondare le basi teoriche dell’ordinamento contemporaneo, si confrontavano con uno Stato - sempre più ramificato nel tessuto sociale - che voleva affermare la propria primazia e con un coerente sistema normativo diretto a mantenere i contrasti tra le autorità pubbliche sotto il fluttuante e sfuggente velo dell’unità politica, amministrativa e territoriale. Sebbene la società e, dunque, anche le istituzioni, fossero già “drammaticamente” articolate e frammentate, la teorizzazione e concettualizzazione dello Stato “monoclasse” - dogmaticamente assunto come costante obiettivo per la ricerca di un paradigma unitario per l’Amministrazione pubblica³ - ha frenato

1 Il presente contributo costituisce una sintesi delle più ampie riflessioni svolte nella monografia *Malum discordiae del potere amministrativo. Contributo allo studio dei conflitti e delle liti tra Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022.

2 L’espressione è usata da M.S. GIANNINI, nell’introduzione al Volume “*L’Amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*”, I, in G. SANTANIELLO (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, 4, per rappresentare la genesi delle istituzioni nella società in funzione di composizione dei conflitti sociali.

3 Sul tipo “ideale” di Amministrazione presente nella scienza pubblicistica alla fine del XIX secolo, si v. B. SORDI, *Diritto amministrativo (evoluzione dal XIX secolo)*, in *Dig. disc. pub.*, V, Torino, 1990, 182 ss., dove si rappresenta che per gli studiosi del XX secolo la tendenza prevalente non è quella del “riconoscimento della complessità crescente degli intrecci tra economico e statuale — e tra politico e statuale — o di accettazione del riporsi — nel mutare degli equilibri — del carattere dualistico degli statuti giuridici dell’azione amministrativa, ma quella d’incanalare il corso delle trasformazioni in più rassicuranti canali pubblicistici”. Anche negli studi sociologici la rigidità della concezione statuale quale “unica fonte di esperienza istituzionale” viene considerata fallace, si V.

lo sviluppo di un'autonoma riflessione scientifica sul tema del "conflitto" inteso come scontro tra diverse Amministrazioni. Si spiega, in tal modo, agevolmente perché la "vecchia" e originaria elaborazione teorica di conflitto si esaurisse nell'individuazione di soluzioni volte a stabilire con nettezza "chi fa" - o perlomeno - "dovesse fare cosa" per ricomporre le fratture nell'unità statale. Tanto si riscontra negli studi di diritto amministrativo che - fino agli anni '70 del Novecento - accostano il termine conflitto quasi esclusivamente ai concetti di "giurisdizione", "attribuzione" o "competenza".

Come ampiamente testimoniato dai più risalenti repertori di prassi e giurisprudenza amministrativa, tuttavia, l'idea dell'Amministrazione "compatta" nell'unità statale - in cui, dunque, non fosse presente il conflitto (anche) tra interessi pubblici - sconta il vizio d'origine di essersi sviluppata in modo slegato dalla realtà sociale e istituzionale, da tempo fortemente pervasa da vivaci contrasti di tal tipo⁴.

Il *mundus furiosus*⁵ in cui si sviluppa da tempo la società moderna ingloba un sistema istituzionale mutevole e un apparato amministrativo (e costituzionale) trasversalmente pervaso da conflitti di varia natura, tanto all'interno delle singole Amministrazioni (tradizionalmente definiti "conflitti interorganici") quanto al loro esterno, tra le tante e diverse autorità pubbliche (tradizionalmente definiti "conflitti intersoggettivi"⁶). Il "pluralismo" - nelle sue tante cicliche evoluzioni⁷ - da tempo non è più "contenuto" in una ripartizione "statica" delle

TOMEIO, *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, Catanzaro, 2013, 101.

4 Basta scorrere il primo numero della *Rivista amministrativa del Regno d'Italia* per rendersi conto della "normalità" delle liti tra autorità pubbliche, si v. *Riv. amm. Regno*, Roma-Torino, 1859, I. Come evidenzia M. MAZZAMUTO, *Liti tra Pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2, 344, si tratta di un consistente numero di controversie di cui non risulta utile una classificazione, ma la cui analisi rende chiaro il dato reale delle profonde radici dei contrasti tra gli interessi affidati alle diverse autorità pubbliche.

5 L'espressione è di G. TREMONTI, *Mundus furiosus. Il riscatto degli Stati e la fine della lunga incertezza*, Milano, Mondadori, 2016, 2 ss., che, con tale immagine, descrive, fornendo uno sguardo d'insieme, i movimenti "furiosi" degli Stati e dei relativi apparati burocratici dietro le crisi economiche e sociali che si sono susseguite in Europa.

6 La distinzione, ricorrente in dottrina, è delineata in termini generali da C. CAMILLI, *Conflitti di amministrazione*, in *Conflitto* (Voce), *EdD*, Milano, VIII, 1961, 993, che, tuttavia, denomina i conflitti tra organi di enti diversi "conflitti interenziali".

7 Su cui si v. N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno, Lessico e percorsi*, Bologna, Il Mulino, 1997, 321 ss.

competenze amministrative⁸, provocando un confronto-scontro dinamico e continuo tra interessi e funzioni⁹.

L'analisi che segue ha l'obiettivo di dimostrare che le risalenti elaborazioni - legate ad una concezione "statica" di conflitto - non solo sono da tempo inidonee a spiegare la complessità sociale e giuridica e devono pertanto ritenersi ampiamente superate - ma rappresentano anche la causa della mancanza di una compiuta teorizzazione sul tema. Mancanza che emerge, principalmente, grazie all'opera di Massimo Severo Giannini il quale - non casualmente - dedicò una breve e autonoma parte dei suoi studi di Diritto Amministrativo (1970) ai "conflitti" tra Amministrazioni. L'analisi esordiva segnalando la - a suo dire "inspiegabile" - carente attenzione scientifica sul tema. Critica poi ribadita in un articolo pubblicato alla fine degli anni Novanta¹⁰.

Nel consapevole tentativo di effettuare una prima concettualizzazione sul tema, Giannini sintetizzò nell'espressione "conflitti di amministrazione" tutti i procedimenti (*recte* "incidenti procedimentali") presenti dall'ordinamento amministrativo, funzionali a comporre il contrasto insorto tra due o più Amministrazioni. In caso di esito fallimentare del tentativo di composizione del conflitto (che si concretizzava, di fatto, in un obbligo di "negoziiazione" a carico dell'Amministrazione competente ad assumere la decisione), il suo superamento era rimesso ad un soggetto "terzo", individuato dall'ordinamento in un organo di coordinamento politico-amministrativo o in un'Amministrazione gerarchicamente sovraordinata. Il riferito tentativo di concettualizzazione rimase piuttosto isolato non suscitando particolare attenzione nella dottrina di quegli anni. Ne consegue che il concetto di conflitto è rimasto per molto tempo "oscurato" anche nell'analisi di concetti ad esso strettamente connessi quali il

8 G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, 340; G. D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale, Tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1996, 118.

9 N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, op. cit., 344.

10 M. S. GIANNINI, *Sui conflitti di attribuzione*, in *Politica e Mezzogiorno*, in Nuova Serie, anno V, 1, 1996, ora in *Scritti giuridici*, 1991-1996, IX, Milano, 2006, 395 ss..

coordinamento amministrativo, gli accordi tra Amministrazioni, le conferenze di servizi, etc.. e trascurato rispetto allo studio delle relazioni organizzative¹¹.

Alcune recenti e importanti contributi provenienti da attenta dottrina hanno tuttavia ripreso il tema, sotto diversi e specifici aspetti, mostrandone il particolare interesse scientifico¹². Emerge così un affascinante richiamo a dedicargli un'analisi autonoma, alimentato dal fatto che i conflitti – e, in particolare, quelli tra Amministrazioni – si manifestano oggi, sotto diverse forme e modalità, con straordinaria frequenza sotto gli occhi di studiosi e interpreti in una ve-

11 Sul punto del tutto efficaci i rilievi sul disinteresse sul richiamato tema effettuati da M. TRIMARCHI, *Premesse sistematiche sulle relazioni organizzative*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2021, 1, 249.

12 Il tema dei “conflitti amministrativi” dopo l’elaborazione di M. S. GIANNINI non è stato oggetto di studi autonomi, ma si trova richiamato in diversi importanti contributi, oltre a quello già citato di G. D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, si v., in particolare S. CASSESE, *L’arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2001, 3, 604, dove si riconosce nell’elaborazione di Giannini sulla discrezionalità amministrativa la prima concettualizzazione dell’attività amministrativa come “prodotto del conflitto degli interessi pubblici”; L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 1, 39, dove si segnala la scarsa attenzione scientifica sul tema generale dei conflitti tra Amministrazioni nell’ordinamento italiano, già affrontato dallo stesso A. con riferimento ai conflitti nell’Amministrazione europea (*Cooperazione e conflitto nell’unione amministrativa europea*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2011, 1, 13); il tema è stato poi ripreso da G. NAPOLITANO, *Conflicts in Administrative Law: Struggles, Games and Negotiations Between Political, Institutional and Economic Actors*, Jean Monnet Working Paper 11/1, 2013, disponibile in <https://jeanmonnetprogram.org/>, il quale rappresenta il diritto amministrativo contemporaneo come un vero e proprio “campo di battaglia” in cui si verificano continuamente conflitti politici, istituzionali ed economici in cui le parti adottano diverse strategie di risoluzione che coinvolgono non solo regole giuridiche. Più di recente, il tema è stato oggetto di un Convegno dal titolo “Il giudice amministrativo nei conflitti tra pubbliche amministrazioni: giurisdizione, mediazione, supplenza” organizzato presso il TAR di Lecce, il 21-22 settembre 2018, cui sono seguiti contributi di autorevoli studiosi, con riguardo allo sviluppo della conflittualità pubblica nello Stato liberale, da M. MAZZAMUTO, *Liti tra Pubbliche amministrazioni*, op. cit., 344; sotto il profilo del sindacato del giudice amministrativo sull’eccesso di potere M. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell’eccesso di potere*, in *Scritti in onore di E. Picozza*, II, Napoli, 2019, 1567 e in *Dir. proc. amm.*, 2020, 2, 209, e da ultimo, (mentre questo studio era in fase di pubblicazione), M. RENNA, S. VACCARI, *La proiezione processuale dei dissensi tra gli enti territoriali*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 4, 677. Dal punto di vista strettamente processuale si v. gli studi di M. ANTONIOLI, *La legittimazione a ricorrere degli Enti pubblici, tra situazioni sostantive, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell’interesse pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 2-3, 359; dal punto di vista strettamente processuale M. MACCHIA (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato, La legittimazione attiva delle Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020; da ultimo, sotto il profilo del rapporto con il giudizio costituzionale si v. F. GUELLA, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione della corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni*, 2022, 1, 84.

ste del tutto rinnovata e molto più dilatata rispetto a quanto avveniva in passato, tanto che anche il tentativo di concettualizzazione effettuato da Giannini non trova più una perfetta rispondenza all'interno dell'ordinamento amministrativo contemporaneo.

Pare quindi opportuno fornire sin d'ora alcune definizioni orientative che consentano di districarsi in modo più agevole nelle pagine che seguono. Con l'espressione "conflitto amministrativo" si intende il contrasto tra le posizioni assunte da due o più Amministrazioni in merito al perseguimento di uno o più interessi pubblici. Per indicare gli specifici procedimenti che l'ordinamento predispone per risolvere tali conflitti si utilizzerà invece l'espressione "procedimenti conflittuali". Questi ultimi - presenti in misura sparsa nell'ordinamento amministrativo - assumono diverse forme e strutture, sintetizzabili nel seguente schema: dopo uno scambio interlocutorio - più o meno articolato - tra le Amministrazioni coinvolte, volto a conciliare le posizioni in contrasto (fase 1 di "composizione del conflitto"), qualora tale interlocuzione fallisca e il conflitto permanga, il potere decisionale è affidato, a seconda dei casi, ad una delle parti, ad un "terza" autorità pubblica oppure al giudice amministrativo (fase 2 di "superamento del conflitto"). Nei casi in cui, invece, manchi uno specifico "procedimento conflittuale" e, per risolvere il conflitto le Amministrazioni si rivolgano direttamente al giudice (costituzionale o amministrativo) lo scontro rappresenta una semplice "lite".

Non solo i "conflitti", ma anche gli strumenti finalizzati alla loro prevenzione sono oggi molto differenti rispetto al passato. Da un modello che tendenzialmente "accentrava" la funzione di prevenzione in capo ad un unico soggetto, si è passati a modelli "aperti" e informali, improntati alla "negoziiazione" e alla "leale collaborazione".

Le "concause" che inducono a rinnovare tali concettualizzazioni sono molteplici. Se ne possono qui evidenziare già tre. La prima, più lampante, è che il corpo amministrativo, da tempo variamente rappresentato dagli studiosi

come altamente “frammentato”, “policentrico”, “segmentato”, “reticolare” e “disaggregato”¹³, si presenta oggi molto più frastagliato che in passato. La progressiva spinta centrifuga che ha portato al rafforzamento dell'autonomia delle tante strutture amministrative forma un complesso *assemblage hétéroclite*¹⁴, in cui, nell'ambito dell'esercizio del potere e delle funzioni amministrative, si scontrano continuamente soggetti e interessi. Nel corso della storia repubblicana, ogni volta che un'Amministrazione non ha “funzionato”, sono state adottate soluzioni contingenti volte ad aggirare l'ostacolo, senza compiere le riforme di sistema necessarie¹⁵. Si possono ricondurre a questa distonia, ad esempio, la ricorrente sostituzione o scioglimento di organi o apparati amministrativi in “via emergenziale”, l'istituzione di agenzie, enti sostitutivi o satelliti delle amministrazioni centrali, la proliferazione di società pubbliche a compensazione di at-

13 Si v. A. ANGIULI, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale*, Napoli, Jovene, 1986, 230 ss., che efficacemente descrive la riorganizzazione dei pubblici poteri come un processo di “frantumazione” dell'esercizio di funzioni amministrative omogenee (ossia attinenti alla cura del medesimo interesse pubblico sostanziale o di interessi tra loro strettamente collegati), in una pluralità (determinata) di centri di imputazione. Il fenomeno, considerato in termini positivi e fisiologici, consente la “ricostruzione” dei tradizionali schemi di esercizio del potere nella forma della “contitolarità di interessi pubblici” tra le figure soggettive in cui risulta parcellizzato l'esercizio delle corrispondenti funzioni; G. D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale*, op. cit., 331 ss., dove si evidenzia che la disaggregazione dello Stato ha “disvelato un mondo variegato di interessi pubblici tendenzialmente in costante conflitto fra loro”; sulle spinte del multiculturalismo si v. F. FRANCIOSI, *Pubblica amministrazione e multiculturalismo*, in *Il Corr. mer.*, 2012, 7, 643.

14 Così J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, V ed., Parigi, LGDJ, 2017; sulla trasformazione dello Stato, si v. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bologna, Il Mulino, 2002; per una lettura “congiunta” delle due suddette opere, si v. Y. GAUDEMET, *Cinquant'anni di diritto amministrativo francese*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2011, 132; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2010; S. CASSESE, *Governare gli italiani, Storia dello Stato*, Bologna, Il Mulino, 2019, 17 ss., dove si rintracciano diacronicamente “tre crisi dello Stato”, la prima derivante dalla “frammentazione dell'unità statale, dallo sviluppo dell'associazionismo e dal pluralismo che penetra nello Stato e si contrappone ad esso” da cui è derivata “la perdita della sovranità interna”; la seconda crisi scaturita “dalla domanda sociale di servizi e dall'ampliamento dello Stato-Providenza o *Welfare State*”; la terza crisi “ancora in corso, deriva dalla perdita della sovranità esterna dello Stato, a causa della globalizzazione economica e sociale (integrazione dei mercati, permeabilità delle frontiere, spostamento a livello ultra nazionale dei problemi ambientali, e così via), che richiede la cooperazione tra gli Stati e, quindi, la rinuncia da parte di essi, a una parte della loro autonomia di scelta”.

15 Per un'analisi del fenomeno si v. L. VANDELLI, *Psicopatologia delle riforme quotidiane. Le turbe delle istituzioni: sintomi, diagnosi e terapie*, Bologna, Il Mulino, 2006.

tività e servizi pubblici malfunzionanti, lo slittamento dell'attività di vigilanza amministrativa “da Ministero in Ministero”¹⁶.

La sovrapposizione di organi, strutture ed enti ha inevitabilmente prodotto un'Amministrazione disaggregata, con una forte (dis)articolazione territoriale, che dà vita ad un arcipelago sempre più frastagliato ed eterogeneo¹⁷. A tale scenario si deve aggiungere la difficile convivenza del potere amministrativo con la fitta rete di organizzazioni pubbliche e private che agiscono su scala globale¹⁸ e sovranazionale¹⁹. A fronte dei numerosi e ricorrenti conflitti provocati dalla frammentazione del potere amministrativo e dalla (dis)articolazione

16 Consegna un quadro esemplificativo di tali trasformazioni il parere reso dal Consiglio di Stato, Ad. gen., 10 aprile 1980, Comm. spec., 2/80-33.1980, in AGS, Racc. atti “Commissione Giannini”, dove con riferimento allo stato di salute generale dell'Amministrazione di quegli anni (e in particolare in una prospettiva *de iure condendo* volta alla revisione del numero dei ministeri e delle rispettive competenze, e dalla ridefinizione dell'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri) si sottolinea “la eterogeneità degli schemi organizzativi ministeriali, negativa, in quanto dettata non da un consapevole e ragionata scelta, ma dalla episodicità dei vari interventi diretti a istituire o riformare ministeri e direzioni generali; o ancora, i molti punti oscuri nella ripartizione delle competenze, che danno luogo a latenti conflitti, o alla necessità di intervento di diverse amministrazioni nello svolgimento di pratiche di ben scarso rilievo; o infine, il fenomeno di organi esistenti di fatto ma privi di una pur elementare definizione giuridica, quali i sottosegretari di Stato, con la conseguente dispersione di importanti risorse umane e giuridiche”; sulla degenerazione delle “Amministrazioni parallele”, si v. S. CASSESE (a cura di), *L'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1974; S. CASSESE, C. FRANCHINI, *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, Il Mulino, 1994.

17 S. CASSESE, *Lo Stato arcipelago non funziona*, intervista pubblicata su limesonline.it, 6 aprile 2021.

18 M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2000, 102, dove i cambiamenti della formazione e applicazione del “diritto” contemporaneo vengono rapportati all'emersione di tanti nuovi soggetti “che giocano la sua partita”. Si rappresenta, infatti, che “I nuovi soggetti del diritto globale presentano problemi che sono, si potrebbe dire, tanto di quantità, quanto di qualità. I problemi di quantità sono da identificare non solo e non tanto con l'accresciuto numero dei soggetti che partecipano al processo giuridico, ma, ancor più, con l'impossibilità di redigere un elenco completo ed esaustivo degli stessi. È possibile, infatti, solo tracciare vaghe tipologie di soggetti giuridici transnazionali, mentre non è possibile delimitare il numero dei soggetti che le riempiono. I problemi di qualità sono invece legati alle caratteristiche inedite di tali soggetti del processo giuridico, soprattutto per quanto attiene alla partizione pubblico/privato. Infatti, a differenza dei classici soggetti pubblici (stati, organizzazioni internazionali, federazioni di stati, ecc.), si tratta di soggetti privati, ancorché, come si vedrà, fattualmente dotati di un'identità istituzionale”. Secondo l'A. entrambi questi aspetti di quantità e di qualità dei soggetti che intervengono nel processo giuridico globale concorrono a descrivere una situazione di significativi cambiamenti nella sfera della sovranità internazionale; su questi aspetti, si v. anche Id., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, Laterza, 2006; Id., *Prima lezione di diritto globale*, Bari, Laterza 2012; S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Bari, Laterza, 2006; Id., *Il diritto globale*, Torino, Einaudi, 2021.

19 Sui cambiamenti dell'ordinamento nazionale derivanti dal “policentrismo” normativo e amministrativo del diritto sovranazionale, si v. S. VALAGUZZA, *La frantumazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, Giuffrè, 2018.

territoriale l'ordinamento ha principalmente reagito tentando la loro ricomposizione ad "unità". Per molto tempo (e ancora oggi) gran parte dei poteri di superamento dei conflitti sono stati, dunque, accentrati nel Consiglio dei ministri. Tendenza che trova recente conferma nelle disposizioni di attuazione del "Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza" (c.d. "PNRR") rispetto al quale il legislatore ha costituito una sorta di "*governance* burocratica" statale volta a dirigere dall'alto le Amministrazioni coinvolte²⁰ anche tramite un ampio spettro di poteri al Consiglio dei ministri per "superare" gli eventuali (dissensi e) conflitti tra Amministrazioni²¹.

In linea generale, i concetti di "unitarietà giuridica", "unità economica" e "unità dell'ordinamento" – legittimanti l'accentramento decisionale nel Consiglio dei ministri della maggior parte dei "procedimenti conflittuali" che coinvolgono più livelli di governo, divengono (stra)ordinari mezzi volti a privilegiare la fase di "superamento del conflitto" rispetto a quella della sua "composizione". Soluzione che - come si vedrà - si rivela piuttosto insoddisfacente in relazione alla compressione dell'autonomia amministrativa e ancor se messa in relazione con la perdita di "vigore" del conflitto di attribuzione costituzionale.

20 Si v. il Titolo I del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, (recante disposizioni sulla *Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure), convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

21 Si v. gli artt. 12 e 13 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, cit..

La seconda causa è la crisi del principio di legalità²² sotto la sua particolare declinazione della sfiducia nei tradizionali meccanismi rappresentativi del corpo sociale²³. La tendenza, sempre maggiore, delle forze sociali ed economiche, a cercare la protezione dei propri interessi direttamente nell'Amministrazione *bypassando* la politica e il legislatore²⁴ porta la prima ad ampliare la propria sfera di azione, estendendo le maglie delle proprie funzioni, con conseguente incremento della conflittualità pubblica²⁵. Il fenomeno può dirsi “esplosivo”: il

22 Sul principio di legalità come causa della “decostruzione” del diritto amministrativo si v. B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 1 ss.; sulla crisi del principio di legalità (anche) amministrativa, si v. F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, 2009, Bologna, 27 ss.; ID., *La legalità amministrativa*, Bologna, 2012; B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, Il Mulino, 2011; sul tema si v. AA.VV., *L'incertezza delle regole. Atti del convegno annuale AIPDA*, Napoli, 3-4 ottobre 2014, Napoli, 2015; B. SPAMPINATO, *Sulla «crisi» di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2017, 11; M. A. SANDULLI, *Introduzione. La complessità delle fonti, le tendenze del sistema e il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di ID., Milano 2020; ID., *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, in *Federalismi.it*, 2018, 11; ID., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, 3, 45 ss., e in *www.giustizia-amministrativa.it*; ID., *I giudici amministrativi valorizzano il diritto alla sicurezza giuridica*, in *Federalismi.it*, 2018, 22; F. FRANCIOSI, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, in *Dir. e Soc.* 2018, 1, 11; F. FRANCIOSI, M. A. SANDULLI, (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

23 Sul tema la letteratura è sconfinata, si v. M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli e Paladin*, Padova, Cedam, 2004, 181; U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *AIC*, 2011, 1; ID., *Il cammino accidentato di un principio costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia*, ivi; qui tuttavia interessa particolarmente l'aspetto delle nuove forme di partecipazione democratica che operano tramite meccanismi di “correzioni” e “sorveglianza” delle istituzioni, su cui si v. P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie La politique à l'âge de la défiance*, Parigi, 2006, trad. it. di A. BRESOLIN, Roma, 2017. Secondo l'A. – che rappresenta la degenerazione del rapporto tra eletti ed elettori come una “entropia rappresentativa” – tra le principali conseguenze della crisi di rappresentatività si evidenzia quella di riporre nel potere giurisdizionale l'aspettativa di ricevere “i risultati che non sperano di ricevere dalle elezioni”. In tale prospettiva la società civile sorveglia e stimola le istituzioni così “prolungano” l'efficacia della democrazia; sul punto si v. anche G. ZAGREBELSKY, *La difficile democrazia*, Firenze, Firenze University Press, 2010.

24 C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003; L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2007, 3, nt. 11; Tale tema è affrontato con riferimento alle potenzialità del “lobbying” da F. MARTINES, *Il lobbismo come possibile rimedio alla crisi del principio di rappresentanza democratica*, in *Ist. del fed.*, 2018, 3-4, 583.

25 Come evidenzia R. MAYNTZ, *Sociologia dell'amministrazione pubblica*, Bologna, 1982, 91, si tratta di un sistema in cui l'Amministrazione agisce di fatto nel proprio interesse e sostiene la politica e i gruppi sociali ad assegnarle “sfere di competenza” sempre maggiori nell'ottica di accrescere le proprie funzioni. Tale tendenza è stata efficacemente descritta anche da A. M. SANDULLI, *Società pluralistica e rinnovamento dello Stato*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Napoli, Jovene, 1990, 54, dove si sottolinea che “per via del carattere composito del corpo sociale, gli interessi in esso presenti sono innumerevoli e molteplici, e frequentemente in conflitto”, sicché, di regola, se l'ordinamento ne

dissenso dei gruppi sociali trova ricorrente sfogo nella sede amministrativa – e in particolare nelle comunità territoriali più vicine ai cittadini²⁶ – portando, sempre più spesso, le Amministrazioni (specie comunali) a rivolgersi al giudice amministrativo per la tutela di interessi collettivi e diffusi della propria collettività²⁷.

La terza causa – strettamente legata alla seconda – infine, risiede nella generale sfiducia che lo stesso ordinamento nutre verso le istituzioni e verso le Amministrazioni pubbliche, specialmente locali, che lo compongono²⁸. Si è, per reazione, potenziato l'ambito della vigilanza su alcuni specifici interessi pubblici considerati di particolare rilevanza per l'economia e la società (quali l'istruzione, la finanza pubblica, la concorrenza etc.), – introducendo nuovi procedimenti conflittuali che, come si vedrà, – proprio per la specialità del rapporto tra vigilante e vigilato – assumono una fisionomia del tutto peculiare.

Nella consapevolezza delle sue molteplici sfaccettature, si è scelto, per le ragioni che subito si evidenzieranno, di esaminare i conflitti tra Amministrazioni

rimette la relativa composizione ai pubblici poteri, la relativa risoluzione non dovrebbe “aver luogo se non nella pubblica sede stabilita dall'ordinamento e con modalità tali da assicurare, a parte l'obiettività e l'imparzialità della decisione, altresì la debita considerazione degli interessi comunitari coinvolti”. Tuttavia, ravvisava l'A., “nessuno invece ignora quanto frequentemente i pubblici poteri – specialmente quelli preposti alla formazione delle leggi e dei provvedimenti amministrativi – siano, nella realtà concreta, costretti ad adottare le proprie determinazioni prescindendo dal debito rilievo degli interessi generali, o persino in consapevole e constata antitesi con essi, sotto la pressione – a volte persino violenta di forze settoriali o particolari”. A tal proposito parla di pluralismo “intercettato” L. ELIA, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2010, 291; sui fattori di “rischio” della “cattura” del potere pubblico, si v. L. SALTARI, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, 1, 249.

26 A. LUCARELLI, *Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa*, in *Diritto pubblico europeo, Rassegna on-line*, 2015, 1.

27 Sul punto si v. C. VOLPE, *Mediazione e giudizio amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 9 ottobre 2018, 2, dove si evidenzia che “accade comunque, sempre più frequentemente, che i conflitti insorgono non più solo tra pubblica amministrazione, che esercita il potere, e soggetti privati destinatari dello stesso – sia nel caso in cui ci si opponga all'esercizio del potere che nell'ipotesi in cui si pretenda qualcosa dall'amministrazione (interessi, rispettivamente, di tipo oppositivo e pretensivo) – ma anche tra pubbliche amministrazioni stesse, nei diversi livelli di interessi pubblici devoluti alla cura delle stesse. (...)”, con la conseguenza che “la diffusione dei conflitti tra pubbliche amministrazioni rende oltremodo evidente l'esigenza di meccanismi di soluzione delle controversie preventivi e alternativi al giudice amministrativo, che possano allo stesso modo rappresentarne anche stanza di compensazione”.

28 Si v. in tal senso L. DE LUCIA, *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 2017, 99.

ni (c.d. “conflitti intersoggettivi”), delimitando quindi il campo di indagine ai soli rapporti “esterni”. Si farà riferimento ai conflitti interorganici limitatamente ad alcuni aspetti di convergenza con quelli intersoggettivi.

Tale scelta riposa su due intuizioni di fondo che devono essere dimostrate. Si può – con un pizzico di suggestione – affermare che quando l'Amministrazione entra in contrasto con un'altra Amministrazione è “nuda”, tanto da svelare all'esterno intoppi e sfaldature non ordinariamente percepibili. In quest'ottica, si ritiene che i conflitti intersoggettivi, pur presentandosi con una fisionomia assolutamente eterogena, consentano di focalizzare dall'alto, con nitidezza, sotto molteplici profili, i problemi che nascono dai rapporti di forza tra i pubblici poteri. La seconda, strettamente connessa alla prima, è che gli strumenti apprestati dall'ordinamento costituzionale e amministrativo per la risoluzione dei conflitti tra Amministrazioni non sembrano sempre “adatti” o “sufficienti” a tale scopo, provocando una vera e propria “fuga” compatta delle stesse verso il processo amministrativo.

2. “Mappatura” dei modelli rintracciabili nell'ordinamento per la risoluzione dei conflitti

In alcune sue parti, la Costituzione e, più in generale, l'ordinamento pubblico, disegnano perlomeno in astratto, un sistema, di rapporti tra Amministrazioni che possono realizzarsi in modo piuttosto libero e vivace, improntato all'autonomia amministrativa e alla leale collaborazione. Allo stesso tempo, tuttavia, l'impianto costituzionale è ricco di contraddizioni che ne determinano una (implicita e potenziale) forte componente conflittuale²⁹.

Sin dall'originaria versione della Costituzione, precedente alla riforma costituzionale del 2001, l'autonomia amministrativa nasce in “sofferenza” tanto per la “distrazione dall'area sociale” delle Amministrazioni che per gli incerti rapporti tra i livelli di governo³⁰. Il regime fortemente “autonomista” (costituito dagli artt. 5 e 114 della Costituzione) convive, seppur difficilmente, con un si-

²⁹ G. BERTI, *Diritto e Stato*, op. cit., 36.

³⁰ G. BERTI, *Diritto e Stato*, op. e loc. ult. cit..

stema di risoluzione dei conflitti tra interessi pubblici che è ancora fortemente “trattenuto” dallo (e nello) Stato³¹ nella sua “triplice” veste di “regolatore-normatore” dei modelli generali di “procedimenti conflittuali”, delle regole processuali e, molto spesso, anche di “decisore” ultimo del conflitto.

Al solo fine di presentare una mappatura generale, tra le maglie della Costituzione sono rintracciabili almeno tre diversi modelli per la risoluzione dei conflitti e delle liti tra Amministrazioni. (A) Il primo, che ha una dimensione prevalentemente politica, e trova la sua base nell’art. 95, primo comma della Costituzione, è finalizzato a risolvere i conflitti (tra Ministri) in un’ottica prettamente informale e “negoziata”. (B) Il secondo che ha la sua base nell’art. 120, secondo comma della Costituzione, devolve il superamento del conflitto all’organo politico (Consiglio dei ministri), dopo un ineliminabile tentativo di “composizione” tra gli interessi assistito da determinate garanzie procedurali. (C) Il terzo consiste nella devoluzione di alcuni conflitti (“di attribuzione”) direttamente alla Corte costituzionale (art. 134 Cost).

Nell’ordinamento amministrativo, statale e regionale, sono invece distinguibili almeno quattro diversi modelli. Il primo (D) (che potremmo sintetizzare con l’espressione “dialogo breve”) consente all’Amministrazione procedente di superare il conflitto assumendo in via unilaterale la decisione finale pur dovendo “esaminare” le osservazioni dell’Amministrazione “dissenziente”. L’ordinamento, in diverse ipotesi, prevede infatti che le esigenze di “superamento” del conflitto superino quelle di “composizione” e che una delle posizioni subisca inevitabilmente una frustrazione.

Il secondo modello (E) prevede un procedimento amministrativo più o meno articolato (fase di composizione del conflitto), al cui esito, in caso di fallimento di ogni tentativo di “conciliazione” delle posizioni, il potere di superamento spetta all’organo politico (spesso il Consiglio dei ministri). Proprio l’accentuarsi di un pluralismo istituzionale ha portato il legislatore a sperimen-

31 G. BERTI, *Diritto e Stato*, op. cit., 13.

tare nuovi procedimenti conflittuali che ampliano la possibilità di confronto e agevolano l'adozione di soluzioni quanto più possibili “negoziate” e “condivise”. L'utilizzo di tali procedimenti richiede spesso uno sforzo comune alle Amministrazioni coinvolte, chiamate a realizzare l'interesse pubblico cui sono preposte, minimizzando il sacrificio imposto ai diversi interessi concorrenti.

Il terzo modello (F) (che potremmo definire “ibrido” e che riguarda principalmente i procedimenti conflittuali che si verificano nell'ambito dell'attività di vigilanza su specifici interessi pubblici) prevede, dopo un tentativo di composizione del conflitto tra le parti, che il relativo superamento avvenga, in caso, ad opera del giudice amministrativo.

Infine, il modello (G), puramente giurisdizionale prevede la devoluzione diretta della lite tra Amministrazioni al giudice amministrativo. Talvolta quest'ultimo è l'unico modello a disposizione delle Amministrazioni e riveste un'importanza crescente nell'ordinamento. Si pensi alle ormai frequenti ipotesi in cui l'Amministrazione decida di “elevarsi”, autonomamente o spinta da sollecitazione della collettività o di privati, a rappresentante di un interesse (in ipotesi anche rientrante tra quelli “sensibili”) cui non è istituzionalmente preposta, a favore di tutta o parte della propria collettività di riferimento.

In questi casi l'ordinamento non prevede degli specifici procedimenti di risoluzione del conflitto e di conseguenza quest'ultimo viene con frequenza portato dinanzi al giudice amministrativo.

Non è possibile in questa sede esaminare le questioni giuridiche poste dai menzionati modelli. Se ne potranno quindi esaminare brevemente solamente alcune.

3. Il “bivio” tra giudice costituzionale e amministrativo

Tra le questioni che rivestono una peculiare rilevanza oltre che – specialmente dopo la pandemia - spiccata attualità è l'incerto confine tra giudizio amministrativo e costituzionale rispetto alla risoluzione delle liti tra Amministrazioni.

Il “bivio” che conduce le Amministrazioni dal giudice costituzionale o da quello amministrativo è da tempo accerchiato da una “zona grigia”³² di sostanziale incertezza, principalmente dovuta all’assenza di indicazioni normative³³, non schiarita in modo risolutivo né dagli sforzi della dottrina né dall’interpretazione giurisprudenziale³⁴. Come dimostrano i dati³⁵ tuttavia, negli ultimi anni il numero dei conflitti costituzionali sulle attribuzioni e, in particolare, di quelli intersoggettivi è nettamente calato. Al contrario, il numero dei giudizi amministrativi che vedono parte ricorrente le Amministrazioni, come si vedrà, è aumentato.

L’analisi del rapporto tra i due giudizi è un compito piuttosto arduo e che richiederebbe un’autonoma trattazione sulle rispettive funzioni. Si possono qui trattare, seppur con inevitabile approssimazione, solo due profili strettamente strumentali allo studio del tema che ci occupa.

Le differenze tra i due giudizi possono essere focalizzate da un punto di vista “funzionale” e uno “strutturale”. Quella “funzionale” emerge dalla doppia e inscindibile vocazione “politica” e “giurisdizionale” riconosciuta alla Corte costituzionale³⁶, che, per alcuni, renderebbe addirittura difficile qualificarla come “giurisdizione” in senso stretto. Tale “dualità” non caratterizza solo il giudizio di legittimità costituzionale, ma anche i conflitti di attribuzione (intersoggettivi) in cui alla vocazione (tipicamente) giurisdizionale (volta all’interpretazione delle disposizioni costituzionali sulle attribuzioni statali, regionali e provinciali) si aggiunge il ruolo “politico” della Corte quale garante dell’equilibrio

32 Definita anche “zona d’ombra” dall’interessante Volume curato da R. PINARDI, *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull’ammissibilità del referendum abrogativo*, Quaderni del Gruppo di Pisa, Torino, 2017, che contiene le relazioni e gli interventi degli Atti del seminario tenutosi a Modena il 13 ottobre 2016.

33 Si v. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in EdID, Milano, XXXVI, 1987, 675.

34 Si v. L. AZZENA, *Conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo*, in *Il Foro. it.*, 1993, 116, 367, dove si evidenzia che “in tema di rapporti tra conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo, il silenzio del legislatore è più che mai causa di incertezze. Gli approfondimenti dottrinali hanno evidenziato la difficoltà di colmare tale vuoto normativo in via ermeneutica, e la riprova di tale difficoltà è data dalle oscillazioni giurisprudenziali”.

35 Su cui sia consentito rinviare a S. TRANQUILLI, *Il Malum discordiae*, op. cit., 121.

36 S. GRASSI, *S. Grassi, Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Milano, Giuffrè, 1985, op. cit., 27.

costituzionale delle competenze³⁷. Se, dunque, si considera il giudizio costituzionale in questa sua specifica funzione, risulta, inevitabile che di fronte alla mancanza di procedimenti in cui possano trovare sfogo i conflitti, di ordine costituzionale, tra i più alti livelli di governo, sia (solo) la Corte costituzionale, a poter intervenire. Tanto basta a rendere evidente – in astratto – la differenza con il sistema di giustizia amministrativa, la cui principale funzione è quella di garantire la “giustizia nell’Amministrazione³⁸” e la tutela contro gli atti dell’Amministrazione adottati nell’esercizio del potere amministrativo, come scolpita negli artt. 100, primo comma, 103, primo comma, e 113 della Costituzione³⁹.

Sebbene tanto possa affermarsi in astratto, la simile “struttura” dei due giudizi ha permesso, nella pratica il loro ricorrente utilizzo in modo “fungibile”. Il “conflitto di attribuzione” intersoggettivo ha, del resto, assorbito molte regole del processo amministrativo e, analogamente a quest’ultimo si configura come un giudizio (i) di stampo prevalentemente impugnatorio, (ii) proponibile nel termine di decadenza di sessanta giorni decorrenti dalla conoscenza del

37 F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, op. cit., 929, la Corte nel conflitto di attribuzione “interviene perché le attività o le funzioni vengano effettivamente esercitate dagli organi e dagli enti creati allo specifico scopo di porle in essere, e con il rispetto delle norme e dei criteri al riguardo prestabiliti”.

38 Il ruolo del giudice amministrativo come garante istituzionale della giustizia nell’Amministrazione è da tempo richiamato negli studi di M. A. SANDULLI, *La legittimazione dell’Agcm a ricorrere ex art. 21-bis l. 287/90 avverso i provvedimenti della P.A. e la violazione delle norme sugli aiuti di stato*, in (L. F. PACE a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, II ed., Napoli, 2019, 786; Id.; M. A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in www.astrid.it e www.anticorruzione.it; Id., *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in Federalismi.it, 2017, 3; Id., *A proposito del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, in www.sipotra.it; Id., *Le novità del rito sui contratti pubblici*, in *Libro dell’anno del Diritto*, 2015; Id., *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di Id., I, Milano, 2013, 2 ss.; Id., *Finalmente “definitiva” certezza sul riparto di giurisdizione in tema di “comportamenti” e sulla c.d. “pregiudiziale” amministrativa? Tra i due litiganti vince la “garanzia di piena tutela” (a primissima lettura in margine a Cass. SS.UU., 13659, 13660 e 13911 del 2006)*, in astrid-online.it; Id., *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, ivi.

39 S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale*, op. cit., 335, dove si evidenzia che il giudizio amministrativo è in grado di portare al risultato che viene raggiunto con il conflitto di attribuzione solo “indirettamente” in quanto di fronte al giudice amministrativo i privati e le Amministrazioni “fanno valere non tanto la posizione di soggetti titolari di funzioni costituzionali, ed in particolare di funzioni connesse con la titolarità dell’indirizzo politico, quanto le posizioni soggettive-attive (diritto soggettivi, interessi legittimi), connesse all’applicazioni di regole comuni cui l’attività amministrativa è comunque sottoposta”.

provvedimento; (iii) nella disponibilità delle parti; (iv) condizionato all'accertamento della legittimazione e interesse a ricorrere che ne delimitano l'accesso.

Tra i due giudizi esistono tuttavia delle marcate differenze strutturali, talvolta trascurate dalle Amministrazioni ricorrenti. La prima riguarda la rigida delimitazione della legittimazione a ricorrere che oltre a rendere il conflitto di attribuzione un giudizio a parti "precostituite", diversamente da quanto avviene nel giudizio amministrativo, non consente (*recte* non dovrebbe consentire) allo Stato, alle Regioni e alle Province Autonome di ricorrere in giudizio nella veste di "enti esponenziali" di interessi diffusi o collettivi se non qualora vi sia un diretto collegamento tra il pregiudizio di questi ultimi e la lesione di una propria competenza costituzionale⁴⁰.

Nel giudizio costituzionale la proposizione del ricorso da parte dello Stato, della Regione e della Provincia Autonoma deve essere sempre preceduta rispettivamente dalla deliberazione del Consiglio dei ministri⁴¹ o della Giunta re-

40 In alcune pronunce la Corte ha tuttavia aperto ad una prospettazione più ampia della legittimazione ammettendo il ricorso della Regione come "ente esponenziale" di interessi della collettività territoriale, su cui si v. R. BIN, *La Corte si oppone all'uso politico del conflitto di attribuzioni* (nota alla sent. 101/1998), in www.robertobin.it; F. FABRIZZI, *Un conflitto decostituzionalizzato o un conflitto politicizzato? Leggendo la sent. 259/2019 su un conflitto tra enti che somiglia ad un conflitto tra poteri*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2020, 347.

41 Sul punto la legge n. 87/1953 stabilisce, inspiegabilmente, una disciplina differenziata per la proposizione dei ricorsi da parte dello Stato e delle Regioni. L'art. 39, comma 3, prescrive, infatti, solo per il ricorso proposto dalle Regioni e non per quello dello Stato, la previa delibera dell'organo di governo. L'incertezza della formulazione, criticata dalla dottrina, A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, in *Noviss. Dig. it.*, App. II, Torino, 1981, 378; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit., 353, che ne aveva anche evidenziato i profili di illegittimità costituzionale, si v. A. RUGGERI, *Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1981, 351; S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, op.cit., 669, è stata tuttavia superata dalla prassi, dove, anche per ragioni di pari trattamento rispetto ai ricorsi delle regioni e per omogeneità rispetto ai ricorsi proposti dallo Stato nel giudizio in via principale dallo Stato, si è affermata la necessità della previa delibera del Consiglio dei ministri, si v. sul punto R. ROMBOLI, *La presenza del Governo nei giudizi costituzionali dopo la legge 400/88*, in *Il Foro it.*, 1989, V, 323. Tale disallineamento pare comunque agevolmente superabile dall'art. 2, co. 3, lett. g), legge n. 400/88 dove si prevede che le proposte, provenienti dai Ministri competenti per materia di sollevare il conflitto di attribuzione (o di resistere in un conflitto sollevato da un'altra Amministrazione), debbano essere vagliate dal Consiglio dei ministri, si v. in tal senso Corte cost., 24 luglio 1998, n. 332. Proposta che, per i conflitti intersoggettivi, viene in genere effettuata dal Ministro per gli affari regionali (eventualmente anche su richiesta di un altro Ministro) in forza della delega di funzioni da parte del Presidente del Consiglio dei ministri.

gionale⁴² o Provinciale⁴³. Tale adempimento non è meramente formale e la sua *ratio* risiede nella circostanza che la sentenza della Corte può produrre effetti determinanti sull'equilibrio costituzionale delle competenze, definendo il potere al quale spetta il relativo esercizio⁴⁴. Si tratta, dunque, di un adempimento inderogabile che deve essere necessariamente effettuato prima della proposizione del ricorso, la cui mancanza non può essere convalidata *ex post*⁴⁵. Il giudice costituzionale è peraltro ben attento a verificare che non solo unitamente al ricorso sia depositata anche la delibera che lo legittima, ma anche la piena corrispondenza (a pena di inammissibilità) tra quanto deliberato e quanto dedotto (per la difesa dello Stato dall'Avvocatura di Stato, per le altre Amministrazioni dai rispettivi difensori) sia con riferimento al parametro normativo invocato che al provvedimento impugnato⁴⁶. Con particolare riferimento ai conflitti proposti dallo Stato (*i.e.* dalla Presidenza del Consiglio), proprio il fatto che il ricorso alla Corte sia preceduto dalla delibera del Consiglio dei ministri, ponendo per tali giudizi una vera e propria "riserva di competenza" in capo all'organo

42 Per i ricorsi delle Regioni, l'art. 39, comma 3, legge n. 87/1953 prevede che "Il ricorso è proposto per lo Stato dal Presidente del Consiglio dei ministri o da un Ministro da lui delegato e per la Regione dal Presidente della Giunta regionale in seguito a deliberazione della Giunta stessa". I singoli Statuti regionali stabiliscono poi specifiche disposizioni sulla delibera della Giunta, stabilendo in alcuni casi che l'iniziativa di proporre il conflitto possa essere proposta dal Consiglio regionale o dal Consiglio delle autonomie locali, si v. lo Statuto della Regione Veneto, l'art. 54, comma 2, lett. c) della l.r. 17 aprile 2012, n. 1 e l'art. 6, comma 6, della l.r. della stessa Regione, 25 settembre 2017, n. 31.

43 Particolari garanzie assistono anche la proposizione del ricorso per conflitto di attribuzione da parte delle Regione Trentino-Alto Adige e delle Province autonome di Trento e Bolzano. In base agli artt. 83 e 98 dei rispettivi Statuti - oltre a dover deliberare la proposizione del ricorso nella sede politica (Giunta Regionale o Provinciale a secondo dell'Amministrazione ricorrente) devono poi inviare copia del ricorso per conflitto di attribuzione al Commissario del Governo con sede a Trento (se trattasi della Provincia di Trento) e al Commissario del Governo in Bolzano (se trattasi della Provincia di Bolzano).

44 A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 296.

45 Corte cost., 19 gennaio 1957, n. 15; Id., 10 aprile 1962, n. 33. Tali pronunce escludono quindi che al Presidente del Consiglio dei ministri e i Presidenti delle Regioni e Province Autonome spetti un autonomo potere di ricorso. Limite ricavabile *a contrario* anche dall'art. 25 della legge 10 febbraio 1953, n. 62 dove si precisa che il Presidente della Regione ha "la rappresentanza in giudizio della Regione e, salvo riferirne alla Giunta nella prima adunanza, promuove davanti alle autorità giudiziarie i provvedimenti cautelativi e le azioni possessorie".

46 Sulla necessaria e piena corrispondenza tra delibera e ricorso, si v. Corte cost. n. 83 del 2018, n. 152 del 2017, n. 265 e n. 239 del 2016; n. 60 del 2013, su cui v. P. BIANCHI, *Il conflitto*, op. cit., 267.

collegiale⁴⁷, e che L'art. 2, co. 3, lett. g), l. n. 400/88, nel menzionare tale proposta, non faccia alcun riferimento al giudizio amministrativo, sembra escludere che la Presidenza possa domandare autonomamente la (medesima) tutela (*i.e.* delle competenze esclusive statali, nei confronti di Regioni e Province Autonome) al giudice amministrativo. L'estensione della previa proposta del Consiglio anche rispetto al ricorso al giudice amministrativo (forzando l'espressione "conflitti di attribuzione", ritenendo che la stessa possa riferirsi anche al ricorso proposto dinanzi con cui lo Stato agisce a tutela della propria competenza) si scontrerebbe infatti con il comma 4 del citato art. 2, il quale precisa che l'elenco degli atti da sottoporre alla deliberazione del Consiglio dei ministri è "tassativa". Si potrebbe comunque ritenere che la Presidenza del Consiglio possa formulare la proposta al Consiglio dei ministri utilizzando la clausola residuale posta dallo stesso art. 2, co. 3, lett. q) ai sensi del quale il Presidente del Consiglio, fuori dai casi in cui la delibera è obbligatoria, può comunque rivolgersi al Consiglio dei ministri quando "ritenga opportuna la deliberazione consiliare". Tale opzione interpretativa renderebbe tuttavia il passaggio in Consiglio dei ministri un'opzione valutabile caso per caso da parte della Presidenza sottraendo arbitrariamente la decisione di proporre ricorso alle garanzie con cui l'ordinamento assiste la proposizione del conflitto dinanzi alla Corte. La possibilità che la Presidenza possa autonomamente (o eventualmente insieme a uno o più Ministri) adire il giudice amministrativo, (senza passare per il Consiglio dei Ministri) a tutela della sfera di autonomia dello Stato si scontra poi con l'ulteriore ostacolo rappresentato dal rischio di contraddittorietà tra tale iniziativa (che di fatto concretizza un "atto politico"⁴⁸) e l'indirizzo politico del Gover-

47 Corte cost., 24 luglio 1998, n. 332, in particolare, §2 della parte in Diritto.

48 Sulla cui fisionomia la letteratura è sterminata si v. *ex multis*, P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *EdD.*, vol. IV, 1959, 221; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; G. GROTANELLI DE' SANTI, *Atto politico e atto di governo*, in *EdD.*, IV, Roma, 1988 (e, più di recente, la relativa «postilla di aggiornamento» di M. PERINI, in *Enc. Giur.*, XVI agg., Roma, 2007); V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 121 ss.; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329 ss.; F. F. PAGANO, *Gli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico nella più recente giurisprudenza tra separazione dei poteri e bilanciamenti costituzionali*, in *Dir. pub-*

no (si pensi al caso in cui l'interpretazione sostenuta in giudizio dalla Presidenza venga poi contraddetta dalla successiva emanazione di un decreto legge da parte del Governo⁴⁹). Anche le Autonomie speciali hanno regole peculiari per la proposizione del ricorso alla Corte costituzionale. La Regione Trentino-Alto Adige e le Province autonome di Trento e Bolzano, in base agli art. 83 e 98 dei rispettivi Statuti - oltre a dover deliberare la proposizione del ricorso nella sede politica (Giunta Regionale o Provinciale a secondo dell'Amministrazione ricorrente) devono inviarne copia del ricorso al Commissario del Governo con sede a Trento (se trattasi della Provincia di Trento) e al Commissario del Governo in Bolzano (se trattasi della Provincia di Bolzano). La deliberazione da parte dell'organo politico non è invece (sempre) necessario nel processo amministrativo.

Proprio perché la decisione di sollevare il conflitto riveste una certa rilevanza sul piano dell'assetto costituzionale dei poteri, l'ordinamento ne prescrive inoltre la pubblicazione nella I Serie Speciale della Gazzetta Ufficiale e nei Bollettini regionali e provinciali la sottopone al controllo di legittimità della Corte dei conti. Adempimenti sicuramente ordinariamente esclusi per la proposizione del ricorso nel processo amministrativo⁵⁰.

I due giudizi si distinguono poi nettamente rispetto alla disciplina della tutela cautelare, del regime delle impugnazioni delle pronunce e della formazione del giudicato. Del tutto diversa è anzitutto la struttura della tutela cautelare, articolata in tre diverse forme (*ante-causam*, monocratica e collegiale) nel giudizio amministrativo e nella sola forma collegiale in quello costituzionale⁵¹. Diversità che, si vedrà, ha reso sempre più utilizzato il giudizio amministrativo anche nei casi in cui sia ben possibile rivolgersi alla Corte.

bl., 2013, 863 ss.; ID., *Trasformazione dell'indirizzo politico del governo, atti politici e limiti del sindacato giurisdizionale*, in www.forumcostituzionale.it.

49 In tal senso si v. R. ROMBOLI, op. ult. cit., 323.

50 Rispetto a cui si v. M. RAMAJOLI, *L'atto introduttivo del giudizio amministrativo tra forma e contenuto*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 4, 1051.

51 Si v. l'art. 40, della l. n. 87/1953.

Totalmente diverso è poi il regime delle impugnazioni. Contro le sentenze rese dalla Corte è preclusa ogni impugnazione, in forza dell'art. 137, comma 3 della Costituzione. Ben diverso è, come noto, il giudizio amministrativo in cui, salvo particolarissime eccezioni⁵², vige il principio del doppio grado di giudizio. Tale differenza incide evidentemente sulla tempistica necessaria affinché si formi il giudicato.

Ci sono poi ulteriori differenze strutturali che sono state nel tempo chiarite dalla giurisprudenza costituzionale. Vi è anzitutto, in generale, una marcata differenza rispetto all'oggetto del giudizio, circoscritto, si è detto, in quello costituzionale agli "atti" (amministrativi, siano essi definitivi e non, ma anche giurisdizionali) lesivi dell'ordine delle competenze costituzionali⁵³. Solo quando siano impugnati provvedimenti amministrativi definitivi l'oggetto del giudizio costituzionale può coincidere con quello amministrativo, dove tuttavia le tipologie di illegittimità denunciabili sono, come noto, molte di più. È chiaro, tuttavia, che le disposizioni costituzionali e quelle che ne siano attuative⁵⁴ costituiscono possibili parametri di legittimità in entrambi i giudizi. Sul punto occorre allora brevemente soffermarsi. Sebbene anche il conflitto costituzionale intersoggettivo non sia, al pari di quello amministrativo, preordinato a sciogliere – in astratto – uno stato di incertezza normativa, necessitando sempre la prospettazione di un interesse attuale e concreto e non virtuale, qualora il provvedimento impugnato abbia *medio tempore* cessato i suoi effetti, a differenza di quanto

52 Si v. la particolarità dei giudizi azionati dai consiglieri comunali, provinciali e regionali del Trentino-Alto Adige ex art. 92 dello Statuto regionale.

53 Sul punto si v. G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, op. cit., 675.

54 Si v. Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 27, secondo cui la "competenza costituzionale" può in concreto risultare anche "dall'attuazione che le norme costituzionali abbiano trovato in norme primarie, che con le prime facciano sistema (...) È da rilevare tuttavia che tale valore, riconosciuto a fonti primarie ai fini della definizione delle competenze rispettive dello Stato e delle regioni, eccede quello che sarebbe normalmente e naturalmente loro proprio e si giustifica soltanto in quanto esse si pongano come attuazione e specificazione necessaria alla concreta operatività di norme costituzionali sulle competenze. Qualora ciò non si verifichi e tuttavia si prospetti l'illegittimo uso di un potere statale che determina bensì conseguenze avvertite come negative dalle regioni, ma non tali da alterare la ripartizione delle competenze indicata da norme della Costituzione (o, comunque, da norme costituzionali), i rimedi dovranno eventualmente essere ricercati dagli interessati presso istanze giurisdizionali diverse da quella costituzionale"

avviene nel giudizio amministrativo, l'interesse a ricorrere permane⁵⁵. Ciò non toglie che gli effetti delle decisioni di accoglimento dei conflitti di attribuzione siano circoscritti al caso concreto e che la Corte sia ben attenta ad escludere che il giudicato costituzionale costituisca una “regola operativa pronunciata in astratto”.

A differenza del giudizio amministrativo⁵⁶, la giurisprudenza costituzionale esclude nettamente che nel conflitto costituzionale possa operare l'acquiescenza⁵⁷. La proposizione del ricorso in relazione a ciascun provvedimento è pertanto ammessa, indipendentemente dal fatto che non sia stato impugnato un precedente provvedimento di contenuto sostanzialmente identico, o l'atto presupposto⁵⁸. Le ragioni, non sempre chiarite dalla Corte possono essere rintracciate in considerazioni di carattere formale, (nel senso di concepire come “nuovo” ogni atto di esercizio del potere, indipendentemente dal suo contenuto, confermativo, esecutivo, attuativo), sull'indisponibilità delle competenze costituzionali, (che non potrebbero essere messe a rischio dall'inerzia dei soggetti che ne sono titolari) o nel carattere istantaneo di ogni atto lesivo di competenze costituzionali⁵⁹. La questione si lega a doppio filo con la formazione del giudi-

55 La giurisprudenza costituzionale (*ex multis*, Corte cost., 29 ottobre 2019, n. 224, in particolare, §4.1 della parte in Diritto; Id., 13 luglio 2017, n. 183, in particolare §5 della parte in Diritto) afferma in termini generali che “il giudizio per conflitto è diretto a definire l'ambito delle sfere di attribuzione dei poteri confliggenti al momento della sua insorgenza, restando di regola insensibile agli sviluppi successivi delle vicende che al conflitto abbiano dato origine” sicché è stato ad esempio affermato che la dichiarazione di cessazione della materia del contendere si impone solo quando l'atto impugnato risulti annullato con efficacia *ex tunc*, facendo implicitamente venir meno le affermazioni “fonti” del conflitto, privando il ricorrente dell'interesse ad ottenere una decisione sull'appartenenza del potere, il semplice esaurimento degli effetti dell'atto impugnato non basta quindi a far cessare il conflitto circa la spettanza del potere.

56 Su cui sussiste una lettura piuttosto consistente, si v. tra i tanti, M. NAPOLITANO, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Milano 1955; M.S. GIANNINI, *Acquiescenza*, in *EdD.*, Milano, 1958, 506; E. FERRARI, *Acquiescenza (Ricorso giurisdizionale e amministrativo)*, in *Dig.*, 1987 (agg. 2012); F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006.

57 Corte cost., 30 dicembre 1958, n. 82;

58 Corte cost., sent. n. 58 del 1959, cui si può aggiungere l'affermazione – di cui a Corte cost., sent. n. 56 del 1969 – secondo cui “la tendenza della giurisprudenza costituzionale è nel senso di non conferire alla mancata impugnativa dell'atto normativo posto a fondamento del provvedimento oggetto di un conflitto di attribuzione efficacia preclusiva della proposizione di quest'ultimo”.

59 Si v. sul punto D. MONEGO *Conflitto intersoggettivo su atto meramente esecutivo ed impugnazione in via principale della relativa base legale*, in *Le Regioni*, 2014.

cato⁶⁰. Si è infatti già detto che la decisione della Corte è principalmente funzionale a individuare la “spettanza” (in senso soggettivo e oggettivo) della competenza costituzionale⁶¹. La struttura impugnatoria determina inevitabilmente che il giudicato si formi solo sugli atti direttamente oggetto di impugnazione e “non possa valere rispetto a casi ulteriori di esercizio della stessa competenza (astratta) di cui (in concreto) si è già occupata la Corte, né tanto meno rispetto a controversie del medesimo tipo che insorgano tra soggetti diversi⁶²”. Molto più ampio è il perimetro del giudicato nel processo amministrativo anche in ragione dell’esistenza di un apposito strumento, quale il giudizio di ottemperanza, che ne garantisce la (anche progressiva) attuazione⁶³.

4. I conflitti nel procedimento amministrativo

I conflitti che sorgono nell’ordinamento amministrativo pongono numerose questioni teoriche e applicative. Sulla base di un primo modello (già indicato come “D”) esistono numerose ipotesi normative in cui una delle parti del “conflitto amministrativo” può assumere la decisione finale, in via unilaterale, dopo l’esperimento di una fase interlocutoria con una o più Amministrazioni. Si tratta di un modello che si trova replicato in diverse ipotesi tra cui (ma non esclusivamente) quelle che fronteggiano situazioni emergenziali⁶⁴. All’interno di tale modello rientrano anche le ipotesi in cui l’Amministrazione, esaurita infruttuosamente l’interlocuzione con un’altra Amministrazione può esercitare i c.d.

60 Il tema è stato affrontato da C. PADULA, *Conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni, giudicato costituzionale e vincolo nei confronti dell’attività amministrativa e dei giudizi amministrativi e ordinari* in *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale*, op. cit., 97.

61 G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, op. cit. 693; A. CERRI, op. cit., 296.

62 G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, op. cit., 675.

63 G. MARI, *L’evoluzione del rapporto tra giudicato amministrativo e successivo esercizio del potere amministrativo: riflessioni sulle tradizionali nozioni di giudicato amministrativo, giudicato a formazione progressiva e commissario ad acta alla luce del c.p.a.*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di) *Concetti tradizionali del Diritto Amministrativo e loro evoluzione*, *Atti del convegno tra giovani studiosi tenutosi alla Sapienza il 2 febbraio 2017*, Napoli, 2018, 193; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017.

64 Si pensi all’art. 2 dell’ordinanza della Protezione civile 18 ottobre 2000, dove si prevede che in caso di conflitto tra un ente locale o un soggetto attuatore degli interventi e un’Amministrazione preposta alla tutela di interessi sensibili, in deroga alla disciplina in materia di conferenza di servizi la decisione possa essere assunta dallo stesso ente o soggetto attuatore previo assenso del Ministro competente per materia.

“poteri sostitutivi”. La “sostituzione” ordinaria rappresenta, infatti, uno strumento che consente (ad un’Amministrazione) di intervenire per salvaguardare un interesse che accomuna in modo paritario più Amministrazioni⁶⁵ consentendole, dopo un’interlocuzione più o meno articolata con l’ente (che sarà sostituito), di superare unilateralmente il conflitto amministrativo. Le ipotesi sono innumerevoli tanto nell’ordinamento statale⁶⁶ che regionale e non è di certo possibile né utile analizzarle tutte⁶⁷. Come si è già evidenziato rispetto ai poteri sostitutivi “straordinari” la Corte costituzionale ha più volte ribadito che l’assetto delineato dall’art. 120, secondo comma, della Costituzione non impedisce che esistano anche poteri sostitutivi esercitabili dalle regioni nei confronti degli enti locali “al fine di salvaguardare interessi unitari che sarebbero compromessi dall’inerzia o dall’inadempimento medesimi⁶⁸”. Ne discende, dunque, che -

65 M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, 279.

66 Si v. nell’ordinamento statale l’art. 152 del d.lgs. n. 152/2006.

67 Si v. ad esempio, i “poteri sostitutivi” previsti dai commi 6 e ss. dell’art. 14 della l. della Regione Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, recante norme in materia di governo del territorio in base al quale “6. L’infruttuosa decorrenza del termine posto dal comma 1 per l’adozione del piano attuativo costituisce presupposto per la richiesta di intervento sostitutivo. 7. Il potere d’intervento sostitutivo è esercitato dalla Regione, ovvero dalle province a far tempo dall’efficacia del rispettivo piano territoriale di coordinamento provinciale. 8. Al fine di attivare il procedimento di cui al comma 7, chi ha presentato il piano attuativo, verificata l’inerzia comunale, può, con atto notificato o trasmesso in plico raccomandato con avviso di ricevimento, intimare al comune di provvedere nel termine di quindici giorni dal ricevimento della richiesta. 9. Decorso infruttuosamente il termine previsto dal comma 8, chi ha presentato il piano attuativo può inoltrare al dirigente della competente struttura regionale o provinciale istanza per la nomina di un commissario ad acta; il dirigente provvede sulla richiesta nel termine di quindici giorni dal ricevimento dell’istanza, invitando il comune ad assumere il provvedimento conclusivo del procedimento di adozione del piano attuativo entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione stessa, che si intende quale avvio del procedimento sostitutivo ai sensi dell’articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi). 10. Il Presidente della Giunta regionale o provinciale o l’assessore competente, se delegato, scaduto inutilmente il termine di trenta giorni di cui al comma 9, nomina, nei successivi quindici giorni, un commissario ad acta, scelto tra i soggetti iscritti all’albo di cui all’articolo 31. 11. Entro il termine di trenta giorni dalla nomina, il commissario ad acta assume, in via sostitutiva, gli atti e i provvedimenti necessari per la conclusione del procedimento di adozione del piano attuativo; gli oneri derivanti dall’attività del commissario ad acta sono posti a carico del comune inadempiente”.

68 Si v. Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43, in particolare § 3.2. in Diritto, dove si precisa che il potere sostitutivo regionale rinviene, pertanto, la propria base costituzionale non solo nell’art. 120, ma anche nell’interpretazione sistematica degli artt. 117, commi 3 e 4 e 118, commi 1 e 2, della Costituzione, e che “anche l’eventuale previsione di eccezionali sostituzioni di un livello ad un altro di governo per il compimento di specifici atti o attività, considerati dalla legge necessari per il perseguimento degli interessi unitari coinvolti, e non compiuti tempestivamente dall’ente

come precisato dalla stessa Corte l'intervento sostitutivo è possibile solo ad opera dell'organo di governo (regionale o provinciale) che se ne assuma la responsabilità politica e amministrativa⁶⁹ e unicamente rispetto ad attività prive di discrezionalità nell'*an*⁷⁰. L'ordinamento deve strutturare (e, dunque, disciplinare formalmente) il "procedimento conflittuale" nel rispetto delle garanzie partecipative dell'ente che viene eventualmente sostituito⁷¹.

In linea generale, l'ordinamento mantiene, tuttavia, generalmente un *favor* per l'esercizio dei poteri da parte dell'ente "ordinariamente" competente⁷². In alcuni casi, proprio per evitare la sostituzione la "fase di composizione" che la precede viene "rafforzata", ad esempio con l'intervento di un organo consultivo che rappresenti anche le parti eventualmente in conflitto (Consiglio delle au-

competente, non può che rientrare, in via di principio, e salvi i limiti e le condizioni di cui si dirà, nello stesso schema logico, affidato nella sua attuazione al legislatore competente per materia, sia esso quello statale o quello regionale. Se così non fosse, si avrebbe infatti l'assurda conseguenza che, per evitare la compromissione di interessi unitari che richiedono il compimento di determinati atti o attività, derivante dall'inerzia anche solo di uno degli enti competenti, il legislatore (statale o regionale) non avrebbe altro mezzo se non collocare la funzione ad un livello di governo più comprensivo, assicurandone "l'esercizio unitario" ai sensi del primo comma dell'articolo 118 della Costituzione: conseguenza evidentemente sproporzionata e contraria al criterio generale insito nel principio di sussidiarietà".

69 Corte cost., 21 ottobre 2003, n. 313, in particolare §9 in Diritto, dove si afferma che "in linea di massima, qualora siano in ipotesi da ammettere poteri sostitutivi regionali, nei confronti degli enti locali, ulteriori rispetto a quelli facenti capo al Governo, quali previsti dall'art. 120 della Costituzione, attuato ora dall'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), tali poteri sarebbero in ogni caso da ascrivere a organi di governo dell'ente che, nell'ambito di responsabilità più generali riconosciutegli, agisce in sostituzione: nel caso in questione, a organi della Regione, non ad apparati amministrativi (v. sentenza n. 381 del 1996)".

70 Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43, in particolare § 4 in Diritto, dove si precisa che "In primo luogo, le ipotesi di esercizio di poteri sostitutivi debbono essere previste e disciplinate dalla legge (...), che deve definirne i presupposti sostanziali e procedurali. In secondo luogo, la sostituzione può prevedersi esclusivamente per il compimento di atti o di attività "prive di discrezionalità nell'*an* (anche se non necessariamente nel *quid* o nel *quomodo*)" (...), la cui obbligatorietà sia il riflesso degli interessi unitari alla cui salvaguardia provvede l'intervento sostitutivo: e ciò affinché essa non contraddica l'attribuzione della funzione amministrativa all'ente locale sostituito".

71 Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43, in particolare § 4 in Diritto, dove si precisa che "La legge deve, infine, apprestare congrue garanzie procedurali per l'esercizio del potere sostitutivo, in conformità al principio di leale collaborazione (...), non a caso espressamente richiamato anche dall'articolo 120, secondo comma, ultimo periodo, della Costituzione a proposito del potere sostitutivo "straordinario" del Governo, ma operante più in generale nei rapporti fra enti dotati di autonomia costituzionalmente garantita. Dovrà dunque prevedersi un procedimento nel quale l'ente sostituito sia comunque messo in grado di evitare la sostituzione attraverso l'autonomo adempimento, e di interloquire nello stesso procedimento".

72 M. BOMBARDELLI, *La sostituzione*, op. cit., 303.

tonomie locali⁷³). In tal senso va letto, l'art. 12, comma 2, del d.l. n. 77/2021 (in materia di attuazione del c.d. "PNRR") in cui, per impedire che vengano esercitati i poteri sostitutivi da parte del Governo nei confronti degli altri livelli territoriali (inadempienti rispetto all'attuazione del Piano), il Ministro per gli Affari regionali può "promuovere le opportune iniziative" anche in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano nonché in sede di Conferenza unificata⁷⁴.

Come si è già visto, l'ente sostituito potrà eventualmente reagire alla sostituzione impugnando il provvedimento con cui l'Amministrazione statale o regionale o provinciale abbia esercitato la sostituzione, rispettivamente dinanzi alla Corte costituzionale (nel caso in cui l'esercizio della sostituzione da parte dell'Amministrazione statale leda una competenza "esclusiva" di quella regionale) o al giudice amministrativo⁷⁵.

73 Si v. l'art. 11, comma 3, della l. 10 aprile 2004, n. 4, ai sensi del quale "Il Consiglio delle autonomie locali esprime parere alla Giunta regionale nei casi di esercizio del potere sostitutivo nei confronti degli enti locali per il compimento di atti obbligatori relativi all'esercizio delle funzioni conferite dalla Regione, nonché sui seguenti atti: a) accordi di programma-quadro e intese istituzionali di programma che coinvolgono l'assetto e lo sviluppo territoriale locale; b) regolamenti di interesse degli enti locali; c) criteri di riparto delle risorse agli enti locali; d) atti di indirizzo e atti di programmazione che incidono sulle funzioni degli enti locali".

74 Si v. l'art. 12, comma 1, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con mod. dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, ai sensi del quale "In caso di mancato rispetto da parte delle regioni, delle province autonome di Trento e di Bolzano, delle città metropolitane, delle province e dei comuni degli obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del PNRR e assunti in qualità di soggetti attuatori, consistenti anche nella mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del Piano, ovvero nel ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti, il Presidente del Consiglio dei ministri, ove sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR e su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente, assegna al soggetto attuatore interessato un termine per provvedere non superiore a trenta giorni. In caso di perdurante inerzia, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro competente, sentito il soggetto attuatore, il Consiglio dei ministri individua l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio, ovvero in alternativa nomina uno o più commissari ad acta, ai quali attribuisce, in via sostitutiva, il potere di adottare gli atti o provvedimenti necessari ovvero di provvedere all'esecuzione dei progetti, anche avvalendosi di società di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, o di altre amministrazioni specificamente indicate". L'art. 12, comma 2, stabilisce poi che "Fermo restando l'esercizio dei poteri sostitutivi di cui al comma 1, e nei casi ivi previsti, il Ministro per gli affari regionali e le autonomie può promuovere le opportune iniziative di impulso e coordinamento nei riguardi di regioni, province autonome di Trento e di Bolzano, città metropolitane, province e comuni, anche in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano nonché di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

75 Si v. CGA, 13 settembre 2011, n. 545.

Nel secondo modello (*sub E*) sono ricomprese le ipotesi normative, previste sia a livello statale che regionale, in cui il superamento del “conflitto amministrativo” può avvenire ad opera di un soggetto “terzo” rispetto alle parti. In alcune ipotesi tale soggetto è un organo o un'Amministrazione “diversa” rispetto alle parti in conflitto⁷⁶, ma nella maggior parte dei casi, si tratta di un organo di governo (statale o regionale). In numerose ipotesi l'ordinamento (statale, ma non solo) utilizza il modello delineato, in via generale, dall'art. 5, comma 2, lett. c-*bis*, della l. n. 400/88⁷⁷ devolvendo il superamento del conflitto amministrativo al Consiglio dei ministri.

La richiamata disposizione ha assorbito e generalizzato una prassi legislativa, già da tempo presente nella normativa di settore, che affidava la risoluzione dei conflitti amministrativi tra Ministeri al Consiglio dei ministri⁷⁸. Tale modello non è tuttavia da tempo più limitato ai soli conflitti tra amministrazioni ministeriali, ma è esteso anche (alla maggior parte de) i conflitti in cui siano coinvolte oltre ad una o più Amministrazioni statali, anche altri livelli di governo. È opportuno precisare che, come si vedrà, anche l'ordinamento regionale, in alcune ipotesi, rinvia a tale modello qualora nel conflitto sia coinvolta (alme-

76 Rientra in tale ipotesi anche il conflitto tra lo Stato e un'Amministrazione statale per l'inadempimento nell'attuazione del PNRR, in tal caso l'art. 12, comma 2, del d.l. n. 77/2021, prevede che la decisione debba essere assunta (in via sostitutiva) direttamente dal Ministro “competente” per materia.

77 Tale comma è stato innestato all'interno della l. n. 400/88 dal d.lgs. n. 303/99, su tale riforma, si v. F. BATTINI, *La Presidenza del Consiglio dei ministri alla vigilia della riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 207 ss.; cfr. A. PAJNO, *La Presidenza del Consiglio dei ministri dal vecchio al nuovo ordinamento*, in A. PAJNO – L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del governo. Commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della presidenza del consiglio e dei ministeri*, Bologna, 2000, 53 e segg.; G. FERRARA, *La posizione attuale del governo nell'ordinamento costituzionale e le proposte di riforma. Riflessioni sul decennio 1993-2003 della storia costituzionale italiana*, in *Rass. parl.*, 2004, n. 1, 107; M. MEZZANOTTE, *La figura del Presidente del Consiglio tra norme scritte e prassi*, in *Pol. dir.*, 2001, 339; A. M. SANDULLI, *Il problema della Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Scritti*, op. cit., 348.

78 Si v. l'art. 6, comma 5, della l. n. 349/86, istitutiva del Ministero dell'Ambiente “ove il Ministro competente alla realizzazione dell'opera non ritenga di uniformarsi alla valutazione del Ministero dell'ambiente, la questione è rimessa al Consiglio dei ministri”.

no) un'Amministrazione statale⁷⁹ mentre in altre lo utilizza seppur con opportuni adattamenti.

Nel dettaglio, la suddetta disposizione si colloca nell'ambito della disciplina sui poteri del Presidente del Consiglio e gli consente, in particolare, di “deferire al Consiglio dei ministri, ai fini di una complessiva valutazione ed armonizzazione degli interessi pubblici coinvolti, la decisione di questioni sulle quali siano emerse valutazioni contrastanti tra amministrazioni a diverso titolo competenti in ordine alla definizione di atti e provvedimenti”.

Anche in questo caso il “procedimento conflittuale” si compone di due fasi: la prima (“fase di composizione”), vede come protagonista la Presidenza del Consiglio dei ministri (intesa qui nella sua veste di struttura di coordinamento amministrativo) e, in particolare, i suoi Dipartimenti.

In questa fase la Presidenza cerca di conciliare la posizione tra le parti del conflitto. Proprio al servizio del crescente numero dei “procedimenti conflittuali” che convergono nella Presidenza e nel Consiglio dei ministri la struttura amministrativa della prima è divenuta nel tempo sempre più complessa, acquisendo maggiori funzioni e responsabilità di coordinamento⁸⁰ non solo politico, ma anche amministrativo in senso stretto⁸¹. Ampliamento nettamente evincibile

79 Si v., ad esempio, la Legge della Regione Umbria 16 febbraio 2010, n. 12, recante norme di riordino e semplificazione in materia di valutazione ambientale strategica e valutazione di impatto ambientale. L'art. 12, comma 5, prevede che qualora venga manifestato il dissenso da un'amministrazione non statale, preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico e della salute, “la decisione è rimessa alla Giunta regionale che si pronuncia entro trenta giorni, sentito il Comitato di coordinamento sulle valutazioni ambientali di cui all' articolo 15”, mentre “nel caso in cui il dissenso sia espresso da un'amministrazione dello Stato preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico e della salute, la decisione è rimessa all'Autorità competente individuata dall' articolo 14-*quater*, comma 3, lettera b), della l. n. 241/1990”.

80 Sull'impianto iniziale della l. n. 400/88, si v. M. S. GIANNINI, *La legge della Presidenza del Consiglio, storicità di un'attuazione costituzionale*, in *Scritti giuridici*, op. cit., 31-33; sullo sviluppo di tali funzioni, si v. B. G. MATTARELLA, *La Presidenza del Consiglio dei ministri e la funzione di coordinamento*, in *La Presidenza del Consiglio dei ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, op. cit., 166; G. P. CIRILLO, *Il potere di coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Foro amm.*, 1994, 294; sul coordinamento amministrativo, si v. V. BACHELET, *Coordinamento*, in *EdD*, X, Milano, 1962; ID., *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957.

81 Sulla Presidenza del Consiglio dei ministri, si v. di recente M. LUCIANI, *La riforma della Presidenza del Consiglio (e dei Ministeri)*, in *Dir. amm.*, 2016, 253; C. COLAPIETRO, *Il Governo e la Pubblica Amministrazione*, in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di Diritto Pubblico*, Torino, 2012, 359.; tra gli

dall'articolata divisione interna dei suoi Dipartimenti⁸². L'art. 5 comma 2, lett. c-*bis*, non specifica se, ravvisata l'esistenza di posizioni inconciliabili che rendono impossibile la "composizione" del conflitto tra le parti, vi sia l'obbligo per la Presidenza di rimettere il conflitto al Consiglio dei ministri e, in tal caso, quando scatti tale obbligo⁸³. Si tratta di capire quale sia l'ampiezza del "filtro" che può operare, in tale fase, la Presidenza. La giurisprudenza amministrativa, in alcune occasioni, ha specificato che la valutazione effettuata in tale fase dovrebbe agevolare e non precludere il rinvio al Consiglio dei ministri ed è stato pertanto dichiarata l'illegittimità del diniego opposto dal Dipartimento per il coordinamento amministrativo al rinvio del conflitto al Consiglio dei ministri⁸⁴.

studi più risalenti, M. LA TORRE, *La Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1927, 1, 545; C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1936; A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri*, Firenze, 1951; J. BUCCISANO, *Premesse per uno studio sul Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 44; ID., *Il Governo colegislatore*, in AA.VV., *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, a cura di F. CAZZOLA, A. PREDIERI, G. PRIULLA, Milano, 1975; E. SPAGNA MUSSO, *Costituzione e struttura del governo. Il problema della Presidenza del Consiglio*, Padova, 1979, 51; L. ELIA, *Governo (forme di)*, in EdD., vol. XIX, Milano, 1970, 640; A. M. SANDULLI, *Il problema della Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Dir. soc.*, 1980, 617, ora in ID., *Scritti giuridici*, Vol. I, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1990, 348; ID., *Governo e amministrazione*, op. cit.; E. ROTELLI, *La Presidenza del Consiglio dei ministri*, op.cit.; G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei ministri e l'organizzazione del Governo*, Padova, 1986; F. SEPE, *La struttura amministrativa della Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *GdA*, 1999;

82 Si v. l'art. 2 del DPCM 1° ottobre 2012, recante disposizioni sull'ordinamento delle strutture generali della Presidenza del Consiglio dei ministri; sulle numerose quanto eterogenee funzioni amministrative si v. B. G. MATTARELLA, *La Presidenza del Consiglio dei ministri*, op. cit., 166; C. MANCINO, G. SAVINI, *Le strutture di coordinamento della Presidenza del Consiglio: il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL) ed il Dipartimento per il coordinamento amministrativo (DICA)*, in <https://amministrazioneincammino.luiss.it>.

83 Si v. TAR Basilicata, 27 maggio 2020, n. 351. Nella specie una società aveva impugnato il parere negativo reso dal Ministero dei Beni e delle Attività Culturali in merito ad un'istanza di proroga della VIA. Nel corso del giudizio la ricorrente depositava una nota interlocutoria del MATTM, dalla quale traspariva - nel presupposto del contrasto tra il parere positivo della Commissione tecnica per la verifica dell'impatto ambientale VIA/VAS e quello negativo del MIBACT - "l'intenzione, da parte del Ministero procedente, di dare un riscontro formale all'istanza di proroga della VIA presentata dalla società ricorrente, dovendosi valutare se (...) porre in essere la procedura prevista dall'art. 5, comma 2, lett. c-*bis*), della legge 400/1988, che prevede l'interessamento della Presidenza del Consiglio dei ministri per una complessiva valutazione nei casi di espressioni contrastanti emerse da amministrazioni a diverso titolo competenti (...) ovvero (...) concludere negativamente il procedimento (...)".

84 Nel 2013 una Società presentava al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare un'istanza di valutazione di impatto ambientale di un progetto di parco eolico *off-shore*. La normativa *ratione temporis* applicabile prevedeva una concertazione tra il MIC, chiamato a esprimere un parere obbligatorio sul progetto e il parere dell'apposita commissione tecnica, istituita presso il Ministero dell'ambiente. Nella specie il MIC esprimeva due pareri negativi, cui seguiva il pa-

La seconda fase (“di superamento”) è affidata al Consiglio dei ministri, chiamato a risolvere il “conflitto amministrativo”. La suddetta disposizione, infatti, affidando all’organo collegiale la “complessiva valutazione ed armonizzazione degli interessi pubblici”, distingue tale fase da quella di “interlocuzione-mediazione” affidata alla Presidenza⁸⁵.

Il compito assegnato al Consiglio dei ministri è quello di “chiudere il procedimento” e assumere una decisione, eventualmente anche non condivisa dalle parti. Tanto si ricava, oltre che dalla piana interpretazione del dato testuale, anche dalla circostanza che la delibera del Consiglio dei ministri sostituisce a tutti gli effetti gli atti delle Amministrazioni eventualmente in disaccordo⁸⁶. Il

rere positivo della commissione tecnica. Il Ministero dell’ambiente, quale amministrazione competente al rilascio dell’autorizzazione, domandava alla Presidenza del Consiglio dei ministri di “giungere alla risoluzione del contrasto insorto tra il parere positivo della [...] Commissione tecnica e quello negativo del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo” sollecitando una deliberazione del Consiglio dei ministri, come previsto dall’art. 5, comma 2, lett. c-*bis*), della l. n. 400/1988. Il Dipartimento per il coordinamento amministrativo della Presidenza del Consiglio dei ministri comunicava all’impresa l’impossibilità di sottoporre il conflitto insorto tra i due Ministeri al Consiglio dei ministri in ragione della mancata attuazione della pianificazione dello spazio marittimo prevista dal (sopravvenuto) d.lgs. n. 201/2016 e pertanto sospendeva il procedimento di VIA. Tale disciplina prevede infatti l’adozione di piani di gestione dello spazio marittimo. Il Consiglio di Stato ha tuttavia affermato che la disciplina del d.lgs. n. 201/2016, si limita ad individuare nei suddetti piani “lo strumento di coordinamento e concreta realizzazione degli obiettivi europei di un approccio integrato, coordinato e transfrontaliero della pianificazione marittima, senza tuttavia imporre la totale paralisi del settore nelle more della sua attuazione, ma se mai suggerendo una lettura eurolunitariamente orientata della disciplina pianificatoria previgente applicabile ai singoli casi di specie”. Il giudice di primo grado respingeva il ricorso proposto dall’impresa (TAR Puglia, Lecce, sez. I, 26 settembre 2018, n. 1358). Il Consiglio di Stato ribaltando tale ultima pronuncia precisava che, sebbene i due pareri sfavorevoli del MIC non consentissero il rilascio della VIA, il conflitto tra le posizioni assunte dai due Ministeri avrebbe dovuto comunque indurre la Presidenza del Consiglio a rimettere il conflitto al Consiglio dei ministri in base all’art. 5, comma 2, lett. c-*bis*), della l. n. 400/1988. Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486.

85 Cons. St., sez. IV, 8 febbraio 2021, n. 1156, dove si afferma che “La risoluzione del contrasto mediante il raggiungimento di un’intesa, non è il fine perseguito dalla norma: “la *ratio* del deferimento dell’affare al Consiglio dei ministri, infatti, non è quella di addivenire ad ogni costo ad una futura, eventuale e, in ipotesi, defatigante intesa fra le Amministrazioni coinvolte, bensì quella di conseguire un’attuale soluzione del relativo contrasto, concludendo comunque il procedimento”.

86 Si v. Cons. St., sez. IV, 8 febbraio 2021, n. 1156, in cui si evidenzia che “la disposizione – qualora avesse mirato semplicemente a favorire un’intesa – si sarebbe limitata ad individuare in capo al Consiglio dei ministri funzioni di mero coordinamento ovvero di *moral suasion*, senza tuttavia incidere sull’ordinario regime delle competenze”. La stessa sentenza precisa che anche il dato testuale milita a sostegno di una tale conclusione in quanto “stabilisce che la Presidenza del Consiglio dei ministri possa deferire al Consiglio dei ministri “la decisione di questioni sulle quali siano emerse valutazioni contrastanti tra amministrazioni”: ciò che è deferito, dunque, non è il mero esame, né il semplice coordinamento, ma la decisione *tout court*. Siffatta decisione deve essere presa dal Consiglio dei ministri nell’ottica di una “complessiva valutazione ed armonizzazione degli

“superamento” può avvenire tramite una valutazione “unitaria” degli interessi coinvolti operando, se del caso, una sintesi che possa soddisfare anche le parti in disaccordo oppure individuando uno o più interessi “prevalenti”. Molto spesso accade che la decisione del Consiglio dei ministri, si attesti sulle ragioni di un’Amministrazione e si limiti a motivare *per relationem* facendo propria la posizione di quest’ultima⁸⁷. Con riferimento a tali “procedimenti conflittuali” il Consiglio dei ministri cambia “veste” e, da organo competente a risolvere i conflitti (tra Ministri) sull’indirizzo politico-governativo, diviene la sede deputata a valutare quale, fra due o più posizioni in conflitto, garantisca meglio ed in concreto gli interessi pubblici coinvolti.

Si tratta di un modello usato con molta frequenza. Si pensi, di recente, alla delibera del Consiglio dei Ministri sostitutiva della mancata intesa, in sede di Conferenza Stato-regioni, sullo schema di decreto del Ministro della salute concernente il regolamento recante “*Modelli e standard per lo sviluppo dell’assistenza sanitaria territoriale nel Servizio sanitario nazionale*”⁸⁸.

Il “passaggio” dalla fase di composizione a quella di superamento varia a seconda delle tipologie delle Amministrazioni coinvolte. Nel caso in cui siano coinvolti Amministrazioni diverse da quelle statali, l’ordinamento prevede infatti che il superamento del conflitto da parte del Consiglio dei ministri debba essere preceduta da una fase interlocutoria procedimentale più articolata stabilendo, ad esempio:

(a) la calendarizzazione di almeno due o più riunioni tra i livelli di governo⁸⁹;

interessi pubblici coinvolti”: l’accentramento decisionale nell’organo collegiale di vertice dell’Esecutivo mira, dunque, a consentire una valutazione unitaria e sintetica dei molteplici interessi coinvolti, affinché, nel formulare una scelta definitiva, si possa altresì conseguire la massima “armonizzazione” possibile delle contrastanti esigenze rappresentate dalle Amministrazioni coinvolte”.

87 Cons. St., sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1799, si v. G. DELLA CANANEA, *Gli atti di alta amministrazione e l’obbligo di motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 43 ss..

88 Su cui si v. R. BALDUZZI, *Gli standard (e il modello) dell’assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni, sistemi sanitari*, in *Corti supreme e salute*, 2022, 2.

89 Si v. l’art. 14-*quinquies*, comma 5, della l. n. 241/90, in base al quale “Qualora alla conferenza di servizi abbiano partecipato amministrazioni delle regioni o delle province autonome di Trento e

- (b) la costituzione di un “comitato interistituzionale” *ad hoc*⁹⁰;
- (c) più riunioni dello stesso Consiglio dei ministri⁹¹;
- (d) la previa sottoposizione della questione alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano⁹².

Quanto ai soggetti che possono partecipare alla riunione del Consiglio dei ministri, in alcuni casi la normativa si limita a prevedere la mera “convoca-

di Bolzano, e l'intesa non venga raggiunta nella riunione di cui al comma 4, può essere indetta, entro i successivi quindici giorni, una seconda riunione, che si svolge con le medesime modalità e allo stesso fine”, tale disposizione rappresenta il precipitato della giurisprudenza costituzionale, (Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 24; 27 luglio 2005, n. 339; Id., 11 luglio 2012, n. 179, in particolare §5.2.1), secondo cui è illegittima la disposizione che preveda “un potere sostitutivo del Governo in caso di mancato raggiungimento dell'intesa, esercitabile decorsi trenta giorni dalla convocazione del primo incontro tra il Governo e la Regione o la Provincia autonoma interessata” (...) in quanto «la previsione dell'intesa, imposta dal principio di leale collaborazione, implica che non sia legittima una norma contenente una “drastica previsione” della decisività della volontà di una sola parte, in caso di dissenso, ma che siano necessarie “idonee procedure per consentire reiterate trattative volte a superare le divergenze” (...) Solo nell'ipotesi di ulteriore esito negativo di tali procedure mirate all'accordo, può essere rimessa al Governo una decisione unilaterale» (...).Allorquando, invece, l'intervento unilaterale dello Stato viene prefigurato come mera conseguenza automatica del mancato raggiungimento dell'intesa, è violato il principio di leale collaborazione con conseguente sacrificio delle sfere di competenza regionale”.

90 Un peculiare esempio è il procedimento previsto dall'art. 11 del d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 31, sulla certificazione dei sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi. La disposizione prevede che il Ministro dello sviluppo economico, entro trenta giorni, sottopone ciascuno dei siti certificati alla Regione interessata per il raggiungimento dell'intesa. Quest'ultima si esprime, previa acquisizione del parere del comune interessato. In caso di mancata definizione dell'intesa entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento della richiesta del Ministero, si provvede entro i trenta giorni successivi alla costituzione di un “comitato interistituzionale”, i cui componenti sono designati in modo da assicurare una composizione paritaria, rispettivamente, dal Ministero dello sviluppo economico, dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, da un lato, e dalla Regione, dall'altro, che assicura la presenza di un rappresentante del comune interessato. Se in tale sede non si raggiunge un'intesa, il Consiglio dei ministri provvede con deliberazione motivata sulla base delle intese già raggiunte con le singole Regioni interessate da ciascun sito o sulla base dei decreti sostitutivi di intesa.

91 È quanto avviene nella procedura per l'accertamento di conformità delle opere di interesse statale. Qualora l'accertamento di conformità dia esito negativo oppure l'intesa tra Stato e la Regione non si perfezioni entro il termine stabilito, viene convocata una conferenza di servizi cui partecipano la Regione, gli enti locali interessati, le altre Amministrazioni dello Stato e gli Enti tenuti ad adottare atti di intesa o a rilasciare pareri, autorizzazioni, approvazioni e nulla osta. Nel caso in cui al termine della conferenza di servizi non sia possibile adottare la menzionata determinazione conclusiva del procedimento a causa del dissenso espresso da un'Amministrazione statale preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o della salute e della pubblica incolumità, ovvero dalla regione interessata, definisce, seppur provvisoriamente, il procedimento con un decreto del Presidente della Repubblica. Solo una volta adottato tale decreto il Dipartimento della Presidenza del Consiglio convoca una riunione istruttoria volta

zione” del rappresentante della Regione interessata alla riunione del Consiglio dei ministri⁹³, mentre in altri richiede la sua effettiva partecipazione⁹⁴.

Similmente alle ragioni che sembrano spingere le Amministrazioni a rivolgersi, sempre più frequentemente, al giudice costituzionale e amministrativo, anche il progressivo accentramento del superamento dei conflitti nel Consiglio

a ricercare una composizione del dissenso. In caso negativo, il superamento della mancata intesa si raggiunge con un decreto del Presidente della Repubblica che, sottoposto ad un primo esame del Consiglio dei ministri, viene inoltrato alla Commissione parlamentare per le questioni regionali, che esprime il proprio parere. Il decreto viene, poi, sottoposto ad un secondo esame del Consiglio dei ministri, prima di essere trasmesso al Presidente della Repubblica per la relativa firma.

92 Si v. l'art. 13, comma 2, del d.l. n. 77/2021, dove si stabilisce che “Ove il dissenso, diniego, opposizione o altro atto equivalente provenga da un organo della regione, o della provincia autonoma di Trento o di Bolzano o di un ente locale, la Segreteria tecnica di cui all'articolo 4, anche su impulso del Servizio centrale per il PNRR, qualora un meccanismo di superamento del dissenso non sia già previsto dalle vigenti disposizioni, propone al Presidente del Consiglio dei ministri o al Ministro per gli affari regionali e le autonomie, entro i successivi cinque giorni, di sottoporre la questione alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano per concordare le iniziative da assumere, che devono essere definite entro il termine di quindici giorni dalla data di convocazione della Conferenza. Decorso tale termine, in mancanza di soluzioni condivise che consentano la sollecita realizzazione dell'intervento, il Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero il Ministro per gli affari regionali e le autonomie nei pertinenti casi, propone al Consiglio dei ministri le opportune iniziative ai fini dell'esercizio dei poteri sostitutivi di cui agli articoli 117, quinto comma, e 120, secondo comma, della Costituzione, ai sensi delle disposizioni vigenti in materia”.

93 Si v. l'art. 14-*quinquies*, comma 6, della l. n. 241/90, dove si prevede che “Alla riunione del Consiglio dei ministri possono partecipare i Presidenti delle regioni o delle province autonome interessate”.

94 Ne costituisce un peculiare esempio il procedimento di autorizzazione delle infrastrutture energetiche strategiche di cui all'art. 38, comma 1, del d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 134 del 2012. La disposizione prevede che (fatte salve le disposizioni in materia di valutazione di impatto ambientale), nel caso di mancata espressione da parte delle amministrazioni regionali degli atti di assenso o di intesa, entro il termine di centocinquanta giorni dalla richiesta nonché nel caso di mancata definizione dell'intesa di cui al comma 5, dell'art. 52-*quinquies*, del d.P.R. n. 327/2001, il Ministero dello sviluppo economico invita le medesime a provvedere entro un termine non superiore a trenta giorni. In caso di ulteriore inerzia da parte delle amministrazioni regionali interessate, lo stesso Ministero rimette gli atti alla Presidenza del Consiglio dei ministri, la quale, entro sessanta giorni dalla rimessione, provvede in merito con la partecipazione della regione interessata. Un altro esempio si rinviene nel settore della difesa in relazione alla procedura per sottoporre a riesame la decisione del Ministero della difesa sui programmi di installazioni militari. In base ai commi 11 e ss. dell'articolo 322 del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, la Regione interessata può chiedere al Presidente del Consiglio dei ministri di sottoporre al Consiglio dei ministri la decisione del Ministero della difesa sui programmi di installazioni militari. In tali casi, la Presidenza del Consiglio predispone una relazione illustrativa per la deliberazione del Consiglio dei ministri alla cui riunione deve venir necessariamente “invitato” il Presidente della Regione interessata.

dei ministri è riconducibile alla necessità di sopperire alla mancanza di altri spazi di confronto politico-amministrativi tra i livelli di governo⁹⁵.

La valutazione degli interessi effettuata in questi procedimenti dal Consiglio dei ministri, come afferma la giurisprudenza amministrativa, dovrebbe essere di “ordine generale” e funzionale a determinare una soluzione “non soltanto a vantaggio dello Stato”, ma nel “preminente interesse nazionale”. Secondo questo indirizzo, la disposizione esprimerebbe, infatti, una tipica regola di “sussidiarietà verticale” che, realizzando “un’allocazione del meccanismo di coordinamento, coniuga il profilo dell’attività con quello dell’organizzazione”⁹⁶. In linea generale, è tuttavia evidente che devolvere il superamento del conflitto amministrativo all’organo di governo statale significa mettere anche in conto il sacrificio dell’imparzialità della decisione che, di certo, non potrà essere “indifferente” o contraria all’indirizzo politico del Governo.

La decisione del Consiglio dei ministri configura comunque pacificamente un atto di “alta amministrazione”, come tale sindacabile in sede giurisdizionale solo *ab externo* per la sussistenza di profili di irragionevolezza, illogicità o contraddittorietà.

5. Il processo amministrativo come “valvola di sfogo” del conflitto irrisolto

Occorre ora occuparsi delle ipotesi, residuali, ma piuttosto ricorrenti, in cui: (a) non sussista uno specifico “procedimento conflittuale” che consenta alle parti di risolvere il “conflitto amministrativo” (ipotesi in cui possono essere

95 Così N. LUPO, I rapporti tra la Presidenza del Consiglio dei ministri e gli altri organi di rilevanza costituzionale, in *La Presidenza del Consiglio dei ministri a trent’anni dalla legge n. 400 del 1988*, op. cit., 61. dove viene sottolineato che il ruolo di coordinamento da parte del Governo “è stato reso possibile, e anzi necessario, anche dal fatto che il Parlamento ha in larga parte rinunciato, in forma più o meno esplicita, ad esercitare una siffatta funzione di coordinamento, nei confronti delle autonomie territoriali, così come di altri soggetti dotati di una loro sfera di autonomia”.

96 Cons. St. sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486; Id., sez. VI, 26 marzo 2013, n. 1674, evidenzia che in tale sede il Consiglio dei ministri “svolge il fondamentale ruolo di istanza amministrativa di indirizzo e di coordinamento dove possono trovare composizione, in base a motivate valutazioni implicanti la individuazione dell’interesse pubblico prevalente, gli interessi pubblici valutati difformemente dalle Amministrazioni coinvolte nell’approvazione di progetti aventi rilevante impatto ambientale”.

ricompresi i casi in cui manchi, in assoluto, uno strumento procedimentale e quelli in cui la legittimazione ad avviare il “procedimento conflittuale” sia “ristretta” solo ad alcune Amministrazioni, escludendo le altre); oppure, (b) il “procedimento conflittuale” esista e sia astrattamente utilizzabile dall'Amministrazione, ma, in concreto, non venga utilizzato in quanto ritenuto “inadatto” a garantire una “soddisfacente” risoluzione del “conflitto amministrativo” (ad esempio, come si è visto la deliberazione del Consiglio dei ministri rispetto ai dissensi espressi da una Regione o Provincia Autonoma).

Nelle suddette ipotesi l'unico strumento a disposizione delle parti per far valere la propria posizione di “dissenso” rimane la tutela giurisdizionale e in particolare, per quanto interessa in questa parte dello studio, il processo amministrativo. Si è già evidenziato che in questi casi il conflitto si “trasforma” in una mera “lite”, devoluta al giudice, chiamato a risolverla con gli ordinari strumenti a sua disposizione. Rispetto ai due suddetti casi va poi distinta l'ulteriore e meno ricorrente ipotesi c) in cui sia la legge ad individuare il giudizio amministrativo come sede diretta di risoluzione del conflitto.

Tutte e tre le ipotesi sub a), b), c), come si vedrà, possono introdurre all'interno del giudizio una “domanda di giustizia” che in molti casi non riflettere solo gli interessi “propri” dell'Amministrazione ricorrente, ma più in generale della relativa collettività territoriale di riferimento. Sono pertanto idonee a mettere in discussione la “natura soggettiva” della giurisdizione amministrativa sancita costituzionalmente e possono essere esaminate nella stessa parte dello studio⁹⁷.

Nelle ipotesi in cui le Amministrazioni non abbiano a disposizione degli specifici “procedimenti conflittuali” oppure non li utilizzino in quanto li considerino “insoddisfacenti”, può accadere - e spesso accade - che, per far valere la propria posizione di dissenso, arrivino a “forzare” alcuni degli strumenti - nor-

97 Il problema è stato impostato in questi termini da P. DURET, *La legittimazione ex lege*, op. cit., 76; e poi in termini parzialmente diversi da V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, op cit., 75;

mativi e amministrativi - a loro disposizione, tentando così di risolvere, in via unilaterale, il “conflitto amministrativo”. Come si è già visto rispetto ai conflitti tra Stato e Regioni, sono principalmente (ma non solo) le ordinanze contingibili e urgenti che si prestano ad essere impropriamente utilizzate per ostacolare (sospendendo” o togliendo efficacia a) provvedimenti assunti da altre Amministrazioni⁹⁸.

Tali conflitti, a ben vedere, si collocano in una “zona grigia” dell’ordinamento amministrativo in cui le Amministrazioni possono muoversi (*recte* agire e reagire ai reciproci scontri) del tutto arbitrariamente.

Alcuni esempi possono chiarire l’ambito che ci troviamo ad analizzare. In un caso, sottoposto al giudice amministrativo⁹⁹, la Regione Friuli-Venezia Giulia impugnava alcune ordinanze adottate dal Sindaco (del Comune di Marano Lagunare) *ex art.* 50 TUEL che bloccavano dei lavori e interventi di manutenzione, affidati (senza l’assenso del Comune) dalla stessa Regione, nell’esercizio dei propri poteri di polizia lagunare, per la messa in sicurezza dei canali e fondali del territorio comunale¹⁰⁰. Il giudice amministrativo accoglieva il ricorso della Regione dichiarando l’illegittimità delle suddette ordinanze in ragione dell’utilizzo “sviato” del potere, finalizzato a risolvere in via unilaterale il conflitto.

L’utilizzo improprio del potere di ordinanza oltre a snaturare la natura e la funzione di questi provvedimenti, finisce per divenire uno strumento per aggirare i termini processuali di decadenza in quanto – come evidenzia il TAR - il

98 I provvedimenti e i “comportamenti” con cui l’Amministrazione può cercare di “paralizzare il funzionamento dell’ente convenuto” sono diversi e possono essere contestati sia nel conflitto di attribuzione costituzionale che nel processo amministrativo, con riferimento al primo si v. G. DUNI, *I conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni*, op. cit.,

99 TAR Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 5 novembre 2018, nn. 339 e 340.

100 La Regione, il 21 giugno 2018, con ordinanze nn. INF/2 -2018/P.8.1, INF/3-2018/P.8.1.31 (non impugnate dal Comune), affermando la propria competenza in materia di dragaggio delle acque interne, disponeva l’immediato avvio dei lavori di manutenzione nei canali del territorio comunale. Il 6 settembre 2018 con ordinanze emesse sensi dell’art. 50, comma 5, TUEL, il Sindaco del Comune di Marano Lagunare ordinava alle imprese incaricate dei lavori di manutenzione “la sospensione immediata dei lavori di sversamento dei fanghi di dragaggio di tratti della litoranea veneta (...) con ripristino dello stato dei luoghi a propria cura e spese”. Le suddette ordinanze venivano emanate sulla base del presupposto di dover garantire l’uso civico di pesca nell’area oggetto dell’occupazione per l’esecuzione dei lavori dei cittadini di Marano Lagunare.

Comune avrebbe potuto/dovuto percorrere direttamente la strada giurisdizionale, impugnando i provvedimenti della Regione ritenuti lesivi dei propri interessi¹⁰¹. Il caso esaminato dal TAR friulano non è un *unicum* nella casistica giurisprudenziale¹⁰².

Proprio per evitare che tale “zona grigia” rappresenti un’arena pubblica “incontrollata”, in cui le Amministrazioni agiscono e reagiscono arbitrariamente, l’ordinamento deve garantire loro, come strumento irrinunciabile, la tutela giurisdizionale della propria posizione di dissenso. Si è già visto che tale tutela si snoda tra giudice costituzionale e giudice amministrativo. Mentre la struttura del conflitto di attribuzione costituzionale, come si è visto, delimita strettamente la legittimazione delle Amministrazioni e l’oggetto del giudizio (limitato alla tutela delle competenze esclusive proprie dell’Amministrazione ricorrente¹⁰³),

101 Nelle stesse sentenze il TAR precisa dunque che “esauriti i procedimenti volti a coordinare le attività e i concorrenti apporti, intestati a ciascun ente, ed esclusa, per le considerazioni anzidette, l’emissione di provvedimenti dotati (di effetti sostanzialmente disapplicativi, la inevitabile risoluzione giustiziale del conflitto, insorto tra i livelli di governo in ambito regionale, richiede la formale instaurazione dell’azione avverso specifici atti e comportamenti (della Regione) che avrebbero dato luogo ad altrettanto specifiche lesioni (o invasioni) degli spazi di autonomia pertinenti al Comune (assicurati sin dagli artt. 5, 114, comma 2, e 118 Cost.), azione che, nel caso in esame, non è stata però proposta (non essendo invece concepibile una tutela delle attribuzioni dell’Ente, che non sia declinata mediante la censura di atti o comportamenti individuati)”. Si afferma dunque che il contrasto insorto avrebbe potuto “al più prefigurare l’esercizio, a livello giustiziale, di poteri di reazione, sempreché ne sussistano la legittimazione e l’interesse, avverso gli atti (...) e i comportamenti che si assumono invasivi della sfera giuridica del Comune, ma non anche l’adozione di forme di tutela in via amministrativa, benché *extra ordinem*, le quali, atteso il loro carattere residuale (...), non potrebbero né surrogare lo svolgimento dell’azione in ambito giurisdizionale né sopprimere, surrettiziamente, alle decadenze o alle preclusioni verificatesi in tale sede.

102 Molto simile al caso esaminato dal TAR friulano la controversia esaminata da TAR Puglia, Bari, sez. II, 3 aprile 2009, n. 813. In questo caso il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti impugnava diverse ordinanze contingibili e urgenti adottate dal Sindaco del Comune di Molfetta dirette a sospendere i lavori per la realizzazione di una caserma della Capitaneria di Porto (rispetto a cui il Comune si era opposto chiedendone una ubicazione differente). Anche in questo caso il Collegio accoglieva il ricorso in ragione della mancanza di validi presupposti per l’adozione delle suddette ordinanze e, oltre a condannare il Comune alle spese processuali, vista la reiterazione delle ordinanze (adottate anche in contrasto a precedenti pronunce dello stesso TAR), comunicava la sentenza alla Procura regionale della Corte dei conti, ai fini dell’accertamento della responsabilità amministrativo-contabile.

103 È evidente, infatti, che se davvero si ammettesse che la Regione agisca per conflitto per difendere interessi economici della sua comunità dall’incisione derivante da qualsiasi atto illegittimo, cambierebbe radicalmente la funzione stessa del conflitto intersoggettivo. Esso non avrebbe più lo scopo di ripristinare l’ordine costituzionale delle competenze, ma diverrebbe il canale processuale attraverso il quale la Regione guadagnerebbe legittimazione processuale per promuovere l’azione di annullamento degli atti amministrativi che essa, per decisione politica, ritenesse lesivi

lo stesso non vale per il processo amministrativo le cui regole sono improntate alla tutela dei (diritti soggettivi e interessi legittimi dei) cittadini nei confronti dell'Amministrazione.

Al pari di quanto avviene sia nelle controversie tra Amministrazione e privati che nel conflitto di attribuzione costituzionale intersoggettivo, l'accesso al giudice amministrativo da parte dell'Amministrazione non può essere "indiscriminato" (*i.e.* consentire la tutela di "qualsiasi" posizione di dissenso). Anche l'azione in giudizio dell'Amministrazione deve, infatti, sottostare a dei "filtri" rappresentati dalle condizioni dell'azione (*i.e.* legittimazione processuale e interesse a ricorrere). Tale questione implica la preliminare risoluzione di quale sia (se vi sia) la "posizione sostanziale" (o "situazione legittimante") che fonda e sostiene la legittimazione processuale dell'Amministrazione¹⁰⁴ e della "lesione

degli interessi della comunità. Mentre i soggetti lesi direttamente dall'atto illegittimo potrebbero agire con gli strumenti giurisdizionali ordinari, la Regione - la cui richiesta di intervento in quei giudizi può incontrare difficoltà processuali insormontabili, proprio per carenza d'interesse - potrebbe manifestare la propria solidarietà politica con i ricorrenti agendo a sua volta di fronte alla Corte costituzionale. Con la conseguenza, davvero paradossale, che il giudizio per conflitto di poteri finirebbe con distinguersi dall'ordinario giudizio di legittimità degli atti amministrativi non per il "tono costituzionale" delle attribuzioni in discussione, ma semplicemente per lo status costituzionale delle Regioni. Una prospettiva evidentemente insostenibile.

104 Occorre tuttavia precisare che l'individuazione del soggetto che rappresenta l'Amministrazione in giudizio (a sua volta distinta dalla questione del patrocinio legale) va ben distinta dall'accertamento della legittimazione a ricorrere (e resistere) della stessa Amministrazione. Le due questioni sono ovviamente collegate ma i problemi che pone l'individuazione della seconda sono sicuramente di maggiore rilievo. Con riferimento alla rappresentanza processuale secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato tale rappresentanza (attiva e passiva) per le amministrazioni statali, salva espressa disciplina legislativa derogatoria, spetta al Ministro, al quale vanno infatti notificati gli atti processuali presso l'avvocatura dello Stato competente per territorio. L'art. 16, comma 1, lett. f) del decreto legislativo 165/2001, deferisce ai dirigenti degli uffici dirigenziali generali la promozione e la resistenza alle liti. Diversa disciplina trova applicazione nei confronti degli enti pubblici diversi dallo Stato. Nelle regioni a statuto ordinario valgono le previsioni statutarie. Negli enti locali la rappresentanza processuale compete al Sindaco o al Presidente della Provincia, salvo che lo statuto non affidi il relativo potere ai dirigenti. Rileva, infatti, l'articolo 6 del decreto legislativo n. 267 del 2000, che attribuisce allo statuto il compito di stabilire le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente e, in particolare, le attribuzioni degli organi e i modi di esercizio della rappresentanza legale dell'ente, anche in giudizio. Si v. sul punto A. M. SANDULLI, *Manuale*, 1317; Cass., SS.UU., 16 giugno 2005, n. 12868, dove si precisa che "nel nuovo quadro delle autonomie locali, ai fini della rappresentanza in giudizio del Comune, l'autorizzazione alla lite da parte della giunta comunale non costituisce più, in linea generale, atto necessario ai fini della proposizione o della resistenza all'azione, salva restando la possibilità per lo statuto comunale - competente a stabilire i modi di esercizio della rappresentanza legale dell'ente, anche in giudizio (testo unico delle leggi sull'ordinamento delle autonomie locali, approvato con il D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, "ex" art. 6, comma 2) - di prevedere l'autorizzazione della giunta, ovvero di richiedere una pre-

rilevante” che ne giustifica, in astratto, la tutela in giudizio (interesse a ricorrere)¹⁰⁵. Se, in linea generale, tutte le Amministrazioni (al pari dei cittadini) hanno (*recte* devono avere) la possibilità di poter accedere al giudizio amministrativo, occorre comprendere a che condizioni sia esperibile la tutela.

Sul punto le indicazioni della giurisprudenza sono piuttosto generiche. Costituisce una massima consolidata nella giurisprudenza amministrativa, (a partire dagli anni '90), quella secondo cui gli enti territoriali in quanto “enti

ventiva determinazione del competente dirigente (ovvero, ancora, di postulare l'uno o l'altro intervento in relazione alla natura o all'oggetto della controversia)”; sul punto anche Cass., SS.UU, 8 maggio 2007 n. 10371; Cons. St., sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4277 che ha affermato che “in via ordinaria - ai sensi (...) artt. 48 e 50 del decreto legislativo 18.08.2000, n. 267- la decisione di agire e resistere in giudizio e il conferimento al difensore del mandato alle liti spettano al rappresentante legale dell'ente (cioè al Sindaco), senza bisogno di autorizzazione della Giunta o del dirigente competente *ratione materiae*. All'autonomia statutaria (legittimata a stabilire i modi di esercizio della rappresentanza legale dell'ente, anche in giudizio) è però conservata la possibilità di prevedere l'autorizzazione della Giunta ovvero di richiedere una preventiva determinazione del dirigente ovvero ancora di postulare l'uno o l'altro intervento”; con riferimento alla rappresentanza processuale del Presidente della Regione si v. Cons. St., sez. V, 12 marzo 2014, n. 1045; Id., 16 maggio 2014, n. 2518.

105 Ci si riferisce in particolare alla distinzione operata da A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 263, richiamata da A.M. SANDULLI, *Il giudizio*, op. cit., 50 e poi sviluppata ulteriormente da A. ROMANO, *La situazione legittimante nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 4, 511, tra “situazione legittimante” e “oggetto” del giudizio, riconoscendo la necessità di individuare un interesse sostanziale come “presupposto (titolo) della legittimazione del ricorrente”; sul collegamento tra interesse sostanziale e legittimazione, si v. G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 3, 401; La questione è affrontata da P. DURET, *La legittimazione ex lege*, op. cit., 93 ss., il quale pone in termini di dubbio sia che possa esistere una legittimazione generalizzata (ordinaria) delle Amministrazioni sia che le ipotesi di legittimazioni conferite ex lege all'Amministrazione possano considerarsi “legate” ad una posizione di interesse legittimo, quanto piuttosto maggiormente simili ad “un controllo arbitrariamente avvolto in panni giurisdizionali”; il tema è stato di recente ripreso da M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente*, op. cit., 6, dove si riconduce l'indagine sulla legittimazione (ordinaria) dell'Amministrazione al riscontro in capo a chi invoca l'accesso alla giustizia di “una propria posizione giuridicamente rilevante”, l'A., in particolare nella nota 22, dà atto della parziale rilevanza rispetto al tema che ci occupa delle diverse posizioni emerse di recente in dottrina in cui si sostiene che anche il giudice amministrativo, come quello civile, dovrebbe limitarsi a vagliare la “mera affermazione” e non l'effettiva sussistenza della situazione legittimante, tra cui S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018; le cui argomentazioni sono state più di recente riprese in ID., *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 602; F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pub.*, 2019, 511. Sul tema di recente si v. anche B. GILBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020. Le diverse posizioni emerse di recente in dottrina sono state di recente esaminate da G. TROPEA, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 449. Sul tale dibattito è di recente intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. St., ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22), dove, con riferimento alla legittimazione è stato evidenziato che “l'insieme di queste tendenze per così dire espansive, sul terreno della

esponenziali di una determinata collettività di cittadini, istituzionalmente legittimati a curarne e a difenderne gli interessi e a promuoverne lo sviluppo, sono legittimati ad agire contro tutti gli atti ritenuti in qualche modo lesivi di quegli interessi¹⁰⁶.

Affermazione cui di recente è stato aggiunto, con riferimento ai Comuni, l'ulteriore indicazione che tale legittimazione ad agire non implica affatto "il riconoscimento di una corrispondente competenza di amministrazione attiva comunale in quelle materie e su quegli interessi"¹⁰⁷. Da tali indicazioni si evince, dunque, che la "situazione sostanziale legittimante" possa prescindere dall'esistenza (e dalla lesione) di una specifica competenza amministrativa e che la tutela sia azionabile anche a difesa di "altri" interessi (non "propri" dell'Amministrazione) purché siano riconducibili alla "collettività territoriale" di riferimento.

Elementi che, tuttavia, non chiariscono quale sia la "posizione" dell'Amministrazione concretamente tutelabile nel giudizio amministrativo.

legittimazione al ricorso, denunciano la (o muovono dalla denuncia della) "crisi" dei controlli amministrativi e i limiti sempre maggiori, di tempo e di spazio, che incontra l'autotutela amministrativa, nella convinzione che molto spesso, complice anche l'oblio dei ricorsi amministrativi e l'assenza di validi rimedi alternativi, la sola via per rimediare agli errori, anche gravi, delle amministrazioni pubbliche sia quella giurisdizionale", mentre con riferimento all'interesse a ricorrere invece si evidenzia che "il codice del processo amministrativo fa più volte riferimento, direttamente o indirettamente, all'interesse a ricorrere: all'art. 35, primo comma, lett. b) e c), all'art. 34, comma 3, all'art. 13, comma 4-bis e, in modo più sfumato, all'art. 31, primo comma, sembrando confermare, con l'accentuazione della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e l'arricchimento delle tecniche di tutela, la necessità di una verifica delle condizioni dell'azione (più) rigorosa. Verifica tuttavia da condurre pur sempre sulla base degli elementi desumibili dal ricorso, e al lume delle eventuali eccezioni di controparte o dei rilievi *ex officio*, prescindendo dall'accertamento effettivo della (sussistenza della situazione giuridica e della) lesione che il ricorrente afferma di aver subito. Nel senso che, come è stato osservato, va verificato che "la situazione giuridica soggettiva affermata possa aver subito una lesione" ma non anche che "abbia subito" una lesione, poiché questo secondo accertamento attiene al merito della lite".

106 Si v. *ex multis* Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5296; TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 16 novembre 2018, n. 11460; si tratta di un'evoluzione piuttosto recente se si considera che in passato si reputasse del tutto "eccezionale" che la legge riconoscesse agli enti territoriali minori (province comuni) la legittimazione a rappresentare in giudizio gli interessi generici della propria cittadinanza eventualmente toccati da provvedimenti amministrativi così, A. M. SANDULLI, *Manuale*, op. cit., 1420 con riferimento all'articolo 7 della l. 13 giugno 1907 n. 403 che come si è visto consentiva a tali enti di impugnare davanti al giudice amministrativo i provvedimenti prefettizi che autorizzavano l'attraversamento di strade e corsi d'acqua navigabili da parte di vie funicolari aeree".

107 In tal senso si v. Cons. St., sez. I, 30 settembre 2019, n. 2534.

Per comprendere quale sia l'ampiezza della situazione legittimante e se possa ricomprendere interessi "adespoti", collettivi o diffusi può tuttavia essere sufficiente considerare che l'azione giurisdizionale dell'Amministrazione rappresenta sempre un atto "politico" che (la cui decisione avviene per volontà dell'organo politico, e) nella maggior parte dei casi, è deliberato dalla Giunta (comunale, provinciale o regionale¹⁰⁸). Tale circostanza giustifica la possibilità per l'ente di richiedere la protezione (anche giurisdizionale) degli interessi della collettività di riferimento di cui l'ente ha la rappresentanza.

La tesi che si vuole affermare è che la legittimazione a ricorrere dell'Amministrazione è funzionale a far valere in giudizio il dissenso rispetto alla posizione assunta in via definitiva (ad esempio tramite un provvedimento amministrativo) da un'altra Amministrazione, qualora non vi siano altri strumenti di tutela (procedimentali) disponibili. Qualora invece tali strumenti vi siano, la legittimazione sussiste solo qualora il loro previo utilizzo comprometterebbe la pienezza della successiva tutela giurisdizionale¹⁰⁹.

In tali casi, infatti, la preclusione ad accedere al giudizio amministrativo si porrebbe in contrasto non solo con gli artt. 24, 100, e 113 della Costituzione, ma più specificatamente il suo art. 97 Cost..

108 Si v. sul punto Cass. civ., SS. UU., 16 giugno 2005, n. 12868; con riferimento al ricorso (in appello) del Sindaco non preceduto dalla delibera della Giunta Cass. civ., sez. trib., 11 dicembre 2015, n. 24996 che "quest'ultimo, infatti, trae la propria investitura direttamente dal corpo elettorale e costituisce, esso stesso, fonte di legittimazione dei componenti della giunta municipale, nel quadro di un sistema costituzionale e normativo di riferimento profondamente influenzato dalle modifiche apportate al Titolo 5 della Parte 2 della Costituzione dalla L. Cost. n. 3 del 2001, nonché di quelle introdotte dalla L. n. 131 del 2003, con ripercussioni anche sull'impianto del D.Lgs. n. 267 del 2000, il cui art. 50 indica il sindaco quale organo responsabile dell'amministrazione comunale e gli attribuisce la rappresentanza dell'ente (*ex multis* Cass. 21330/06)".

109 Si pensi al caso in cui una Regione o una Provincia autonoma per far valere il proprio dissenso rispetto alla determina finale della conferenza di servizi decidessero di percorrere la via dell'opposizione ex art. 14-*quinquies* l. n. 241/90 senza proporre ricorso giurisdizionale. Qualora l'esito infruttuoso della "fase di composizione" del procedimento conflittuale di opposizione rendesse necessario il superamento del conflitto ad opera del Consiglio dei ministri, il ricorso giurisdizionale contro la delibera di quest'ultimo soffrirebbe dei limiti del sindacato degli atti di "alta amministrazione". La tutela del dissenso in sede giurisdizionale sarebbe dunque molto meno soddisfacente rispetto alla impugnazione diretta della determina finale della conferenza, che pur soffrendo i limiti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa, non scontrerebbe l'ulteriore ostacolo della insindacabile componente politica insita nella decisione del Consiglio dei ministri.

Quanto alla situazione legittimante, l'Amministrazione può ricorrere a tutela delle proprie funzioni amministrative che si ritengano lese dal provvedimento di un'altra Amministrazione. Tale azione trova fondamento diretto, oltre che nell'art. 97, secondo comma, della Costituzione, nella differenziazione amministrativa delle funzioni effettuata dagli artt. 114, e 118, secondo comma, della stessa Carta¹¹⁰.

A tale posizione si aggiunge quella in rappresentanza degli interessi "adespoti" in funzione di tutela della collettività territoriale quale espressione della rappresentanza politica dell'Amministrazione che trova la propria base nello stesso principio democratico.

In linea generale, si può quindi affermare che la tutela giurisdizionale del dissenso dell'Amministrazione è condizionata (i) all'inesistenza di un "procedimento conflittuale" o, se esistente alla dimostrazione che il suo previo esperimento pregiudichi l'eventuale successiva tutela giurisdizionale del dissenso ("presupposto processuale"); (ii) alla lesione, concreta e attuale, di una funzione amministrativa che l'ordinamento attribuisce all'Amministrazione o di determinati interessi della collettività territoriale di riferimento. Seguendo, *mutatis mutandis*, l'impostazione da ultimo affermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, anche all'Amministrazione è consentito agire in giudizio sulla base della prospettazione che la funzione e gli interessi che intende proteggere "possano" aver subito una lesione dal provvedimento impugnato, ma non anche che "abbiano subito" una lesione, in quanto questo secondo accertamento attiene al "merito" della lite¹¹¹.

La risoluzione delle liti tra Amministrazioni rappresenta, anzitutto, una funzione (per nulla nuova) ma senz'altro "atipica" per il processo amministrativo le cui regole, come noto, sono state costruite per tutelare i soggetti privati nei confronti del potere pubblico. Il processo amministrativo sembra, tuttavia, adattarsi senza particolari problemi anche alla risoluzione delle liti tra autorità

110 L. DE LUCIA, *Le funzioni di province e comuni nella Costituzione*, Riv. trim. dir., pubb., 2005, 1, 23.

111 Si v. Cons. St., ad. plen. 22/2021, cit..

pubbliche. Il giudizio cautelare diviene spesso uno strumento propulsivo per la risoluzione delle liti tramite tecniche - *mutatis mutandis* - di *remand* già note che consentono alle Amministrazioni di trovare altrove una soluzione maggiormente condivisa.

In assenza di altri strumenti, l'Amministrazione deve poter ricorrere al giudice amministrativo (o, in alternativa, utilizzare la via del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica) per la tutela delle proprie funzioni amministrative o per la protezione di interessi appartenenti alla propria collettività territoriale (siano essi diffusi o collettivi¹¹²). In entrambi i casi l'indagine del giudice, in punto di legittimazione, appare piuttosto agile. Nel primo caso, infatti, si attesta sulla mera sussistenza della funzione amministrativa che si assume lesa, nel secondo trova il proprio fondamento nella stessa qualità dell'Amministrazione come "ente esponentiale" degli interessi della propria collettività territoriale. Con riferimento a tale seconda ipotesi non si rinvergono particolari problemi circa il "filtro" degli interessi che possono essere difesi in giudizio. Il giudice non dovrà verificare che la tutela dell'interesse difeso dall'Amministrazione "ridondi anche in un materiale ed effettivo vantaggio per tutti i singoli componenti della comunità"¹¹³, dovendosi fermare al fatto che l'azione concretizza una decisione politica della stessa Amministrazione.

Ciò conferma anzitutto che la natura pubblica dell'interesse delle Amministrazioni ricorrenti non muta la funzione e la natura del processo amministrativo che, anche in queste controversie, rimane volto all'esclusiva tutela di interessi (i.e. alla "funzione" amministrativa o della collettività) propri o convergenti nell'Amministrazione che propone l'azione giurisdizionale¹¹⁴.

112 Si v. per tutti G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, in EdD., Annali, VII, Milano, 2014, 513. C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 39.

113 Esclude del resto che tale valutazione sia richiesta rispetto alle associazioni Cons. St., ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6, con nota di S. MIRATE, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 4, 520.

114 In tal senso rispetto alla legittimazione a ricorrere dell'Amministrazione si v. E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, 10, 2198, dove prosegue affermando che "Il giudice, di fronte ad una domanda di annullamento, deve esprimere, se pur a volte implicitamente, un giudizio di "meritevolezza" dell'interesse di

Sotto il profilo strutturale, la natura pubblica delle Amministrazioni ricorrenti (e resistenti) non ha finora imposto una modifica delle regole del processo o l'ingresso di particolari deroghe.

Una sostanziale differenza sembra, tuttavia, cogliersi nell'atteggiamento del giudice amministrativo rispetto a tali liti conseguente alla consapevolezza della loro ontologica diversità rispetto a quelle tra privati e Amministrazione e del “peso” che assume la loro mancata risoluzione sull'ordinamento. Possibile notare che quando le parti del processo sono esclusivamente pubbliche l'approccio del giudice è spesso di tipo “pratico-sostanziale”, volto alla ricerca di una soluzione concreta e quasi mai formale (come dimostra il fatto che il giudice indugia molto meno nello scrutinio sulle condizioni dell'azione¹¹⁵), se non in merito al rispetto dei termini processuali.

A differenza di quanto avviene rispetto all'impugnazione degli atti di “alta amministrazione”, a prescindere dal tasso di discrezionalità della decisione contestata, il sindacato del giudice amministrativo, sembra, senz'altro più penetrante in quanto volto alla ricerca di una soluzione quanto più possibile “strutturale”, volta ad agevolare la risoluzione, in radice, del “conflitto amministrativo”¹¹⁶. Sembrano indirizzate in tal senso e dirette a guardare oltre la singola controversia, le decisioni che, ravvisano l'illegittimità dei provvedimenti nella violazione delle regole di partecipazione e del principio di leale collaborazione, volte a spingere le Amministrazioni non solo a superare la lite, ma, prima ancora, il “conflitto amministrativo” che

cui si fa portatore il ricorrente e cioè se è tutelato dall'ordinamento giuridico”.

115 Si v. sul punto M. SPASIANO, *I conflitti*, op. cit., 228 dove si riconduce tale diversità di atteggiamento (che assume le forme di un sindacato meno “rigoroso”) alla minore “diffidenza” che il giudice nutre verso l'Amministrazione che ricorre in giudizio rispetto ai soggetti privati; evidenza tale differente atteggiamento rispetto alle liti finanziarie S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*. Roma, 2020, 268.

116 Si v. sul punto M. SPASIANO, *I conflitti*, op. cit., 230; Id, *Il principio di buon andamento*, in (M.A. Sandulli, a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, III ed., 2021, 67, dove si evidenzia che il sindacato sull'eccesso di potere diviene uno strumento che consente alle Amministrazioni di “individuare” lo strumento più efficace di esercizio dell'azione.

c'è alla base. Sotto tale profilo il sindacato sull'eccesso di potere, tramite il parametro della leale collaborazione, costituisce un mezzo adeguato per trascinare le parti verso la risoluzione del conflitto amministrativo.

Va poi considerato un ulteriore e diverso profilo. Come noto, la disciplina della legittimazione incide e connota i caratteri della giustizia amministrativa nel nostro sistema¹¹⁷. Si è visto che l'Amministrazione agisce spesso in giudizio a tutela degli interessi della collettività con la conseguenza che le sue decisioni hanno un impatto significativo sulla (qualità della) vita della stessa comunità territoriale. Si tratta di un profilo di assoluta rilevanza e su cui si tornerà nella parte finale dello studio. Il sindacato sull'eccesso di potere da parte del giudice per quanto possa divenire penetrante rimane comunque, rispetto alla risoluzione del "conflitto amministrativo", un'arma spuntata, necessariamente confinata negli stretti limiti dei criteri di ragionevolezza e della proporzionalità. Si tratta di uno strumento che, per quanto utile e necessario, in mancanza di altri rimedi, mostra i limiti della giurisdizione quale sede "innaturale" di risoluzione dei conflitti amministrativi.

Gli enti locali si rivolgono al giudice amministrativo nella qualità di enti esponenziali della collettività di riferimento¹¹⁸

6. Osservazioni conclusive

All'inizio dell'indagine si è evidenziato che l'ordinamento costituzionale trascura la maggior parte degli "ordinari" conflitti amministrativi che si verificano al suo interno. I pochi strumenti a disposizione si rivelano di scarsa utilità. I "poteri sostitutivi" governativi, per il loro forte impatto "politico", sono utilizzati con massima prudenza e considerati una violenta "arma finale" di cui avvalersi solo in casi eccezionali (ma che, anche in situazioni eccezionali, come

117 Si v. M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 734, dove si evidenzia che "tanto più le maglie della legittimazione tendono ad ampliarsi, tanto più il sindacato del giudice diventa un controllo diffuso dell'esercizio del potere amministrativo".

118 Si v. da ultimo TAR Lazio, Roma, sez. IV-bis, 19 maggio 2022, n. 8472

la crisi sanitaria da Covid-19, non è poi stata sfruttata). Il limite è chiaro. A differenza degli “ordinari” procedimenti conflittuali che consentono al Consiglio dei ministri di superare i conflitti tra livelli di governo (come l’opposizione *ex art. 14-quinquies* l. n. 241/90), la sostituzione governativa, proprio per la rilevanza degli interessi che la giustificano, non è subordinata - come evidenziato dalla Corte costituzionale - all’esperimento di “reiterate trattative” e di più tentativi e proposte di mediazione potendo essere sufficiente, quale valido presupposto, il “fallimento” di una singola “operazione di mediazione” tra le parti. Si tratta a ben vedere di un “procedimento conflittuale” il cui utilizzo rischia di lasciare, in diversa misura, insoddisfatte entrambe le parti, immettendole in una dinamica “lose-lose”: il Governo per le ripercussioni negative derivanti dall’incapacità (non imputabile al solo potere esecutivo ma complessivamente allo “Stato-apparato”) di trovare una soluzione che eviti la sostituzione, l’ente “sostituito” per veder brutalmente “scavalcata” la propria posizione e invasa la propria autonomia, rispetto a questioni di primaria rilevanza (e impatto politico). La scarsa attrattività di tale strumento sembra pertanto destinarlo, al pari dell’annullamento straordinario governativo¹¹⁹, ad una intatta obsolescenza.

Risulta tuttavia più grave la mancanza di strumenti idonei a risolvere gli “ordinari” conflitti amministrativi tra livelli di governo. Carenza che, si è visto, determina non solo una sostanziale “fuga dalla Costituzione”, ma, nei casi più gravi, la sua violazione o, peggio, disapplicazione tramite l’utilizzo di strumenti “atipici”, quali le ordinanze contingibili e urgenti, strategicamente impiegate dagli organi di governo regionale, provinciale e comunale per derogare o ostacolare leggi o provvedimenti statali che incidono (anche) su diritti fondamentali (quali la salute, lo studio, etc.).

In assenza di procedimenti specifici che, anche per il tramite di adeguate tecniche di mediazione, consentano alle parti di trovare una composizione del conflitto, le Amministrazioni sono “costrette” ad elaborare singolari “strategie”

119 Rispetto a cui si è evidenziato un utilizzo nella prassi piuttosto “prudente”, si v. sul punto la casistica in S. TRANQUILLI, *Il Malum discordiae*, op. cit., 107.

(spesso dal fine ostruzionistico) per far valere la propria posizione di dissenso. Si assiste, con evidenza, ad un numero crescente di provvedimenti amministrativi che poggiano su “ragioni politiche”¹²⁰. L'adozione di tali atti nella maggior parte dei casi richiede l'intervento (rapido) del giudice (amministrativo), invocato da una delle parti o da terzi (imprese o cittadini) pregiudicati dal conflitto rimasto irrisolto. La sua trasformazione in lite, come si è detto e si evidenzierà meglio di seguito, non sempre risolve il “conflitto amministrativo” ma, al contrario, rischia di acutizzarlo e renderlo “ciclico”.

La necessità di un intervento rapido per risolvere la lite mostra, a sua volta, i problemi che derivano dalla mancanza di una chiara segnaletica al “bivio” (ormai affollatissimo) tra giudice costituzionale e amministrativo.

Sembra legittimo allora interrogarsi sul ruolo che può continuare a rivestire nell'ordinamento contemporaneo il “conflitto di attribuzione” costituzionale, ormai messo in “ombra” della “concorrenza” del giudizio amministrativo che nella sua continua dinamicità (strutturale e funzionale) è divenuto lo strumento maggiormente appetibile per le Amministrazioni.

Non sono mancate voci che in passato ne hanno proposto la soppressione¹²¹, ma, come è emerso, non sembra questa la via migliore da percorrere. La Corte – per la sua specifica funzione nell'ordinamento – dovrebbe mantenere il ruolo di (unico) giudice delle liti dal “tono” costituzionale evitando così, come avevano ben chiaro i Costituenti, che la “carica politica” di tali controversie travolga le giurisdizioni comuni, *in primis* il giudice amministrativo.

Per evitare che la stretta porta di accesso al conflitto di attribuzione e la mancanza di una tutela cautelare immediata portino alla sua obsolescenza occorrerebbe reconsiderarne la “struttura” proprio per lasciarne intatta la “funzione”.

120 Sulla necessità di distinguere gli “atti politici” da quelli con una “ragione politica” si v. A. TRAVI, *Avvio della procedura per un'intesa con una confessione acattolica e tutela giurisdizionale*, commento a Corte cost., sentenza 10 marzo 2016, n. 52, in *Foro it.*, 2016, 6, 1957

121 Si v. per una sintesi di tali opinioni S. GRASSI, op. ult. cit..

Diversamente da quanto avveniva in passato, infatti, è difficile oggi che i conflitti sulle attribuzioni e le competenze nascano solo da una loro formale usurpazione o dal loro mancato esercizio (rispettivamente quello che le principali trattazioni sul tema definivano conflitto “positivo” e “negativo”). Il contrasto non si verifica più solo qualora un’Amministrazione violi frontalmente una regola sulla competenza (invadendo quella di un’altra Amministrazione), ma anche in quei casi in cui, pur non essendo formalmente violata o usurpata tale regola, vengano violate le garanzie procedurali che dovevano assistere lo svolgimento del procedimento (*i.e.* il principio di leale collaborazione) oppure, in assenza di un procedimento, la decisione (che coinvolge interessi comuni) sia stata adottata senza l’instaurazione di un dialogo collaborativo.

Emergono più chiaramente così due problemi. Il primo è che, come detto, il giudizio costituzionale pur essendo solo una possibile sede per la risoluzione dei conflitti sulle attribuzioni, in quanto l’ordinamento non pone su di essi una “riserva di giurisdizione”, diviene di fatto – in mancanza di “procedimenti conflittuali” ordinari per la risoluzione dei conflitti tra livelli di governo – l’unica sede in cui essi possono essere risolti. Il secondo problema è che i suoi limiti strutturali gli impediscono di compensare la mancanza di “procedimenti conflittuali”.

Si dovrebbe allora ritornare a riflettere sull’invito rivolto tempo fa al legislatore dalla Corte costituzionale¹²², ma rimasto sottotraccia negli studi di diritto amministrativo, volto a delineare dei procedimenti «parzialmente innovativi» che consentano alle Amministrazioni di risolvere il conflitto senza dover necessariamente affidarsi al giudice.

La costruzione di nuovi «procedimenti conflittuali» tra livelli di governo, improntati alla leale collaborazione, avrebbe due benefici. In primo luogo, agevolerebbe la risoluzione del conflitto evitando la sua ciclica ripetizione nell’ordinamento e la sua trasformazione in lite “a carico” del giudice ammini-

¹²² Si v., in particolare, Corte cost., n. 383/2005.

strativo. In secondo luogo, potrebbe contribuire a dare una nuova veste al conflitto di attribuzione più confacente alla sua funzione. Ad esempio, la previsione di procedimenti conflittuali “ibridi” di ordine costituzionale che condizionino l’accesso al conflitto di attribuzione al previo esperimento di uno o più tentativi di conciliazione¹²³ tra le posizioni della parti («fase di composizione»), potrebbe consentire alla Corte di recuperare il suo ruolo di interlocutore primario tra i livelli di governo e al contempo funzionare da “filtro” per tutte quelle liti che, come si è visto, “cessano” prima ancora che si celebri l’udienza per la funzione “conciliativa” che esercita la sola proposizione del ricorso.

Come evidenziano alcuni studi sociologici «gestire il conflitto» significa osservarne lo sviluppo, la posizione assunta dalle parti nella sua dinamica evolutiva evitando di concentrarsi esclusivamente sulla risoluzione dello stesso¹²⁴. Si è evidenziato che, se rimane “irrisolto” il conflitto può portare ad una decisione che viene più facilmente disattesa o che si riproduce in futuro. Non è del resto infrequente che l’intervento del giudice generi, esso stesso, nuovi “conflitti” o comunque non precluda che ne insorgano di nuovi dello stesso tipo. Il fatto che ci sia stato un giudizio potrebbe di per sé acuire il conflitto senza definire le ragioni alla base. Il sistema dei conflitti finisce così per rimanere - come è stato con avversione evidenziato - “un cerchio che si richiude” ma con esiti per nulla soddisfacenti¹²⁵: Occorre allora esaminare le ripercussioni che ha sull’ordinamento la mancata definizione del conflitto nella sede amministrativa e il relativo passaggio – per scelta dell’Amministrazione o del privato - dinanzi all’organo giurisdizionale.

Senza qui soffermarsi su questioni più prettamente legate alla sociologia del processo, ci si limita qui a richiamare la tesi secondo cui il ricorso ad un “terzo” che ha la possibilità di emettere una decisione vincolante, quale il giudi-

123 Sulla compatibilità costituzionale di meccanismi conciliativi che condizionano l’accesso al giudice, si v. F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo, Contributo allo studio delle tutele nei confronti delle pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017. cit., 366 ss., anche per i puntuali e completi richiami di dottrina e giurisprudenza.

124 O. G. CHASE, *Gestire i conflitti*, Diritto, cultura, rituale, Bari, Laterza, 2009, 12 ss..

125 E. RESTA, *Conflitti sociali*, op. cit., 28.

ce, aumenta considerevolmente la complessità del conflitto. Questo avviene per diverse ragioni. Il giudice infatti non conosce, se non per come la prospetteranno le parti, la situazione conflittuale iniziale e il fatto stesso di doversi affidare a lui aumenta l'incertezza e quindi acutizza il conflitto¹²⁶. Per tale motivo Luhmann afferma che è sbagliato ritenere che il processo risolva il conflitto: esso al più consente di giungere ad una decisione vincolante e quindi di ristabilire le aspettative che può avanzare una parte rispetto all'altra. Ciò provoca due problemi. Da una parte come è stato da più parti affermato giurisdizionalizzare i conflitti può comportare la politicizzazione dell'attività giurisdizionale¹²⁷. D'altra parte, può determinare una consistente immobilizzazione dell'ordine sociale in quanto il conflitto, se irrisolto, tenderà ciclicamente a ripetersi.

Se, dunque, la definizione della lite non appare in alcun modo lo strumento migliore per risolvere definitivamente il conflitto amministrativo occorre riflettere su strumenti alternativi al ricorso giurisdizionale. Se, come si è visto, in alcuni casi tali rimedi seguono un preciso ordine deciso dall'ordinamento, prevedendo che il ricorso al giudice costituisca un rimedio sussidiario, azionabile solo in caso di fallimento del previo dialogo e dell'opera di mediazione del terzo, nei restanti casi l'ordinamento non prevede alcuna gerarchia tra i rimedi.

La giurisprudenza amministrativa in alcuni casi condivisibilmente riconosce che l'azione giurisdizionale costituisca l'*extrema ratio*, percorribile solo all'esi-

126 N. LUHMANN, *Conflitto e diritto*, op. cit., 16, dove si afferma che “Non è certo in favore di chi lo deciderà: il terzo fattore può essere un testo (ancora sconosciuto o da interpretare) o un ufficio informazioni o un arbitro, un intermediario o un giudice, che ha la possibilità di emettere decisioni vincolanti; in ogni caso esso aumenta l'incertezza dell'aspettativa di entrambe le parti, poiché ognuna oltre che con il comportamento dell'avversario, deve fare i conti anche con qualcos'altro, e pertanto non può sapere con sicurezza neanche come l'avversario si atteggerà rispetto a questo terzo fattore (...) l'incertezza introdotta da un terzo si dispone in certo qual modo trasversalmente rispetto all'apertura tematica e strategica del conflitto. Una esternazione del conflitto in direzione di terzi fattori o di un terzo che si inserisce mette in gioco possibilità supplementari. Il gioco stesso o il terzo non sarà da parte sua tematicamente neutrale”.

127 C. SCHIMTT, *Il custode*, op. cit., 41.

to dell'infruttuoso esperimento dei tentativi volti a stabilire spontaneamente una positiva cooperazione¹²⁸.

Sotto tale profilo appare ancor più valido se applicato alle controversie tra Amministrazioni, il principio recentemente espresso con riferimento alle controversie tra Amministrazione e privato secondo cui la crisi di cooperazione non può risolversi in una defatigante alternanza tra procedimento e processo, con grave dispendio di risorse pubbliche e private¹²⁹. L'azione giurisdizionale dell'Amministrazione dovrebbe trovare giustificazione, pertanto, solo se non è più possibile avviare forme di dialogo tra Amministrazioni, al di fuori del processo¹³⁰.

Il principio è ben espresso dal giudice amministrativo spesso impropriamente chiamato a risolvere i contrasti interni tra organi degli enti locali. In tali casi la giurisprudenza afferma che il ricorso non dovrebbe costituire uno strumento per far valere il dissenso rispetto alle decisioni dell'organo politico¹³¹. Salvo alcune oscillazioni giurisprudenziali rimaste isolate¹³² e qualche incerta

128 TAR Friuli Venezia Giulia, n. 340/2018, cit. si è affermato che “esauriti i procedimenti volti a coordinare le attività di ciascun ente, ed esclusa l'emissione di provvedimenti dotati di effetti sostanzialmente disapplicativi dell'atto che si pone in conflitto, la inevitabile risoluzione giustiziale del conflitto, insorto tra i livelli di governo in ambito regionale, richiede la formale instaurazione dell'azione avverso specifici atti e comportamenti che avrebbero dato luogo ad altrettanto specifiche lesioni (o invasioni) degli spazi di autonomia pertinenti al Comune (assicurati sin dagli artt. 5, 114, comma 2 e 118 Cost.)”.

129 TAR Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 3 agosto 2020, n. 8956; il principio è stato affermato da Cons. St., ad. plen., 25 settembre 2020, n. 21.

130 TAR Emilia-Romagna, sez. I, 6 aprile 2016, n. 394.

131 Cons. St., sez. V, 21 marzo 2012, n. 1610, “l'omissione o il ritardo nel fornire ai consiglieri dell'ente locale gli atti presupposti ad una proposta di delibera non costituisce lesione del diritto allo “*ius ad officium*” e quindi non legittima il consigliere alla proposizione del ricorso, restando la sua tutela affidata all'espressione a verbale del proprio dissenso”.

132 TAR Puglia, Lecce, sez. I, 24 febbraio 2010, n. 622; Id., Sicilia, Palermo, sez. I, 15 dicembre 2010, n. 14310, in cui il Collegio ha accolto l'orientamento giurisprudenziale (minoritario) secondo cui “oltre al tradizionale riconoscimento della legittimazione dei consiglieri comunali ad agire in giudizio ove vengano in rilievo atti incidenti in via diretta sul diritto all'ufficio, deve riconoscersi loro un'analogia potestà nei casi in cui venga contestata sotto altri profili (...) la legittimità dell'azione degli organi politici dell'ente di appartenenza” (TAR Puglia, Lecce, sez. II, 21 febbraio 2005, n. 680) in questo caso “i rimedi giurisdizionali, doppiano quelli politico-amministrativi, presupponendo come questi ultimi la medesima funzione di controllo, tipica del Consiglio comunale e riguardante casi di vera e propria legittimità e non di mera opportunità politica latamente intesa” (TAR Puglia, Lecce, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 1306). L'orientamento appena segnalato si fonda in sintesi sui seguenti presupposti: in primo luogo, l'abolizione del controllo dei controlli preventivi di legittimità per mano della novella costituzionale del 2001

apertura a tutela di diritti costituzionali di genere¹³³ la giurisprudenza è costante nel riconoscere che gli organi degli enti territoriali sono legittimati ad esercitare l'azione giurisdizionale per la tutela del proprio *ius ad officium*, ma non per esercitare un "controllo generalizzato, con funzione paragiurisdizionale", sulla vita dell'ente locale "in nome di un astratto principio di legalità, promuovendo così un'inammissibile azione popolare di tipo oggettivo"¹³⁴.

Si è così ripetutamente affermato che "il giudizio amministrativo non è di regola aperto alle controversie tra organi o componenti dello stesso ente, ma è diretto a risolvere controversie intersoggettive"¹³⁵ e che pertanto "non è con-

"indurrebbe a prefigurare, quasi in via di compensazione, un ampliamento del controllo in sede giurisdizionale, attraverso un più esteso riconoscimento della legittimazione a ricorrere dei consiglieri di minoranza. In particolare, l'eliminazione dei controlli eteronomi - pur dovuta al sostanziale fallimento legato alla loro esperienza - non esclude secondo autorevole dottrina che, in un'ottica di riorganizzazione e riassetto del sistema delle autonomie locali, non possano essere individuate "forme di controllo diverse ed ulteriori, purché per queste ultime sia rintracciabile in Costituzione un adeguato fondamento normativo o un sicuro ancoraggio a interessi costituzionalmente protetti" (cfr. Corte cost., sent. n. 29 del 1995). Fondamento che, nella specie, sarebbe senz'altro rinvenibile negli artt. 97, 113 e 125 Cost.. D'altra parte, se l'obiettivo è quello di reperire in questa fase di transizione istituzionale ulteriori modalità di sindacato (risultando impensabile che la suddetta eliminazione comporti altresì una indefinita sottrazione degli enti locali da qualsivoglia forma di controllo esterno), tra queste ben possono annoverarsi i rimedi esercitabili davanti agli organi di giustizia amministrativa". In secondo luogo, ciascun consigliere comunale conserva uno specifico interesse personale ad impedire, con ogni mezzo consentito dall'ordinamento, a che l'organo politico di riferimento istituzionale non agisca, formalmente o sostanzialmente, in violazione di legge. In terzo luogo, mediante la pretesa alla legittimità dell'azione degli organi comunali il singolo consigliere agisce altresì a tutela della propria immagine, così coltivando l'interesse morale a ricorrere quale componente di una istituzione che - nel complesso - opera nel rispetto della legge (TAR Puglia, Lecce, sez. I, 12 maggio 2006, n. 2573).

133 TAR Calabria, Catanzaro, 2 agosto 2018, n. 1508; Id., 17 settembre 2019, n. 1578. Parimenti non risulta condivisibile l'eccezione di difetto di legittimazione attiva sollevata dalla difesa comunale, risultando invero dirimente osservare come la ricorrente (...) sia da ritenersi portatrice di un interesse diretto concreto ed attuale in quanto appartenente al genere sottorappresentato nella composizione giuntale e, quindi, legittimata ad agire per lesione dello *ius ad officium* da riconoscersi, secondo l'avviso del Collegio, a tutti i consiglieri comunali indipendentemente dall'appartenenza politica (schieramento di maggioranza o di opposizione, come nel caso di specie), ma contra TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 13 agosto 2018, n.1542, ha escluso la legittimazione del consigliere comunale a far valere la violazione dei principi della c.d. parità di genere non lede le prerogative dei ricorrenti, che dunque non sono legittimati, quali consiglieri comunali, a impugnare sotto tale profilo il provvedimento di nomina di un assessore comunale.

134 Cons. St., sez. III, 7 aprile 2014, n.1643.

135 TAR Veneto, sez. I, 21 marzo 2017, n. 285; Cons. St., 25 novembre 2019, n. 2937; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 marzo 2012, n. 152. Dove si afferma che "l'atto dell'organo collegiale può essere impugnato solamente dai soggetti suoi diretti destinatari, ma non da quelli che in qualche modo hanno partecipato alla sua stessa formazione, anche perché il consigliere comunale

sentito a un componente di un organismo adire alla giustizia amministrativa per dirimere un conflitto interorganico sorto all'interno del medesimo ente”.

Tale principio potrebbe *mutatis mutandis* essere esteso anche alle controversie intersoggettive per evitare che le Amministrazioni, quando il conflitto possa essere risolto nella sede politico-amministrativa, lo portino di fronte al giudice. Nel caso in cui esistano degli strumenti in grado di comporre il conflitto l'azione giurisdizionale dell'Amministrazione dovrebbe, dunque, sempre rappresentare un'*extrema ratio*. Qualora tali strumenti siano considerati insoddisfacenti occorre invece ripensarli.

Nel caso in cui invece non vi siano degli strumenti per risolvere il conflitto si potrebbero delineare dei “procedimenti conflittuali” il cui esperimento sia condizione di accesso al giudizio amministrativo.

Si è visto, infatti, che in molti casi il solo fatto di proporre ricorso produce un “effetto conciliativo”, spingendo le parti al dialogo, che consente il superamento del conflitto senza necessità di attendere l'intervento (nel merito) del giudice. Accade, in altri casi, che le parti della controversia temporeggino chiedendo rinvii della discussione per provare a raggiungere una soluzione condivisa nella sede amministrativa.

Rinvii (in astratto vietati e) e che se ripetuti, possono dilazionare eccessivamente la durata del processo tanto da costringere persino il giudice a dare un “ultimatum” alle Amministrazioni parti in causa, sollecitandole a prendere una decisione risolutiva della controversia pena la cancellazione della causa dal ruolo (e l'onere di dover dare nuovamente impulso al processo)¹³⁶. In molte ipote-

dispone sia in fase di discussione sia in fase di decisione di varie possibilità d'intervento e di tutela della propria funzione. Invero, in sede di consiglio comunale, organo collegiale e politico, le posizioni dei singoli consiglieri trovano la loro specifica tutela laddove l'attività giurisdizionale riguarda la sfera individuale del singolo soggetto, affatto diversa dalla sua posizione di membro di un collegio con il quale il rapporto è di immedesimazione”.

TAR Campania, Salerno, sez. I, 2 maggio 2017, n. 809; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 2165 (Consiglio di Stato, sez. V, 7 luglio 2014, n. 3446; TAR Calabria, Reggio Calabria, 18 luglio 2018, n. 429; Catanzaro, 20 luglio 2017, n. 1156; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 12 novembre 2015, n. 3269; TAR Sicilia, sez. I, 23 maggio 2012, n. 1029.

136 Si v. TAR Veneto, sez. I, ord. 30 aprile 2021, n. 556, relativa all'impugnazione proposta dal Ministero dei Trasporti contro una delibera del 2013 adottata dalla Giunta comunale di Vene-

si, si è visto, è già la decisione cautelare (e le indicazioni date dal giudice all'esito della relativa deliberazione sommaria) che permette alle parti di “tornare” nel procedimento e risolvere il conflitto.

Per evitare che il processo venga strumentalmente usato per avviare trattative extra-giurisdizionali si potrebbero allora costruire dei “procedimenti conflittuali” precontenziosi, condotti da esperti che abbiano competenze non solo giuridiche, ma anche nelle tecniche di mediazione, quali condizione di accesso al giudizio amministrativo.

zia in cui il TAR evidenzia che di fronte alla richiesta di un ulteriore rinvio procederà alla cancellazione della causa dal ruolo; TAR Veneto, sez. I, 1° marzo 2021, n. 268, dove si dà atto della richiesta delle parti di richiedere congiuntamente “un rinvio della trattazione della controversia “nell’auspicio che la tematica oggetto di ricorso possa trovare una risoluzione in via amministrativa”⁴⁴.

IPPOLITO PIAZZA

Ricercatore di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università di Firenze

ippolito.piazza@gmail.com

**L'IMPARZIALITÀ AMMINISTRATIVA COME DIRITTO.
OSSERVAZIONI SUL “RAPPORTO COMPLESSO” TRA
CITTADINI E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

**ADMINISTRATIVE IMPARTIALITY AS A RIGHT. SOME REMARKS
ON THE “COMPLEX RELATIONSHIP” BETWEEN CITIZENS AND
PUBLIC ADMINISTRATION**

SINTESI

Lo scritto ricostruisce l'oggetto e la natura di un “diritto” all'imparzialità amministrativa, sulla base dell'impostazione e degli argomenti analiticamente sviluppati nel volume *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo* (Maggioli, 2021). Una rilettura in chiave soggettiva dell'imparzialità, suggerita dagli sviluppi dell'ordinamento italiano e dal contesto europeo, può avere utili conseguenze sul piano applicativo, offrendo soluzione ad alcuni problemi che si pongono, per esempio, in materia di conflitto d'interessi o procedure concorsuali. Lo sforzo di individuare una pretesa individuale giuridicamente tutelata all'imparzialità consente altresì di riflettere sulla natura delle situazioni soggettive del privato nel rapporto con la pubblica amministrazione.

ABSTRACT

The paper examines the object and nature of an individual right to administrative impartiality, on the basis of the approach and arguments analytically outlined in *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo* (Maggioli, 2021). A subjective reinterpretation of impartiality, suggested by the developments in the Italian legal system and the European context, may have useful practical implications. The effort to identify an individual right to impar-

tiality also makes it possible to reflect on the nature of citizens' rights in their relationship with the public administration.

PAROLE CHIAVE: imparzialità, diritto soggettivo, interesse legittimo, procedimento, rapporto giuridico.

KEYWORDS: impartiality, individual right, legitimate interest, procedure, legal relationship.

INDICE: 1. L'imparzialità amministrativa come diritto: contesto europeo e peculiarità italiane. – 2. L'art. 97 Cost. e i percorsi del diritto all'imparzialità. – 3. Le conseguenze applicative della tesi proposta: dalla neutralità del decisore... – 4. (segue) alla imparzialità nell'acquisizione e ponderazione di interessi. La regola dell'anonimato nei concorsi... – 5. (segue) e la disparità di trattamento. – 6. Un contributo al dibattito sulle situazioni soggettive a partire dal diritto all'imparzialità. L'autonomia delle situazioni soggettive e la critica alla moltiplicazione dei diritti soggettivi. – 7. (segue) Il rapporto tra cittadino e amministrazione come rapporto giuridico complesso. – 8. Il "diritto" all'imparzialità e il ritorno all'interesse legittimo.

1. L'imparzialità amministrativa come diritto: contesto europeo e peculiarità italiane

Una nuova ricerca¹ sull'imparzialità dell'amministrazione richiede una premessa sulle sue ragioni e sui suoi obiettivi. La ricca bibliografia sul tema dovrebbe infatti sconsigliare chiunque si accinga alla prova, per il rischio di ripetere il già detto o di perdersi in uno dei tanti istituti che del principio costituiscono attuazione. Tuttavia, proprio nella letteratura sull'imparzialità amministrativa si può scorgere una linea di pensiero che è rimasta sotto traccia e che merita di essere approfondita: si tratta di guardare all'imparzialità dal punto di vista del cittadino e, dunque, di identificare una (o più d'una) pretesa giuridicamente tutelata ("diritto" in senso ampio) riconducibile al principio.

Nel nostro ordinamento l'imparzialità della pubblica amministrazione è naturalmente ricondotta all'art. 97 della Costituzione²: non a caso, l'idea di un "diritto all'imparzialità dell'amministrazione" si affaccia per la prima volta nel

1 Si fa riferimento a *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, pubblicato nel 2021 da Maggioli Editore, al quale si rinvia per gli approfondimenti, l'esposizione completa degli argomenti e per le indicazioni bibliografiche, che qui saranno limitate alle sole ritenute essenziali.

2 Si può immaginare che in un sistema democratico, pur in assenza di una previsione costituzionale espressa, l'imparzialità sarebbe comunque considerata un requisito necessario della pubblica amministrazione: in proposito v. F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1989, p. 1 e A. ROMANO, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, Monduzzi, 2001, p. 38.

commento di Carlo Esposito alle disposizioni costituzionali riguardanti la pubblica amministrazione. Benché la Costituzione non parlasse «di un diritto dei cittadini alla sovranità, alla legalità, alla imparzialità, agli interventi economici in generale», Esposito riteneva tuttavia che la stessa avesse «proclamata la necessità della imparzialità [...]» e avesse dunque dato «fondamento giuridico e riconoscimento legale a quelle pretese politiche» ed «elevato a diritti fondamentali ed inviolabili quelle pretese di fatto». Egli proseguiva quindi affermando che non fosse «né improprio né inesatto [...] parlare di diritti fondamentali dei cittadini alla democraticità, alla legalità, alla imparzialità o alla attività economica della P.A.»³. Le parole di Esposito erano rivolte in primo luogo al legislatore, che avrebbe dovuto realizzare le riforme necessarie a sostanziare quei diritti fondamentali: si trattava pertanto di affermazioni programmatiche ma connotate da un elemento decisivo. Per Esposito, infatti, «il riferimento implicito ma decisivo del principio [di imparzialità] sono gli individui, indipendentemente dalla qualificazione della loro “situazione giuridica”»⁴.

Tuttavia – nonostante la dimensione individuale non sia scomparsa⁵ – il “riferimento implicito” degli studi successivi sull'imparzialità non è più stato l'individuo (e il suo diritto), bensì l'amministrazione (e il suo potere)⁶, alla quale si è imputato il dovere di agire in modo imparziale verso i cittadini. Oggi i tempi sono maturi per ribaltare la primazia logica del potere rispetto all'individuo e ai suoi diritti e, dunque, per mutare il punto di osservazione (anche) sull'imparzialità: assodato che esista un dovere in capo all'amministrazione, la domanda diventa se e in che termini esista un diritto dell'individuo all'imparzialità⁷.

3 C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 249 s.

4 C. PINELLI, *Il “buon andamento” e l’“imparzialità” dell'amministrazione*, in *La pubblica amministrazione*, Commentario della Costituzione Branca-Pizzorusso, Bologna, Zanichelli, 1994, p. 179.

5 A titolo di esempio, v. S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973, spec. p. 58 s.; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, cit., p. 5.

6 Sul problema in generale, v. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, supplemento 2016, p. 11 ss.

7 In linea con un filone di pensiero che, muovendo all'idea di un rapporto paritario – di fronte alla legge – tra amministrazione e privati, ne ricostruisce le relazioni in termini di rispettivi obblighi e diritti: in tal senso, e con un riferimento specifico all'imparzialità, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 334 ss.

Da una parte, infatti, la pretesa dell'individuo all'imparzialità non sconta più quella difficoltà di riconoscimento ed emancipazione dall'interesse pubblico che emergeva nelle ricostruzioni dottrinali dei decenni passati: ne è un sintomo la frequenza con cui l'espressione "diritto all'imparzialità" ricorre nella letteratura più recente⁸. D'altra parte, una prospettiva che metta al centro l'individuo e i suoi diritti è rafforzata dal confronto con il diritto europeo⁹ e, in particolare, con l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che stabilisce che «Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione». Senza sopravvalutare il dato formale della qualificazione in termini di "diritto"¹⁰,

8 Si vedano, per esempio, C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione. Contributo allo studio dei rapporti tra politica ed amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 42, G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 110, F. VETRÒ, *Il principio di imparzialità*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 94 ss.

9 Sottolineano l'inversione determinata dal diritto europeo nel diritto amministrativo, quale conseguenza del rafforzamento del ruolo della *iurisdictio*, A. BARTOLINI, S. FANTINI, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017, p. 51 e p. 112 s.: «Si viene così, ad invertire, uno dei caratteri fondativi del diritto amministrativo: se, difatti, il diritto amministrativo nasce in Francia per abbattere i particolarismi feudali impiegando la forza dello Stato esercitata dalla moderna burocrazia, oggi, invece, il compito di opporsi ai particolarismi, incarnati dagli Stati e dalle autorità nazionali, è affidato agli individui ed alla *iurisdictio*. La giustificabilità dei diritti è la chiave di volta per affermare la signoria del diritto europeo». In tema, si veda anche A. BARTOLINI, *Le situazioni soggettive procedurali di derivazione europea: problematiche di ordine interno*, in AA.VV., *Procedura, procedimento, processo*, Atti del Convegno, Urbino 14 e 15 giugno 2007, Padova, Cedam, 2010, p. 401 ss.: «nel diritto comunitario risulta prevalente l'interesse a tutelare i diritti fondamentali dell'individuo nei confronti dell'amministrazione, anziché indicare i canoni regolatori della funzione amministrativa, come avviene, invece, nella legge generale sul procedimento [...] [n]el diritto comunitario viene, quindi, posto al centro l'individuo, mentre nella nostra tradizione è ancora centrale il potere».

10 È noto infatti che la stessa Carta opera una distinzione tra "principi" e "diritti" nel titolo dedicato alle cosiddette "clausole generali": in particolare, in base all'art. 51, i diritti «si rispettano» mentre i principi «si osservano». La distinzione è ulteriormente specificata nell'art. 52, che, da un lato, chiarisce i modi di esercizio dei diritti e, dall'altro, stabilisce invece che le disposizioni della Carta contenenti principi possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi e possono essere «invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti» (in proposito, si vedano i recenti scritti di E. CAVASINO, *Diritti e principi nello spazio giuridico europeo dei diritti fondamentali: un aspetto dell'esperienza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2020, p. 561 ss. e A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 149 ss.). Anche con riguardo alla "buona amministrazione" si è posto il dubbio sulla qualificazione in termini di diritto o principio. Se, infatti, l'art. 41 si esprime in termini di "diritto", altrettanto non fanno (almeno non chiaramente) le Spiegazioni elaborate per fornire orientamenti interpretativi della Carta (citare nel preambolo e nell'art. 52): in esse, a proposito dell'art. 41, si fa infatti riferimento a quella giurisprudenza che «ha consacrato segnatamente la buona amministrazione come principio generale del diritto». Tuttavia, a favore della natura di diritto della "buona amministrazione" si può rilevare che esso non sia solo enunciato dalla Carta ma altresì

ciò che interessa rilevare è anche qui l'affermazione «*inequivocabile [del]la centralità del primo (l'individuo) nei confronti della seconda (la pubblica amministrazione) nel senso che è il contenuto delle sue pretese a riverberarsi sulle modalità di svolgimento della funzione amministrativa e non il contrario*»¹¹.

Se dunque la ricerca si lega a un contesto europeo¹² nel quale l'imparzialità è vista come contenuto di un diritto del cittadino, sono però da considerare le peculiarità dell'ordinamento italiano, nel quale non può semplicemente parlarsi di "diritto" nei confronti dell'amministrazione ma occorre tener conto della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo. In tal senso, la ricerca sull'imparzialità può dare un contributo a quel dibattito che, di là dai ravvicinamenti tra le due situazioni soggettive e tra le posizioni dottrinali, è ben lungi dall'essere sopito¹³.

Un simile punto di osservazione sull'imparzialità consente di raggiungere un altro obiettivo, di più immediata portata applicativa. Sono ancora numerosi i

sostanziato in una serie di micro-diritti (diritto al trattamento equo e imparziale, diritto di accesso, ...), che le stesse Spiegazioni descrivono come «*espressioni*» del diritto alla buona amministrazione, derivate dalla giurisprudenza.

11 A. ZITO, *Il "diritto" ad una buona amministrazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 430 s., ove si legge ancora: «*Insomma la dimensione con la quale ancora nella nostra Carta costituzionale si è guardato all'amministrazione è quella dell'esercizio del potere piuttosto che quella dello svolgimento di un servizio o di una missione nei confronti del cittadino*».

12 Si veda in proposito anche la codificazione francese del procedimento amministrativo, costruita come *Code des relations entre le public et l'administration*, e dunque come disciplina delle relazioni fra cittadino e pubblica amministrazione più che degli aspetti strutturali del procedimento, come rileva D.U. GALETTA, *Attività e procedimento nel diritto amministrativo europeo, anche alla luce della risoluzione del Parlamento europeo sulla disciplina del procedimento per istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 406.

13 Come dimostrano, oltre al fondamentale volume di F.G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017 (sul quale si vedano anche gli interventi raccolti in S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, Giappichelli, 2019), le recenti monografie di P. COTZA, *L'"interesse legittimo" alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, Esi, 2017, M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa "Per una piena realizzazione dello Stato di diritto"*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017 e A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, Giappichelli, 2020 (a proposito di quest'ultimo lavoro si vedano gli interventi di F.G. SCOCA, V. CERULLI IRELLI, M. TRIMARCHI, E. ZAMPETTI nel numero 2/2021 di questa *Rivista*). Sul tema si rinvia inoltre a L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 723 ss.

casi nei quali l'azione di annullamento risulta piegata alla tutela dell'interesse pubblico alla imparzialità dell'amministrazione, più che alla tutela di una situazione giuridica soggettiva, secondo un modello che non sembra sostenibile alla luce dell'attuale disciplina del processo amministrativo. L'individuazione di una pretesa individuale all'imparzialità consente invece, da un lato, di escludere l'annullamento dell'atto quando questo non sia lesivo dell'interesse del ricorrente e, dall'altro, di arricchire il contenuto delle pronunce giurisdizionali quando l'amministrazione non abbia adempiuto a un obbligo riconducibile all'imparzialità.

Prima di soffermarsi sulle ricadute applicative (§§ 3-4-5) e su quelle (anche) teoriche (§§ 6-7-8) della tesi proposta, si darà brevemente conto (§ 2) del perché l'imparzialità costituisca un principio particolarmente adatto per tentarne una ricostruzione in termini di "diritto" (operazione che si ritiene ben possibile e, perché no, auspicabile rispetto ad altri principi) e di come ne siano strutturati i contenuti.

2. L'imparzialità dalla Costituzione alla legislazione. Le figure del diritto all'imparzialità

Il fondamento del discorso sull'imparzialità nell'ordinamento italiano è, come detto, l'art. 97 della Costituzione, che dà al principio un riconoscimento espresso, stabilendo che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell'amministrazione. È stato detto che si tratta di una «*base normativa tanto autorevole quanto fragile*»¹⁴, dal momento che la Costituzione non dà sostanza al principio ma l'imparzialità è indicata, soltanto, come il fine cui deve tendere l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, insieme col buon andamento. Si tratta però di una fragilità voluta: non era intenzione dei costituenti andare oltre a «*brevi accenni*», perché «*un testo di costituzione non poteva dire di più*»¹⁵; il principale

14 F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, cit., 1.

15 Le citazioni sono tratte dalla relazione di M. RUINI sul progetto di Costituzione presentata all'Assemblea costituente, reperibile sul sito della Camera (legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/ddl/00Anc.pdf); aggiungeva comunque Ruini che «*si avverte da tutti il bisogno che il*

obiettivo era del resto quello di arginare le possibili ingerenze politiche sulla pubblica amministrazione sperimentate negli anni precedenti¹⁶, pertanto non può sorprendere che il tema dell'imparzialità dell'amministrazione fosse riguardato essenzialmente nel suo risvolto politico. Non era immaginabile quindi che il testo costituzionale considerasse già l'imparzialità anche nella sua dimensione "positiva" (non solo cioè come assenza di ingerenze ma anche come necessaria considerazione degli interessi rilevanti nell'attività amministrativa).

Il giurista non può però fermarsi alla considerazione del dato storico ma deve riconoscere che, a livello di impatto ordinamentale, proprio la vaghezza del dettato costituzionale ha consentito l'espansione del principio di imparzialità, rimettendo al legislatore e all'interprete il compito di attribuirgli un significato¹⁷. È quindi possibile, anche alla luce di quanto osservato nelle pagine precedenti, dare una lettura in chiave "soggettiva" dell'art. 97 Cost. In primo luogo, evitare il rischio di ingerenze della politica sull'amministrazione ha, tra i suoi fini e tra le sue conseguenze, quello di far sì che da tali ingerenze non derivino abusi ai cittadini e alla loro sfera giuridica. Ciò risulta chiaramente già nella dottrina più risalente, laddove si osservava che, diversamente dal buon andamento, l'imparzialità «*attiene più propriamente all'elemento soggettivo dell'ufficio in relazione al retto esercizio delle funzioni amministrative al fine di evitare che dalla costituzione degli uffici sia aperta la possibilità di abusi da parte dell'autorità nei confronti dei cittadini*»¹⁸. In secondo luogo, l'idea di un diritto all'imparzialità si ricava dalla disposizione costituzionale dell'art. 97 presa nella sua interezza. Infatti, oltre all'interpretazione

Paese sia bene amministrato, che lo Stato non sia solo un essere politico, ma anche un buon amministratore secondo convenienza e secondo giustizia. E si sente la tacita invocazione ad una riforma profonda e semplificatrice».

16 Se ne ha conferma anche in M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1988, p. 90: «*storicamente [il principio di imparzialità] si afferma nell'ordinamento inglese come regola di eliminazione della politicità indotta nella funzione amministrativa dalla presenza del potere governativo compresente ai suoi vertici, ed in questa accezione si può dire sia stato, più che regolato, sentito dall'Assemblea costituente*». In proposito, si veda anche S. LARICCIA, *Il principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni. Origini storiche e fondamento costituzionale*, in *Queste istituzioni*, n. 130-131, 2003, p. 145 ss.

17 In proposito, v. U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Cedam, Padova, 1996, p. 61.

18 M. CANTUCCI, *La pubblica amministrazione*, in P. CALAMANDREI e A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, vol. II, Firenze, Barbera, 1950, p. 159.

prevalente che vede nella riserva di legge dell'art. 97 un riparto del potere di organizzazione tra parlamento e governo¹⁹, è stata sostenuta anche una lettura diversa, che individua nella stessa riserva «una speciale garanzia per le posizioni soggettive dei cittadini»²⁰, la cui posizione è tutelata proprio (a cominciare) dai profili organizzativi dell'amministrazione. Una garanzia certamente indiretta, in quanto non azionabile. E tuttavia una garanzia diretta ad assegnare non al Governo, bensì in via esclusiva al Parlamento le scelte più importanti in materia di organizzazione amministrativa: scelte da intendersi come funzionali a realizzare l'interesse dei cittadini a un'azione imparziale dell'amministrazione.

Infine, e soprattutto, è attraverso l'attuazione legislativa dell'art. 97 che il principio costituzionale di imparzialità ha acquisito una più spiccata dimensione soggettiva, intesa cioè come derivazione dal principio di una serie di pretese giuridicamente tutelate²¹. Il suo contenuto generico è stato specificato in una serie di norme capaci di fondare situazioni soggettive protette e azionabili in sede giurisdizionale²².

Ci si riferisce, in particolare, alla legge sul procedimento amministrativo, che definisce le pretese partecipative dei privati e, con esse, un modo nuovo di intendere i «rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione», per utilizzare una locuzione oggi accolta dalla stessa legge n. 241/1990²³. L'imparzialità assume in essa un significato che trascende il versante organizzativo e arricchisce di implicazioni il generale divieto di discriminazioni, puntualizzandosi, per un verso,

19 Per tutti, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, p. 298.

20 V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 912.

21 Si tratta di una manifestazione del più generale problema del rapporto tra principi e diritti, sul quale ci si limita qui a rinviare a G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, spec. p. 5 e V. ONIDA, *Il problema della giurisdizione*, in E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea: luci e ombre*, Roma, Meltemi, 2003, spec. p. 133.

22 Ricorrendo alla terminologia giusfilosofica, si può dire che l'art. 97 Cost. dia origine a quello che viene chiamato un "diritto-ragione", cioè non un diritto soggettivo azionabile ma piuttosto una giustificazione per l'attribuzione di diritti determinati da parte di altre norme: v. M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 41.

23 Ci si riferisce al comma 2-bis della l. n. 241/1990, aggiunto dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

nell'obbligo per l'amministrazione di svolgere una accurata attività istruttoria, che le consenta di "conoscere per decidere"; per altro verso, nell'adeguata ponderazione degli interessi coinvolti nella vicenda amministrativa.

Un decisivo impulso al rafforzamento del principio di imparzialità è derivato anche dal diritto dell'Unione europea, che, nella prospettiva della realizzazione del mercato unico, ha imposto il divieto di disparità di trattamento su base nazionale che è una specifica manifestazione del principio di imparzialità, con la conseguente necessità di garantire la *par condicio* tra le imprese, in funzione del corretto esplicarsi della concorrenza²⁴.

Infine, uno sviluppo più recente è collegato alla legislazione anticorruzione²⁵, che ha portato, tra l'altro, all'aggiunta dell'art. 6-*bis* alla l. n. 241/1990, che disciplina l'istituto del conflitto di interessi nel procedimento amministrativo. Come vedremo, il fine prioritario della lotta alla corruzione si traduce in una incisiva tendenza all'anticipazione della soglia di reazione dell'ordinamento rispetto a moduli di azione pubblica che appaiono sospetti a prescindere dalla concreta ed effettiva lesione dell'imparzialità.

L'imparzialità dell'amministrazione trova quindi, nell'ordinamento attuale, numerose traduzioni a livello legislativo. Ciò, peraltro, non ridimensiona il ruolo della giurisprudenza, che anzi trae dalla trama di norme positive il fondamento per applicazioni varie e frequenti del principio costituzionale. Legislazione e giurisprudenza offrono un ventaglio molto ampio di ipotesi e fattispecie (direttamente o indirettamente) collegate all'imparzialità, così che occorre guardare a questa casistica per saggiare la configurabilità e la consistenza di una pretesa individuale.

Muovendo da queste premesse, si possono mettere a fuoco tre figure distinte riguardo al diritto all'imparzialità, riferite, rispettivamente (i) all'esclusione

24 Secondo M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 87 s., il principio di concorrenza, «lungi dall'essere un principio guida dell'attività delle stazioni appaltanti», sarebbe proprio «la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio».

25 In particolare, legge 6 novembre 2012, n. 190 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*).

di interessi, (ii) all'acquisizione di interessi e (iii) alla ponderazione di interessi. Si tratta di una suddivisione che, in parte, incrocia altre già proposte: imparzialità negativa e positiva; accezione soggettiva e oggettiva²⁶. Questa scelta di prospettiva ha però un carattere trasversale, che porta a superare la distinzione tra organizzazione e attività, sostituendola con il riferimento alla dimensione statica e alla dimensione dinamica dell'imparzialità.

Nella figura dell'esclusione di interessi o della prevenzione delle interferenze, prevale la componente statica. Affinché una decisione sia imparziale, occorre che lo sia il decisore: che egli cioè non abbia un interesse proprio nella decisione o che, comunque, non sia condizionato da un interesse estraneo: il diritto all'imparzialità, in questo senso, si configura come una garanzia “negativa” di neutralità. Ed è anche, come vedremo, una garanzia anticipata, attenta all'apparenza di imparzialità, prima ancora che all'effettiva disparità di trattamento.

Nelle altre due figure, l'imparzialità rileva ai fini della acquisizione degli interessi e della loro ponderazione e assume una più marcata connotazione dinamica. Qui emerge il contenuto positivo del diritto all'imparzialità, riconosciuto a livello nazionale ed europeo. Anzitutto, l'amministrazione “conosce” gli interessi attraverso una istruttoria completa e accurata, nella quale tutti gli interessi rilevanti devono essere acquisiti e trattati allo stesso modo. È ciò che sta alla base del principio della *par condicio* nelle procedure concorsuali. Il procedimento è, dunque, il luogo di elezione in cui – come la dottrina aveva colto da tempo²⁷ – questa imparzialità si realizza. Una volta acquisiti gli interessi, viene la fase della decisione: qui, il decisore pubblico si sottrae al rischio di parzialità nella misura in cui il peso assegnato a ciascun interesse si collega ai fatti acquisiti nell'istruttoria e il bilanciamento tra quegli interessi è guidato dai canoni generali di ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dal rispetto dei limiti e delle

26 F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 66 ss.

27 Per tutti, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1964, p. 386.

garanzie posti a tutela dei diritti individuali. Si tratta di capire allora in che cosa consista la pretesa legittima del titolare del diritto rispetto al ruolo «ordinatore» dell'imparzialità²⁸.

Nelle pagine che seguono si offriranno alcuni esempi, in riferimento alla tripartizione proposta, di individuazione del contenuto di un diritto all'imparzialità, mostrando le conseguenze di una simile ricostruzione.

3. Le conseguenze della ricostruzione proposta: dalla neutralità del decisore...

L'imparzialità costituisce la caratteristica di un giudizio e impone, come detto, che il decisore non abbia un interesse proprio nella questione. In altre parole, chi decide deve essere neutrale rispetto ai fatti sui quali è chiamato a pronunciarsi. La neutralità è una manifestazione dell'imparzialità che riguarda il decisore ma non ancora la decisione: non è detto, infatti, che un soggetto non neutrale si comporterà necessariamente in modo parziale. La neutralità è una pre-condizione della parità di trattamento: i due aspetti sono, però, distinti e la disparità di trattamento è solo una conseguenza eventuale dell'assenza di neutralità del decisore.

L'interferenza indebita di interessi, cioè l'assenza di neutralità, può manifestarsi anche in ambito amministrativo e riguarda, in particolare, la figura del funzionario: se, infatti, la pubblica amministrazione è istituzionalmente "parte" pur dovendo essere imparziale, al funzionario-persona fisica è invece richiesta la neutralità²⁹. Per garantire l'imparzialità del funzionario nel diritto amministrativo si è tradizionalmente fatto ricorso alle cause di incompatibilità previste

28 S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa*, cit., p. 83: «Dal rilievo che imparzialità è obbligo di compiere un esame comparativo e di tener conto dei risultati di tale esame, si evince che qui non ha importanza tanto un risultato quanto il modo in cui al risultato si arriva: in questo senso il principio di imparzialità è principio strumentale. Esso è «interesse generico», ma non funziona come componente di quelli specifici, bensì come principio ordinatore – sia pure negativo – di questi, per cui questi concorrono tra loro e a nessuno di essi possono essere fatte condizioni di preferenza».

29 R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in R. CAVALLO PERIN, F. MERLONI (a cura di), *Al servizio della Nazione: etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 155: «L'imparzialità richiede la rinuncia del funzionario a ogni forma di partigianeria nell'assolvimento dei propri compiti, in particolare per gli addetti agli uffici che attendono alla fase conoscitiva o esecutiva delle scelte degli organi di governo degli enti pubblici».

dall'art. 51 c.p.c., dalle quali derivano l'obbligo di astensione e il diritto di ricusazione; poi, in seguito all'intervento del legislatore sulla l. n. 241/1990, è oggi codificato il conflitto di interessi (art. 6-*bis*).

Si tratta di istituti comuni ad altri settori dell'ordinamento: nell'ambito del diritto delle pubbliche amministrazioni si manifesta, però, un tratto caratterizzante. Infatti, si è sostenuto – secondo un ordine di idee che risale agli scritti di Vittorio Emanuele Orlando ma che è giunto pressoché immutato fino alle trattazioni più recenti³⁰ – che l'astensione, la ricusazione e il conflitto di interessi tutelino prima di tutto l'immagine, il prestigio³¹, la serenità³², la dignità stessa delle istituzioni pubbliche³³, e con esse l'interesse pubblico cui tende l'attività amministrativa, mentre solo in via subordinata essi garantiscano anche l'interesse privato dei cittadini destinatari degli atti amministrativi. L'incompatibilità del funzionario amministrativo verrebbe addirittura a essere più grave di quella del giudice, pregiudicando, quest'ultima, soltanto un interesse privato e, la prima, anche l'interesse pubblico al corretto svolgimento dell'attività amministrativa³⁴.

A ben vedere, non è tanto la pluralità di beni tutelati a caratterizzare gli istituti nel diritto amministrativo – anche nel diritto processuale astensione e ricusazione sono volti a tutelare la serenità e la dignità della magistratura, oltre all'interesse delle parti a veder decisa la controversia da un giudice che ne sia estraneo – quanto la centralità assegnata all'interesse pubblico rispetto a quello dei privati. Simile subordinazione dell'interesse privato appare però inaccettabile poiché, di fronte alla legge (che nulla dice, in questo caso, riguardo a tale “gerarchia”), interesse pubblico e interesse privato dovrebbero stare sullo stesso

30 R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 886, M. CALCAGNILE, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse. Nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, Bologna, BUP, 2017, p. 30 s.

31 V. CAIANIELLO, *Astensione e ricusazione nel procedimento e nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, III, Roma, Treccani, 1988, p. 1.

32 L. GALATERIA, *Astensione (dir. cost. e amm.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 940.

33 V.E. ORLANDO, *Consiglio comunale*, in *Dig. it.*, VIII, Torino, Utet, 1896, p. 134.

34 E. GUICCIARDI, *Esercizio di pubbliche funzioni e interesse personale nei collegi amministrativi*, in *Riv. amm.*, 1948, p. 132.

piano³⁵. Si tratta di una delle manifestazioni di quella prospettiva dell'imparzialità "dal punto di vista dell'amministrazione" di cui s'è detto in precedenza, a sua volta figlia di una costruzione del diritto pubblico che stenta ad affrancarsi dal punto logico di partenza del potere per abbracciare quello dell'individuo³⁶.

La sovrapposizione e ibridazione tra interessi pubblici e interessi privati produce qui conseguenze rilevanti. È evidente, infatti, che se il bene tutelato dalle norme sulla astensione e sulla ricsuzione non è soltanto l'interesse privato, che può essere pregiudicato dall'atto o dalla valutazione parziale, ma anche l'interesse pubblico, e se, come accade frequentemente, la linea di confine tra i due interessi è difficilmente tracciabile, mancano i presupposti per la configurazione di una pretesa individuale. Si realizza, così, il noto fenomeno della ipergaranzia e ipo-garanzia dell'interesse legittimo, che si trova a essere protetto più di quanto le norme prevedono tutte le volte in cui esso viene attratto nella sfera dell'interesse pubblico, inglobando al proprio interno dimensioni che evidentemente trascendono la sfera individuale; e, per contro, talora ottiene una protezione dimidiata proprio perché calibrata su valori oggettivi, che tendono a spersonalizzarne il contenuto³⁷.

Il tentativo di isolare, con riferimento all'ambito delle indebite interferenze di interessi, l'area di un diritto all'imparzialità non è quindi mosso soltanto da ragioni teoriche, ma riveste prima di tutto una funzione pratica. Si tratta di un passaggio necessario per comprendere quando sanzionare la parzialità in sede giudiziale (mediante l'annullamento dell'atto), perché vi è lesione di una posizione individuale. Diversamente, quanto la parzialità lede unicamente un valore interno alla pubblica amministrazione ma non anche una posizione giuridica individuale, andrebbero individuati strumenti diversi di controllo e rea-

³⁵ Sulla parioridinazione dell'interesse pubblico agli altri interessi pubblici e privati di fronte alla legge, si veda A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, 1988, ora in ID., *Scritti giuridici*, Firenze, Giuffrè, 2007, p. 1252.

³⁶ L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., spec. p. 20 ss.

³⁷ Su ipo-garanzia e iper-garanzia dell'interesse legittimo, v. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, agg. II, Milano, Giuffrè, 1988, p. 966 ss., C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 415.

zione (per esempio, sul piano della responsabilità disciplinare del funzionario che non ha rispettato l'obbligo di astensione)³⁸, per non rendere il processo amministrativo la sede di un controllo sul rispetto (soltanto) della legalità oggettiva.

Occorre, dunque, stabilire se l'annullamento dell'atto debba conseguire al mero rilievo dell'incompatibilità (che potrebbe inficiare il solo interesse pubblico all'integrità dell'amministrazione) oppure alla effettiva disparità di trattamento (che, oltre all'interesse pubblico, inficerebbe quello del privato a ottenere un trattamento imparziale). La questione è antica e venne sottoposta già all'Adunanza plenaria nel 1958 (n. 6 del 30 giugno). La Plenaria aderì alla tesi più rigorosa, sul presupposto che, «*nei rapporti di diritto amministrativo*», l'imparzialità è un'esigenza volta al raggiungimento di fini di pubblico interesse che riguardano la regolarità della condotta dell'amministrazione e pertanto la presenza di un membro incompatibile in un organo collegiale avrebbe comportato di per sé l'illegittimità del provvedimento.

Guardata con gli occhi di oggi, e alla luce di una disciplina processuale che ha sposato anche per la giurisdizione amministrativa l'idea di un processo di parti, viene da domandarsi quale sia la posizione giuridica soggettiva del ricorrente che trova tutela in giudizio e, anche, come possa rimediare una tutela successiva come quella demolitoria al *vulnus* arrecato all'immagine dell'amministrazione. Tuttavia, l'impostazione della Plenaria ha continuato a produrre incoerenze applicative anche nella giurisprudenza più recente. Nel tentativo di salvaguardare, oltre all'apparenza di imparzialità, anche la continuità dell'azione amministrativa, i giudici sono andati alla ricerca di soluzioni di compromesso (l'interesse di carattere economico, la prova di resistenza nei collegi, la vincola-

38 Secondo un ordine di idee che sembra già rinvenirsi in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubb.*, 2009, p. 777 s.

tezza della fattispecie, la tassatività delle incompatibilità), nessuno dei quali capace però di garantire una qualche certezza e coerenza applicativa³⁹.

Una possibile soluzione alle aporie applicative risiede nella prospettiva soggettiva dell'imparzialità, che consente di ricostruire, a partire dal dato normativo, una pretesa individuale tutelabile e di tracciare così una linea di rilevanza giuridica che segna i limiti di azionabilità della pretesa stessa⁴⁰. Una spinta in tal senso è venuta proprio dall'introduzione di una disposizione sul conflitto di interessi nella legge sul procedimento amministrativo. L'art. 6-*bis*, l. n. 241/1990 prevede infatti che «*il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*». Tra gli aspetti della disposizione, ci si concentra qui unicamente su quelli rilevanti per l'economia del discorso.

L'art. 6-*bis* introduce due obblighi in capo al funzionario: il primo è l'obbligo di astensione, il secondo quello di segnalazione del conflitto. Il legislatore non ha, però, provveduto a definire il "conflitto di interessi": ha soltanto specificato (riguardo all'obbligo di segnalazione, ma non c'è motivo di escluderlo per l'obbligo di astensione) che rileva anche il conflitto soltanto "potenziale". Poiché la norma nulla dice riguardo alle conseguenze della violazione dell'obbligo di astensione, occorre comprendere se l'atto adottato in conflitto di interessi sia sempre annullabile o solo nel caso in cui sia dimostrata una effettiva lesione dell'imparzialità. Si tratta di una questione decisiva, anche in considerazione del difetto di tipizzazione delle fattispecie di conflitto di interessi.

Intanto, nel prevedere sia un obbligo di astensione che uno di segnalazione (alla quale può o meno seguire l'astensione), la norma consente di distinguere due piani di rilevanza. L'obbligo di astensione tutela senza dubbio l'interesse del privato coinvolto a un trattamento imparziale e, nella specie, alla neutralità,

39 Per la critica a ciascuno di tali criteri si rinvia al volume *L'imparzialità amministrativa come diritto*, cit., p. 113 ss.

40 Sul punto si rinvia anche a I. PIAZZA, *La pretesa a un'amministrazione imparziale. Note sul conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, in questa *Rivista*, 1/2020, p. 63 ss.

anche apparente, dell'amministrazione decidente. La segnalazione del conflitto mostra invece i riflessi interni all'amministrazione del conflitto di interessi: la segnalazione è un obbligo che prescinde da un'istanza del privato e il cui oggetto è valutato da un organo dell'amministrazione stessa. Pertanto, mentre la violazione del dovere di fedeltà verso l'amministrazione può produrre conseguenze sul piano della responsabilità amministrativa e di quella disciplinare (oltre che penale), l'assenza di neutralità può invece invalidare l'atto e pertanto renderlo attaccabile dall'interessato mediante il ricorso giurisdizionale. In altre parole, all'obbligo di astensione corrisponde un diritto alla neutralità, tutelabile tramite la riconsiderazione o l'impugnazione del provvedimento.

In più, in linea con la tendenza generale della legislazione sull'anti-corruzione e sulla trasparenza, l'art. 6-*bis* include il conflitto potenziale di interesse tra le fattispecie rilevanti, facendo così della semplice neutralità (indipendentemente dai suoi effetti) l'oggetto di una pretesa. Una pretesa, dunque, che ha a che fare con il piano statico, organizzativo dell'attività dell'amministrazione: la neutralità è, infatti, una premessa per l'azione imparziale. Del resto, questo oggetto è intrinsecamente legato all'idea stessa di "conflitto di interessi". In questo modo è possibile impostare un rapporto tra diritto all'imparzialità e corrispettivo obbligo dell'amministrazione, che includa anche l'apparenza (intesa, si badi bene, come potenzialità del conflitto) nell'oggetto della pretesa tutelata e che non neghi la rilevanza su altri piani del conflitto d'interessi ma che sia capace di tenerli distinti. Non scompare, cioè, il rilievo della fedeltà e dell'immagine dell'amministrazione: l'apparenza di imparzialità è un valore (giuridicamente rilevante) anche per l'amministrazione, senza contare che ne rafforza la legittimazione, nei confronti di tutti i cittadini, non soltanto di quelli coinvolti nella specifica vicenda. Ma l'apparenza/neutralità diviene anche parte di una pretesa individuale, giuridicamente tutelata, all'imparzialità.

Un simile ampliamento dell'oggetto della tutela (dalla disparità di trattamento alla neutralità) può portare con sé l'espansione delle fattispecie illegitti-

me. Occorre allora individuare i limiti della pretesa, considerando che con l'azione di annullamento il privato richieda la tutela di un proprio interesse legittimo (inteso quale posizione che gli garantisca la *chance* legale di ottenere il bene cui aspira⁴¹).

Pertanto, anzitutto, non dovrebbe aversi annullamento dell'atto per violazione dell'art. 6-*bis* nel caso di attività vincolata: in questa ipotesi, se si ammettesse l'annullamento dell'atto vincolato sfavorevole, pur se il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso, si finirebbe per concedere tutela a una posizione giuridicamente irrilevante. La legge non garantisce alcunché al privato, di fronte a un provvedimento vincolato in senso negativo: si pensi all'assenza di un requisito per la partecipazione a un concorso o per il rilascio di un'autorizzazione; se l'esclusione dal concorso o il diniego dell'autorizzazione sono stabiliti con la partecipazione di un funzionario incompatibile, resta comunque fermo che il conflitto d'interessi non avrebbe potuto alterare l'esito del procedimento.

In secondo luogo, con riferimento all'attività discrezionale, viene in rilievo il conflitto di interessi come prefigurato dall'art. 6-*bis*, che, come detto, tutela l'individuo anche rispetto alla semplice neutralità del decisore. La norma anticipa la soglia di tutela rispetto alla disparità di trattamento, includendo anche il conflitto potenziale di interessi. Ai fini dell'annullamento dell'atto, non importa dunque che vi sia stata una effettiva lesione dell'imparzialità. Tuttavia, non è neppure sufficiente la mera esistenza del conflitto d'interessi: altrimenti, dovremmo avere sempre l'annullamento dell'atto, indipendentemente dalla natura vincolata o discrezionale dell'attività amministrativa. In consonanza con la logica causalistica che guida (o dovrebbe guidare) l'applicazione della clausola di non annullabilità dell'art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/90, si deve invece ritenere che la norma dell'art. 6-*bis* tuteli l'individuo dalla astratta idoneità del conflitto di

41 Un'apertura in tal senso sembra cogliersi anche in Cons. St., VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, sulla quale v. F. ORSO, *Ancora sugli effetti del giudicato a 'spettanza stabilizzata': un passo avanti e due indietro*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, spec. p. 1248 ss.

interessi a incidere sul contenuto della decisione. Ai fini dell'annullamento, occorre quindi che il conflitto di interessi possa incidere sul provvedimento: l'oggetto della pretesa all'imparzialità si concreta, cioè, nella tutela di una *chance* negativa, ossia nella protezione dal rischio che un conflitto di interessi del decisore pubblico possa tradursi in una disparità di trattamento. Al ricorrente si domanda la dimostrazione della astratta idoneità causale del conflitto di interessi, non dell'avvenuta disparità: laddove vi siano profili di discrezionalità che dipendano dalla volontà o dalle valutazioni del funzionario in conflitto di interessi, lì si ha illegittimità dell'atto.

In questo modo, si evita che il processo amministrativo si pieghi alla logica di ripristino della legalità oggettiva, con la conseguenza che ogni ipotesi di conflitto, indipendentemente dai suoi effetti, produca l'annullamento dell'atto. Si esclude inoltre ogni rilievo (a livello giurisdizionale, ché invece rilievo può esserci sul piano della responsabilità del funzionario) del danno all'immagine dell'amministrazione. Ancora, si evita che, attraverso il processo, si producano fenomeni di iper-garanzia delle posizioni individuali, quando – come nel caso di attività vincolata (sia in astratto che in concreto) – potrebbe aversi annullamento dell'atto anche in assenza di *chance* legale in capo al ricorrente. Infine, una rilettura in senso soggettivo della disciplina sul conflitto d'interessi consente comunque di garantire una tutela ampia (secondo legge) del privato, che abbracci tutte le ipotesi di astratta idoneità del conflitto a incidere sul risultato dell'attività amministrativa⁴².

42 Una conferma in tal senso si ricava dalla disciplina speciale dei contratti pubblici, ove in effetti, ai sensi dell'art. 42, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il conflitto rilevante è quello astrattamente idoneo a compromettere la parità tra i concorrenti («*si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni e può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità [...]»*). Utile è anche, a questo riguardo, un confronto con alcune fattispecie di diritto privato, in particolare il conflitto di interessi nella rappresentanza e nel diritto societario, nelle quali ciò che rileva, ai fini dell'annullamento del contratto stipulato dal rappresentante o dell'impugnazione di una decisione gestoria, è la potenzialità del danno: si rinvia nuovamente a *L'imparzialità amministrativa come diritto*, cit., p. 146 ss.

Ci si può a questo punto domandare se la pretesa all'imparzialità ricavabile dall'art. 6-*bis* possa costituire una pretesa autonoma, vale a dire se essa tuteli un bene giuridico diverso da quello "finale" e se essa possa essere azionata autonomamente, prima cioè dell'impugnazione del provvedimento che chiude il procedimento.

Si tratta, a ben vedere, della declinazione specifica (riferita cioè all'art. 6-*bis*) di un problema più ampio, relativo alla autonomia delle pretese procedurali. Per rispondere alla domanda, è necessario capire se tale situazione possa godere di tutela giurisdizionale dedicata, senza doversi attendere l'emana-zione del provvedimento finale e la sua impugnazione. In tal senso, si possono trarre indicazioni decisive da recenti novità legislative e giurisprudenziali, che hanno rafforzato la tesi della autonomia di pretese in senso lato "procedimen-tali". Si fa riferimento soprattutto all'art. 120, c. 2-*bis* del codice del processo amministrativo, col quale era stato introdotto il c.d. rito super-speciale in mate-ria di appalti, avente per oggetto l'impugnazione del provvedimento «*che deter-mina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valu-tazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*». Le ragioni di questa innovazione erano da rinvenirsi nella necessità di una semplificazione processuale che evitasse la messa in discussione, al termine della procedura, dei requisiti di ammissione delle imprese partecipanti e i problemi connessi ai ri-corsi incidentali c.d. escludenti. Ma non è ciò che qui rileva, anche perché la di-sposizione, e il rito da essa introdotto, sono stati abrogati dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. sblocca-cantieri). Ciò che invece interessa è che dalla natura provvedimentoale riconosciuta agli atti di ammissione ed esclusione (che sembra restare invariata anche a seguito del d.l. n. 32/2019)⁴³ o, comunque, dall'onere della loro immediata impugnazione, si ricava un argomento a conferma

43 L. BERTONAZZI, *Abrogazione del rito c.d. super-speciale di cui all'art. 120, commi 2-bis e 6-bis, c.p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 1041 ss. Parla in proposito di «*provvedimenti endoprocedimentali (o, se si preferisce, conclusivi di subprocedimenti)*» F.G. SCOCA, *Rito superaccelerato e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 6/2019, p. 3262.

dell'autonomia della pretesa sottostante⁴⁴, cioè la pretesa alla partecipazione alla gara o alla esclusione di candidati concorrenti privi di requisiti⁴⁵. Anche il Consiglio di Stato, in Adunanza plenaria (n. 4/2018), ha sostenuto che il legislatore, con l'art. 120, c. 2-bis, abbia espressamente attribuito «*autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale*». La stessa impostazione è stata condivisa anche dalla Corte costituzionale (sentenza 5 novembre 2019, n. 271), secondo cui il legislatore ha dato autonomo rilievo a un interesse strumentale o procedimentale del concorrente e che ciò presuppone «*il riconoscimento della chance di aggiudicazione come utilità intermedia autonomamente tutelata*».

Di là dai discutibili effetti pratici della disposizione e anche dal fatto che dietro il riconoscimento dell'interesse procedimentale del privato possa esservi in realtà un concreto vantaggio solo per la stazione appaltante⁴⁶, che vedrebbe definita la platea delle imprese legittimamente partecipanti alla procedura, le affermazioni della Plenaria e della Corte costituzionale sono condivisibili. Il legislatore può infatti qualificare un interesse procedimentale come giuridicamente rilevante e autonomo rispetto al bene finale (in questo caso, all'aggiudicazione del contratto)⁴⁷: che poi il legislatore abbia anche stabilito l'onere di immediata

44 Invero, l'autonomia di una posizione soggettiva dovrebbe ricavarsi unicamente da dati sostanziali e la tutela processuale dovrebbe esserne conseguenza, secondo quanto stabilito dall'art. 24 Cost.: tuttavia, si sconta ancora l'influenza della struttura impugnatoria del processo amministrativo e la centralità dell'azione di annullamento nella ricostruzione delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini nei rapporti con l'amministrazione.

45 In tal senso v. Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, che parla in proposito di un «[...] distinto interesse di natura strumentale (sia pure di nuovo conio, come definito in dottrina) che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi distinto dall'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara». Critico, invece, F.G. SCOCA, *Rito superaccelerato e discrezionalità del legislatore*, cit., spec. p. 3259, secondo cui, se lo scopo della norma è avere «tempestiva conoscenza della legittimità dei provvedimenti di ammissione ed esclusione (adottati dalla stazione appaltante)», non si capisce come questo possa tradursi in una esigenza o un interesse delle imprese partecipanti (potendo essere, al più, interesse della stazione appaltante).

46 Su questi profili, v. F.G. SCOCA, *Rito superaccelerato e discrezionalità del legislatore*, cit., p. 3258 ss.

47 Il riconoscimento dell'autonoma rilevanza di una pretesa individuale effettuato dalla Corte è stato criticato da L. BERTONAZZI, *La Corte costituzionale si pronuncia sull'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 185 ss. e spec. p. 196 ss., dal momento che, così facendo, il giudice delle leggi avrebbe confuso l'oggetto dell'interesse sostanziale con una tecnica di protezione. Ad avviso dell'A., infatti, l'interesse sostanziale protetto sarebbe uno solo (l'aggiudicazione del contratto), cui corrisponde un'unica situazione soggettiva di interesse legittimo: in questa

attivazione del rimedio giurisdizionale, e addirittura un rito speciale, è un dato successivo. La disciplina processuale segue infatti il dato sostanziale, come insegna l'art. 24 Cost.

Proprio alla luce del dato costituzionale, è oltremodo condivisibile uno degli argomenti sui quali si fonda il ragionamento della Corte costituzionale – che si è tentato di applicare al conflitto d'interessi nel procedimento amministrativo – cioè che la giurisdizione amministrativa è «*primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato alle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini*»⁴⁸. Ebbene, un analogo riconoscimento di autonomia può essere proposto per il caso che qui interessa, nel quale si rinviene, all'art. 6-bis, l. n. 241/1990, il necessario fondamento di diritto positivo. Si può, infatti, fare leva sul diritto di ricusazione in sede procedimentale, cui far seguire l'impugnazione dell'atto che dovesse respingere la ricusazione.

prospettiva, il legislatore, avendo introdotto l'onere di impugnazione immediata e un'autonoma tutela processuale, avrebbe «*affievolito l'interesse a ricorrere, ancorandolo alla prospettazione di una lesione solamente futura e incerta*». Ancora, secondo Bertonazzi, «*l'interesse alla giusta composizione della platea dei partecipanti non è il bene della vita correlato ad un interesse legittimo di nuovo conio, bensì uno dei numerosi sotto-interessi di carattere procedimentale, tanti quanti sono le regole della procedura, che indentificano i veicoli per la tutela dell'interesse legittimo al conseguimento dell'aggiudicazione*», ivi, p. 200.

In realtà, sembra potersi confermare che il legislatore abbia dato autonoma rilevanza giuridica a un interesse del privato (di là dal problema – che per il momento non interessa – di quale tipo di situazione giuridica si tratti): l'interesse sostanziale dell'aggiudicazione è, infatti, diverso da quello alla corretta formazione della platea dei partecipanti; senza considerare, ma qui si entra nella questione di ciò che si ritenga essere l'interesse legittimo, che l'interesse sostanziale all'aggiudicazione non può essere garantito dalla legge se vi siano margini di discrezionalità in capo all'amministrazione.

48 Meno condivisibile è il percorso argomentativo della Corte laddove continua a indentificare il bene della vita unicamente con l'aggiudicazione, così da dover distinguere tra tutela dell'interesse finale e di interessi non finali o strumentali («*In effetti, se è vero che gli artt. 24, 103 e 113 Cost., in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l'interesse sostanziale al bene della vita, deve anche riconoscersi che attribuire rilevanza, in casi particolari, ad interessi strumentali può comportare un ampliamento della tutela attraverso una sua anticipazione e non è distonico rispetto ai ricordati precetti costituzionali, sempre che sussista un solido collegamento con l'interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa, anche al costo di alterare l'equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo*»: 11.2 del considerato in diritto); ogni interesse che riceva protezione giuridica può essere considerato “finale” (l'esclusione da una gara di imprese concorrenti prive dei requisiti o la neutralità di un commissario).

Il ricorrente farebbe valere in giudizio la autonoma situazione giuridica soggettiva collegata alla neutralità del decisore, che tutela un bene diverso da quello finale (alla vittoria della gara o del concorso). La tesi trova conforto in una giurisprudenza che, seppur risalente e isolata per le peculiarità del caso concreto, è utile perché anticipa alcuni dei problemi affrontati in queste pagine e perché offre una soluzione che appare rafforzata dall'entrata in vigore dell'art. 6-*bis*.

Si trattava della vicenda di un concorso universitario nel corso del quale era stata rigettata l'istanza di ricusazione formulata da uno dei candidati nei confronti di un commissario. I giudici amministrativi affrontano, in primo luogo, la questione della ammissibilità del ricorso per inattualità della lesione della sfera giuridica del ricorrente. È noto, infatti, che in genere gli atti di nomina delle commissioni non siano autonomamente impugnabili: tuttavia, nella sentenza in esame il giudice amministrativo ha ritenuto di poter distinguere la ipotesi in cui l'amministrazione abbia rigettato l'istanza di ricusazione di un singolo componente della commissione proprio perché vi corrisponde, oltre a un sub procedimento riguardante la regolare costituzione di un organo collegiale, un interesse sostanziale alla immediata definizione della sorte dell'istanza di ricusazione *«giacché, anche sotto il profilo morale, il ricorrente è interessato a non sottostare al giudizio di un soggetto che nutre nei suoi confronti una evidente e grave avversione ideologica»*⁴⁹; di conseguenza, a questo interesse corrisponde anche un'azione volta (quantomeno) ad annullare l'atto di rigetto.

Occorre, però, dissipare l'interrogativo circa la possibile decadenza del diritto di far valere l'incompatibilità del funzionario se questi non venga subito ricusato o se non si impugni subito il rigetto della ricusazione. Altri, sostenendo che dall'art. 6-*bis* discendano un obbligo di astensione per il funzionario e un corrispettivo potere per il privato di chiederne la ricusazione, hanno infatti concluso che il privato cui sia nota la causa di astensione *«ha non solo la facoltà,*

⁴⁹ T.A.R. Umbria, 15 giugno 2006, n. 320.

ma anche il dovere», in un'ottica di leale collaborazione, si segnalare il fatto all'amministrazione; ove manchi questa «*doverosa forma di collaborazione – imposta dal principio di buona fede – la parte rimasta inerte non potrà far valere il vizio di legittimità [...] in sede di impugnazione del provvedimento*»⁵⁰. Si intende qui sostenere una tesi diversa, coerente dal punto di vista teorico con quanto detto e con quanto si dirà in seguito e non eccessivamente penalizzante per i privati dal punto di vista pratico⁵¹. Con l'impugnazione del provvedimento finale, non si fa infatti valere l'interesse alla neutralità del decisore ma (a quel punto) l'interesse “finale” connesso al provvedimento (per esempio, l'aggiudicazione della gara o la vittoria di un concorso): in tal caso, il privato potrà sempre far valere la incompatibilità del decisore, tuttavia essa non sarà sufficiente a determinare l'annullamento dell'atto. Si ricade, infatti, nella logica causalistica dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, come sopra interpretato: si avrà, cioè, annullamento solo nei casi in cui l'assenza di neutralità abbia avuto una rilevanza causale nel determinare il contenuto del provvedimento e la lesione della situazione giuridica fatta valere in giudizio. La pretesa alla neutralità non è, quindi, fatta valere in via autonoma ma assume, rispetto alla posizione collegata al provvedimento finale, una valenza meramente strumentale.

4. (segue) alla imparzialità nell'acquisizione e ponderazione di interessi. La regola dell'anonimato nei concorsi...

Se quanto osservato nel paragrafo precedente ha a che fare con la dimensione statica dell'imparzialità, essa ha pure una dimensione dinamica, assumendo rilievo nel farsi della decisione amministrativa: nel momento della decisione emerge un profilo positivo, poiché i diversi interessi rilevanti devono essere correttamente acquisiti e valutati. L'imparzialità assume quindi una valenza positiva, nel senso che impone all'amministrazione di fare qualcosa, di agire nel ri-

50 F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 106 s.

51 Spesso può essere difficile avere piena contezza di una causa di astensione e può apparire a priori controproducente un'istanza di ricusazione.

spetto di certe regole. E che il suo contenuto è essenzialmente riconducibile all'idea di parità di trattamento.

Anzitutto, all'amministrazione è richiesto il rispetto di quelle regole del procedimento che attengono all'acquisizione degli interessi rilevanti per la fattispecie. In quest'ottica, rileva il trattamento riservato agli interessi privati concorrenti, siano essi compresenti nell'ambito di uno stesso procedimento o di più procedimenti assimilabili.

Di seguito, si tratteranno due ipotesi, relative, l'una, alla fase istruttoria, l'altra, a quella decisoria. Si cercherà di mostrare quali siano le regole di condotta che realizzano il diritto all'imparzialità e come la loro violazione sia azionabile da parte degli interessati: come nel paragrafo precedente, la prospettiva di una pretesa individuale aiuta a chiarire le questioni applicative, con ricadute sul piano probatorio e su quello dei rimedi.

Affinché l'amministrazione possa adottare una decisione, è necessario anzitutto che essa acquisisca gli interessi rilevanti in modo "accurato e imparziale", per usare la terminologia della Corte di giustizia. Ai fini dell'imparzialità ciò rileva soprattutto nei casi in cui il procedimento veda una pluralità di partecipanti interessati allo stesso bene finale: benché problemi di imparzialità possano sorgere anche dal raffronto tra procedimenti diversi, è in quelli concorrenziali che il profilo della corretta acquisizione degli interessi si presenta con maggiore evidenza.

Si consideri, dunque, il caso dell'anonimato nei concorsi.

L'eguale trattamento degli interessi privati coinvolti in un procedimento esige anzitutto che, nei casi di valutazioni da compiere secondo criteri obiettivi, l'amministrazione (in specie, la commissione di concorso) non sia messa nella condizione di conoscere l'identità del soggetto valutato: per questo esiste, in materia di concorsi pubblici, la regola dell'anonimato. Si tratta di una regola il cui scopo è quello di evitare la possibile commissione di favoritismi e abusi: la regola anticipa, dunque, la soglia di tutela dell'imparzialità. Non contano le ra-

gioni per le quali l'amministrazione potrebbe compiere una disparità di trattamento: conta, invece, la disparità stessa e, prima ancora, la *possibilità* che questa sia commessa.

La regola dell'anonimato pone alcune questioni non dissimili da quelle osservate in tema di conflitto di interessi e che riguardano il rilievo dell'apparenza, il rapporto con la disparità effettiva e con il corrispondente onere della prova, il rilievo della vincolatezza della fattispecie.

Al fondo il problema è sempre il bene tutelato e, di conseguenza, quali siano le forme più adatte per assicurarne la tutela. Si avverte, infatti, nelle decisioni dei giudici amministrativi una tensione tra il buon andamento (inteso come conservazione di un atto sostanzialmente corretto, dal contenuto conforme all'interesse pubblico) e il rispetto delle regole formali. Tale tensione si scarica, anche in questo caso, sulla sorte dell'atto: ci si domanda dunque se la violazione della regola procedimentale dell'anonimato – una regola che si fonda su una presunzione di parzialità dell'azione amministrativa conseguente alla conoscenza dell'identità del candidato – comporti (sempre) l'illegittimità della procedura e dell'atto, anche a prescindere dall'accertamento dell'effettiva lesione dell'interesse del concorrente alla parità di trattamento.

Il tema è stato oggetto di un contrasto giurisprudenziale. Alcuni giudici, facendo leva sulla logica causalistica dell'art. 21-*octies* e sul principio di conservazione degli atti sostanzialmente corretti, ritenevano che la violazione della regola procedimentale dell'anonimato fosse irrilevante fintantoché non venisse fornita la prova dell'effettiva alterazione della *par condicio* tra i concorrenti⁵². Secondo altri, invece, la violazione dell'anonimato era di per sé rilevante, trattandosi di una presunzione assoluta assimilabile a una fattispecie penale “da pericolo astratto”, dal cui accertamento consegue necessariamente l'invalidità dell'atto conclusivo della procedura viziata⁵³.

52 T.A.R. Catania, I, 23 giugno 2011; n. 2103, C.G.A., 24 febbraio 2010, n.168.

53 Cons. St., VI, 4 giugno 2013, n. 3747, Cons. St., VI, 2 febbraio 2010, n. 1928.

Per illustrare i termini del problema, occorre pensare alle modalità di svolgimento del concorso e di esame dei concorrenti. La giurisprudenza si è formata su fattispecie di concorsi pubblici nelle quali era assente ogni margine di valutazione in sede di correzione delle prove: si tratta, tipicamente, del caso di prove d'esame con risposte multiple e correzione automatizzata. Qui, inevitabilmente, torna in gioco il problema della vincolatezza della fattispecie, che in astratto comporterebbe l'impossibilità, pur nella violazione di regole procedurali, di alterazione del risultato. Diversamente dall'ipotesi di conflitto di interessi, esaminata nel paragrafo precedente, il problema non è l'interferenza nella procedura di un interesse esterno, bensì la possibile disparità di trattamento prodottasi in sede di svolgimento delle prove o di elaborazione dei giudizi sulle stesse.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁵⁴ ha risolto il contrasto aderendo alla tesi più rigorosa: il comportamento dell'amministrazione nei concorsi è rigidamente tipizzato in modo da tutelare l'anonimato perché quest'ultimo è «*elemento costitutivo dell'interesse pubblico primario al cui perseguimento tali procedure selettive risultano finalizzate*». La violazione dell'anonimato comporta una «*illegittimità da pericolo c.d. astratto*», cioè «*un vizio derivante da una violazione della presupposta norma d'azione irrimediabilmente sanzionato dall'ordinamento in via presuntiva, senza necessità di accertare l'effettiva lesione dell'imparzialità in sede di correzione*»⁵⁵.

Ad avviso del massimo giudice amministrativo, dunque, quel che conta è che si sia realizzata la condotta in violazione della regola dell'anonimato. Il fatto che la correzione sia vincolata (perché automatizzata) non rende influente la violazione dell'anonimato e a nulla vale la certezza che il possibile riconosci-

54 Cons. St., Ad. plen., 20 novembre 2013, nn. 26, 27, 28, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 134 ss., con nota di S. BOLOGNA, *Concorsi pubblici e violazione non irrilevante dell'anonimato nelle tre sentenze "gemelle" del Consiglio di Stato*.

55 Nello stesso senso, più di recente, Cons. St., IV, 28 settembre 2018, n. 5571 e T.A.R. Abruzzo, I, 15 maggio 2017, n. 214, secondo cui la violazione dell'anonimato «*comporta una illegittimità da pericolo c.d. astratto [...] e cioè un vizio derivante da una violazione della presupposta norma d'azione irrimediabilmente sanzionato dall'ordinamento in via presuntiva, senza necessità di accertare l'effettiva lesione dell'imparzialità in sede di correzione*».

mento del candidato non abbia influito⁵⁶. Dirimente è, in realtà, la considerazione che, nel caso si specie, vi sia stata la possibilità materiale che la violazione dell'anonimato abbia potuto produrre un trattamento di favore per qualcuno degli interessati: per esempio, quando possano esservi stati scambi di elaborati tra candidati o possibili alterazioni delle prove d'esame (modifica o completamento di risposte in un test)⁵⁷. L'esistenza di questa possibilità materiale induce a ritenere che la violazione dell'anonimato comporti l'illegittimità della procedura anche quando non vi siano margini di apprezzamento da parte dell'amministrazione (per esempio, nel caso di correzioni automatizzate di prove d'esame a risposta chiusa). Del resto, la stessa giurisprudenza fa leva sulla difficoltà, per il ricorrente, di provare che alla violazione dell'anonimato sia effettivamente conseguita una disparità di trattamento.

Nella prospettiva di questa indagine, tuttavia, la soluzione prospettata dall'Adunanza plenaria non può ritenersi soddisfacente. Accogliere la tesi della tutela della semplice apparenza di imparzialità – e dunque la tesi più rigorosa – significherebbe prescindere dalla distinzione tra fattispecie discrezionali e vincolate, in astratto come in concreto: così facendo, si finirebbe ancora una volta per concedere al privato l'annullamento dell'atto in assenza di lesione di una situazione giuridica soggettiva, ma soltanto nella prospettiva di garantire l'interesse pubblico all'immagine dell'amministrazione (che, lo si ripete, non è certo un interesse irrilevante ma è – o dovrebbe essere – estraneo all'oggetto del processo).

In altre parole, l'interesse legittimo che il ricorrente pretende leso si sovrappone (e si confonde) con l'interesse pubblico o corrisponde, al più, al rispetto della legalità (in questo caso, il rispetto delle regole concorsuali a garanzia dell'anonimato dei concorrenti). Se si ritiene che l'interesse legittimo del ricorrente abbia per oggetto il bene finale o il provvedimento favorevole, o la

⁵⁶ Si sostiene anche che la violazione dell'anonimato non comporti l'illegittimità quando non sia "sensibile" o quando si tratti di «*irregolarità così modeste o veniali da risultare giustificabili alla stregua del principio di ragionevolezza e proporzionalità*»: Cons. St., Ad. plen., n. 28/2013.

⁵⁷ T.A.R. Abruzzo, n. 214/2017.

possibilità legale di ottenerlo, non può esservi lesione riparabile con l'annullamento dell'atto se la violazione dell'anonimato non ha inciso sulla graduatoria concorsuale, nella quale il ricorrente non è collocato in posizione utile.

Se non bastasse questa considerazione – che di per sé dovrebbe già esser sufficiente – possono aggiungersene altre di carattere fattuale. In primo luogo, la soluzione che conduce in ogni caso all'annullamento dell'atto azzera il rilievo dell'aspetto probatorio: qualunque prova l'amministrazione fornisca, essa non basterebbe a superare la presunzione sopra richiamata. Ferma restando la difficoltà di fornire la prova dell'assenza di conseguenze dovute alla violazione dell'anonimato, ove l'amministrazione riesca a farlo, sarebbe garantita al concorrente-ricorrente una tutela che va oltre ogni utilità riconosciuta dalla legge. In secondo luogo, in tale eventualità, per quanto remota, non accordare rilievo alla prova contraria sarebbe evidentemente in contrasto con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, senza che tale sacrificio possa giustificarsi con un effettivo beneficio per l'interesse privato di cui viene lamentata la lesione.

L'Adunanza plenaria, nell'enunciare il principio di diritto, stabilisce che la violazione «*non irrilevante*» dell'anonimato «*determina de jure la radicale invalidità della graduatoria finale, senza necessità di accertare in concreto l'effettiva lesione dell'imparzialità in sede di correzione*».

Se, però, si accettano le premesse sopra indicate, dovrebbe piuttosto ritenersi che la violazione “non irrilevante” vada intesa come quella “idonea in astratto ad alterare la parità di trattamento”, così semplificando l'onere probatorio in capo al ricorrente ma ammettendo, al contempo, la possibilità per l'amministrazione resistente di fornire la prova contraria.

Ulteriore ragione di perplessità suscitata dal richiamato orientamento sta in ciò: che esso tratta la regola in questione come norma di azione, ignorandone il carattere relazionale. Nella misura in cui una norma, nell'imporre un obbligo di condotta all'amministrazione, lo faccia nell'interesse del partecipante a

vedersi trattato – anche solo potenzialmente – come gli altri concorrenti, quella stessa norma (di relazione) costituisce altresì il fondamento di una posizione che per l'ordinamento è giuridicamente rilevante e meritevole di protezione. Collegando la norma alla tutela di una posizione individuale, si coglie infatti quale sia il bene tutelabile tramite l'annullamento dell'atto in sede giurisdizionale: bene che, nel caso di specie, è un interesse individuale alla parità di trattamento. Se si accede a questa prospettiva, si deve riconoscere la dubbia coerenza di un approccio che preveda l'annullamento di un atto non lesivo di quell'interesse individuale. Se l'interesse non è leso, il rimedio diventa non solo superfluo, ma addirittura disfunzionale, giacché compromette altri valori, a partire, come detto, dal buon andamento.

Ne discende allora che non dovrebbe ammettersi l'annullamento di una graduatoria concorsuale fondata su una valutazione sostanzialmente corretta delle prove e su una loro corretta attribuzione ai candidati, giacché una nuova valutazione delle stesse da parte di un'altra commissione porterebbe allo stesso esito. Non si vede, in tal caso, come possa ritenersi tutelato quell'interesse individuale e soddisfatta la finalità garantista della norma.

5. (segue) e la disparità di trattamento

Una volta che gli interessi rilevanti siano correttamente acquisiti, occorre che, laddove vi sia margine di scelta in capo all'amministrazione, essi siano correttamente ponderati.

Ecco allora che l'imparzialità è uno dei principi che guidano l'esercizio della discrezionalità, che ne è stata definita la «*naturale cornice*»⁵⁸. Del resto, è solo nel momento in cui l'amministrazione ha un potere di scegliere, oltre la semplice applicazione di regole, che può aversi violazione dell'imparzialità⁵⁹: in tal caso, infatti, può verificarsi la disparità di trattamento tra situazioni comparabi-

58 S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa*, cit., p. 70.

59 Oppure, come visto nel precedente paragrafo, quando vi sia comunque la possibilità materiale di operare una disparità di trattamento.

li, che è generalmente considerata una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

Una volta che l'imparzialità si sia realizzata nelle condizioni soggettive del decisore (la neutralità, anche apparente, per assenza di interessi in conflitto) e in quelle oggettive del procedimento (il pieno "accesso" degli interessi concorrenti e rilevanti alla valutazione dell'amministrazione), occorre capire se esista, ed eventualmente entro quali limiti, una pretesa all'imparzialità nella fase vera e propria della decisione: se esista, cioè, un "diritto" all'imparzialità nel momento della ponderazione o composizione degli interessi.

Come anticipato, il tema si lega a doppio filo a quello della discrezionalità e a quello contiguo del merito⁶⁰: è, infatti, evidente che possa parlarsi di un diritto (o, meglio, di una qualsiasi posizione soggettiva tutelata dall'ordinamento) in questa fase soltanto se esistono delle regole che l'amministrazione è tenuta a seguire nel momento della composizione degli interessi.

Così presentato, il tema s'intreccia con la natura dell'attività discrezionale e del relativo sindacato, nonché con la consistenza delle situazioni soggettive dei privati a fronte del potere dell'amministrazione, sul quale si tornerà nelle prossime pagine. Per il momento, l'obiettivo è accertare se la configurazione di una pretesa individuale all'imparzialità (cui corrisponda una regola di comportamento in capo all'amministrazione) possa contribuire a orientare la decisione discrezionale dell'amministrazione e arricchire il controllo giurisdizionale di tale decisione⁶¹. A tal fine, è necessario analizzare il diritto vivente, specie nella sua dimensione giurisprudenziale.

Nell'esaminare la giurisprudenza amministrativa sul problema della disparità di trattamento, il primo dato che emerge è costituito dal rapporto tra legge e imparzialità: agire in modo imparziale significa, anzitutto, agire secondo diritto. Tuttavia, secondo la comune opinione, l'imparzialità non si risolve uni-

⁶⁰ Proprio in riferimento alla disparità di trattamento, v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 544.

⁶¹ Del resto, esistono altri principi e criteri (come ragionevolezza e proporzionalità) che l'amministrazione è tenuta a rispettare nell'esercizio dell'attività discrezionale.

camente nel rispetto delle singole disposizioni di legge ma, anzi, l'imparzialità inizia dove finisce la legge: proprio laddove la fattispecie non è interamente disciplinata da disposizioni legislative, l'imparzialità trova il proprio campo di applicazione⁶². Ecco perché la discrezionalità è definita come la naturale cornice dell'imparzialità. Allo stesso tempo, l'imparzialità trova nella disciplina legislativa un limite: vale a dire che l'imparzialità, intesa come parità di trattamento, non può garantire ciò che la legge non consente.

Una prima serie di pronunce in tema di disparità di trattamento si collega a questa premessa: il giudice ritiene che «*non è configurabile il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento nel caso in cui l'invocato trattamento favorevole sia stato concesso per un errato comportamento dell'amministrazione; e ciò in quanto l'eventuale illegittimità di detto comportamento non può mai costituire ragione sufficiente a fondare una pretesa ad ottenere le medesime condizioni e a far sorgere il diritto ad ottenere lo stesso trattamento*»⁶³.

L'argomento nasconde un problema di "giustizia": una situazione simile, nella quale a un soggetto è concesso un trattamento favorevole che è negato ad altro nella stessa situazione in quanto illegittimo, comporta un «*effetto di oggettiva disuguaglianza*»⁶⁴.

62 Il punto investe la più generale questione del ruolo dei principi nel diritto amministrativo, che si può semplificare all'estremo nei termini seguenti. Secondo le tesi più comuni, i principi possono essere considerati, in contrapposizione alle regole, come una "guida" nell'esercizio del potere: ciò significa che i principi si situano oltre la sfera della legittimità e "coprono", in tutto o in parte, l'area del merito amministrativo; in questo modo, il merito diventa sindacabile da parte del giudice (pur trattandosi di un sindacato a maglie larghe e che comunque non consente al giudice di annullare una valutazione legittima o di sostituirsi all'amministrazione). All'opposto, vi sono tesi che riconducono invece i principi interamente all'area della legittimità: in base a esse, infatti, i principi costituiscono, al pari delle regole, dei "limiti" che l'amministrazione è tenuta a rispettare ma, oltre i quali, il potere (merito) si esercita liberamente. La individuazione del contenuto di un "diritto" all'imparzialità – come posizione individuale corrispettiva al rispetto di alcuni di quei "limiti" imposti all'amministrazione – si iscrive in questo secondo ordine di idee. Sulla questione dei principi come "guida" e come "limite", si veda per tutti i riferimenti L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., p. 70 ss.

63 Cons. St., VI, 3 settembre 2003, n. 4885.

64 A. ROMANO, *Commento all'art. 26 del Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, r.d. 26 giugno 1924 n. 1054*, Sez. I, in ID. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2001, p. 283.

Si tratta, però, di una disuguaglianza priva di rilievo giuridico. Piuttosto, si può immaginare che simile rilievo giuridico vi sia laddove il comportamento colpevole dell'amministrazione, che concede solo ad alcuni un trattamento favorevole illegittimo, possa causare un danno ingiusto a chi ne resta escluso. Per esempio, il trattamento illegittimo riservato a un imprenditore potrebbe alterare il mercato a danno degli imprenditori concorrenti. In tal senso, occorrerebbe considerare, però, non il singolo rapporto amministrativo ma l'attività nel suo complesso⁶⁵. Nell'ottica, invece, di quest'indagine, ove a rilevare è proprio la singola vicenda amministrativa nella quale si realizza il diritto all'imparzialità, l'argomento giurisprudenziale non è teoricamente contestabile, né giuridicamente scorretto.

Un'altra serie di sentenze esclude invece la configurabilità della disparità di trattamento quando la fattispecie sia vincolata. Anche in questo caso, più che sulla dimostrazione del vincolo, la giurisprudenza insiste sull'incompatibilità tra vincolatezza e disparità di trattamento: se un caso è genericamente ricondotto a una ipotesi di «*potere vincolato*», tanto basta a escludere la disparità, anche quando si ammette l'esistenza di valutazioni tecniche⁶⁶. Affinché l'argomento sia valido, dovrebbe potersi escludere la discrezionalità in ogni aspetto della fattispecie⁶⁷. Invece, l'affermazione della vincolatezza sembra soprattutto una strategia argomentativa utile a evitare di accedere al fatto e di ingerirsi nell'esercizio del potere amministrativo: l'argomento della vincolatezza consente infatti, di per sé, di superare il problema della disparità di trattamento e della sua prova.

Oltre alla discrezionalità, affinché possa esservi disparità di trattamento, la giurisprudenza richiede un secondo requisito: la assoluta identità di situazioni soggettive e oggettive⁶⁸. Come per la (assenza di) discrezionalità, il giudice amministrativo sembra utilizzare l'argomento della (assenza di) assoluta identità di

65 Per un'apertura di questo genere v. L. COEN, *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa. Principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 212.

66 Per esempio, Cons. St., VI, 30 novembre 2017, n. 5798.

67 L. COEN, *Disparità di trattamento*, cit., p. 102.

68 R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 542.

situazioni per poter escludere in radice la disparità di trattamento. Del resto, se il requisito è inteso in senso stretto, è difficile immaginare due situazioni completamente sovrapponibili: si pensi, per esempio, in materia urbanistica, all'impossibilità di ipotizzare una disparità di trattamento tra le destinazioni urbanistiche di fondi anche adiacenti dal momento che ciascun fondo è «*necessariamente differenziato dagli altri e quindi è soggetto ad autonoma valutazione*»⁶⁹.

Neppure sembra che la giurisprudenza si spinga a indicare quali elementi siano rilevanti per il confronto tra le situazioni. È evidente, infatti, che nella comparazione tra due situazioni le diversità fattuali sono sempre innumerevoli, ma le uniche che contano (o dovrebbero contare) sono esclusivamente le diversità suscettibili di giustificare un trattamento differenziale.

L'argomento dell'assoluta identità delle situazioni si configura allora in modo tale da costituire un limite alla tutela dell'imparzialità: la giurisprudenza finisce, infatti, per richiedere una *probatio diabolica* o per argomentare per assurdo che, anche ove la prova fosse fornita, non ne discenderebbe automaticamente l'illegittimità dell'atto⁷⁰. La disparità di trattamento appare allora molto depotenziata nella prassi, così da rendere irrilevante l'imparzialità nelle fattispecie discrezionali: se viene richiesto che la disparità sia manifesta o abnorme per essere sanzionata, il sindacato del giudice è più facilmente riconducibile alla ragionevolezza o alla proporzionalità⁷¹. La ragione di un simile atteggiamento si può rinvenire nella naturale ritrosia del giudice amministrativo a ingerirsi nelle

69 Per esempio, T.A.R. Toscana, I, 17 gennaio 2018, n. 112.

70 Cons. St., VI, 6 giugno 2008, n. 2720: «*Orbene: non compete a questo Giudice stabilire per quale ragione l'amministrazione non ebbe a promuovere procedimento disciplinare nei confronti dei colleghi dell'appellante, come asserito dalla stessa. [...] Per essere più chiari: se Tizio e Caio, versanti nella identica situazione, a fronte di una unica condotta del superiore, avessero profferito nei confronti di quest'ultimo la medesima espressione/critica/doglianza, e l'amministrazione avesse intrapreso iniziative soltanto nei confronti di alcuno di essi, allora si sarebbe ben potuta prendere in considerazione, probabilmente, la astratta possibilità del ricorrere della figura sintomatica di eccesso di potere per disparità di trattamento prospettata nel ricorso in appello. [...] E, sotto altro profilo, se anche l'appellante ciò avesse provato, ugualmente la propria doglianza sarebbe stata inaccoglibile laddove l'amministrazione avesse errato nell'omettere di promuovere la (fondata) azione disciplinare nei confronti dei sodali dell'appellante versanti in identica situazione*».

71 R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 544.

scelte dell'amministrazione e anche nell'accesso al fatto⁷²: l'assenza di identità assoluta tra situazioni è un dato più presupposto che dimostrato⁷³.

Si consideri anche che gli argomenti passati in rassegna (vincolatezza della fattispecie, illegittimità del trattamento favorevole, assoluta identità delle situazioni) sarebbero, ciascuno di per sé, astrattamente idonei a escludere la disparità di trattamento: la giurisprudenza tende invece a usarli cumulativamente e anche a sovrapporli⁷⁴.

A conferma di quanto sostenuto, si osserva che il giudice amministrativo è invece propenso a dar peso all'imparzialità (e alla disparità di trattamento) nei casi in cui il punto non verta sulla scelta dell'amministrazione. Per esempio, si sostiene che l'imparzialità possa fondare un obbligo di provvedere anche quando la fattispecie legale non lo preveda. Ciò accade quando «*si chieda il riesame di un atto inoppugnabile (situazione che ordinariamente non determina l'esistenza di un obbligo di provvedere), nel caso in cui, in ragione di un mutato orientamento dell'amministrazione, sia stata modificata in melius la posizione di altri soggetti che si trovino in situazioni analoghe*»⁷⁵. Oppure, quando la disparità riguardi le caratteristiche dei soggetti che possono aspirare a una concessione, per cui è ritenuto illegittimo chiedere una documentazione suppletiva a uno soltanto in virtù della sua natura giuridica (associazione non riconosciuta anziché soggetto imprenditoriale)⁷⁶. In questi casi, la disparità di trattamento non tocca l'oggetto della decisione ma soltanto, nel primo caso, l'*an*; nel secondo, le uguali "condizioni di partenza" dei soggetti coinvolti in una procedura competitiva.

72 M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 226 ss.

73 Per esempio, T.A.R. Lazio, I, 8 novembre 2017, n. 11460: «*Neppure rileva la asserita disparità di trattamento che la ricorrente lamenta nei confronti di altro giudice di pace che avrebbe posto in essere una condotta simile senza essere sottoposto a procedimento disciplinare, non essendo comunque possibile presupporre una assoluta identità tra le situazioni messe a confronto né considerare le determinazioni assunte in un diverso contesto come parametro di legittimità rispetto alla decisione impugnata*».

74 Tra altre, v. Cons. St., VI, 30 novembre 2017, n. 5798, Cons. St., II, 15 settembre 2020, n. 5451.

75 T.A.R. Salerno, II, 10 aprile 2008, n. 547.

76 Cons. St., VI, 4 giugno 2002, n. 3159.

Come può innovare in questo panorama il “diritto” all'imparzialità? La sussistenza di una pretesa giuridicamente tutelata a un trattamento imparziale comporta, in capo all'amministrazione, un onere motivazionale che non può limitarsi alla negazione della disparità. E, in giudizio, dovrebbe comportare la prova, in positivo, del trattamento imparziale, con la dimostrazione della effettiva differenza tra le situazioni comparate. Ne consegue, peraltro, l'adesione a quella corrente di pensiero che vede nella disparità di trattamento non una fattispecie sintomatica dell'eccesso di potere, bensì un caso di violazione di legge: cosa che porta con sé la necessità, per saggiare la legittimità dell'atto, di un raffronto tra la fattispecie astratta e quella concreta, quindi un sindacato diretto e non indiretto⁷⁷. Il potenziamento dei mezzi istruttori nel processo amministrativo, nonché la sua mutata natura alla luce del codice, costituiscono un passo in tale direzione⁷⁸.

6. Un contributo al dibattito sulle situazioni soggettive a partire dal diritto all'imparzialità. L'autonomia delle situazioni soggettive e la critica alla moltiplicazione dei diritti soggettivi

Mostrate alcune delle possibili applicazioni della tesi proposta, occorre guardare ai riflessi che la stessa può avere sulla teoria delle situazioni giuridiche soggettive, sciogliendo la questione circa la natura di quello che finora si è chiamato, in via generale, “diritto” all'imparzialità dell'amministrazione.

In sintesi si sono enucleati tre contenuti del diritto:

i) sul versante statico, la pretesa a veder esclusi interessi e interferenze indebiti del (e sul) decisore: la pretesa, cioè, alla neutralità dell'amministrazione. Simile pretesa può essere, in certi casi, autonoma e di per sé azionabile. Altrimenti, quando essa sia ricompresa nella pretesa “finale” del privato, che la fa valere attraverso l'impugnazione del provvedimento (a sua volta finale), la neutralità non rileva di per sé ma conta l'astratta idoneità causale della parzialità dell'amministrazione a incidere sul contenuto dell'atto. Infatti, solo se vi è que-

⁷⁷ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 546 s.

⁷⁸ Per tutti, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 41 ss. e p. 261 ss.

sta astratta idoneità causale (dunque nelle ipotesi di discrezionalità – anche in concreto), l'atto adottato dall'amministrazione “parziale” è da ritenersi annullabile;

ii) sul versante dinamico, nella fase istruttoria, la pretesa a un uguale trattamento degli interessi, che implica l'obbligo in capo all'amministrazione procedente di realizzare una istruttoria accurata, da intendersi qui come una acquisizione completa e scevra da discriminazioni dei fatti rilevanti e degli interessi concorrenti;

iii) sempre sul versante dinamico, nella fase decisoria, la pretesa a una composizione/ponderazione tra gli interessi che poggia su criteri definiti e sia resa trasparente per il tramite della motivazione dell'atto: si è visto, infatti, come gli argomenti utilizzati dal giudice amministrativo per negare la disparità di trattamento siano soprattutto uno schermo per evitare l'accesso al fatto e per espandere surrettiziamente l'area riservata alla scelta dell'amministrazione.

Bisogna a questo punto procedere oltre e comprendere cosa sia il diritto all'imparzialità di cui si è detto finora: se un (o più d'uno) diritto soggettivo autonomo, sulla scorta di alcune ricostruzioni delle pretese procedimentali, oppure se una o più di quelle «*facoltà [...] inscritte nella situazione [generalmente detta] di interesse legittimo*»⁷⁹, cui corrispondono altrettanti obblighi di condotta da parte della pubblica amministrazione.

Nel primo caso, saremmo in quell'ordine di idee, particolarmente rafforzato a seguito dell'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo, per cui esistono pretese procedimentali del privato, dotate di autonoma consistenza giuridica⁸⁰ e aventi, secondo molti, la natura di diritti (soggettivi⁸¹ o

79 L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 475.

80 Si vedano A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, e, per una trattazione recente del tema, E. FRAGALE, *Il diritto (europeo) alla buona amministrazione ed il problema dell'autonomia delle pretese partecipative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, p. 825 ss.

81 M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 557 ss.

anche fondamentali⁸²). Mancherebbe infatti nel rapporto procedimentale, da parte dell'amministrazione, l'esercizio di potere amministrativo, cosa che caratterizza soltanto l'adozione del provvedimento. L'assenza del binomio potere-provvvedimento è basata sull'idea che i precetti procedimentali impongano atti e comportamenti che «non sono espressione di una posizione di superiorità o supremazia dell'apparato pubblico», ma regolino «semplici comportamenti» che le parti, anche quella pubblica, devono tenere nel corso del procedimento⁸³.

A fronte di questa, apparentemente piana, affermazione, si presenta però un ostacolo messo a fuoco già da Giannini: l'assenza di una tutela giurisdizionale propria per gli interessi procedimentali⁸⁴. Infatti, se si trattasse di autentici diritti soggettivi, dovrebbe essere possibile azionarli in sede giurisdizionale immediatamente e indipendentemente dalla posizione finale (di interesse legittimo o diritto soggettivo) collegata al bene della vita a cui aspira il privato. E ancora: se si trattasse di diritti soggettivi, al di fuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, il giudice dotato di giurisdizione sarebbe quello ordinario.

In proposito, i sostenitori della tesi dell'autonomia delle situazioni procedimentali hanno individuato, in effetti, possibili rimedi giurisdizionali: alcuni valorizzando la possibile tutela risarcitoria (successiva) dei diritti procedimentali⁸⁵; altri, invece, teorizzando la possibilità di reazione immediata all'atto (o al comportamento) che determini la lesione – in particolare – del diritto a parteci-

82 L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 ss.

83 Si veda F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, Giuffrè, 2013, 118, secondo cui «le norme sul procedimento non attengono [...] al potere pubblico, in senso formale e statico, in quanto non disciplinano manifestazioni, specifiche o particolari, di siffatta capacità speciale; in realtà le norme in questione prevedono e regolano semplici comportamenti, più esattamente i comportamenti che le parti, pubbliche o private, coinvolte nell'esercizio della funzione possono o devono tenere nel corso del procedimento». Altri, tra coloro che per primi hanno sostenuto l'autonomia rilevante delle pretese partecipative, ha evidenziato il carattere formale delle pretese partecipative, contrapposto a quello sostanziale (dunque incidente sul contenuto del provvedimento) dell'interesse legittimo: v. A. ZITO, *Le pretese partecipative*, cit., *passim*.

84 M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 634.

85 In particolare, le tesi più coerenti individuano il giudice ordinario quale giudice al quale rivolgere le domande risarcitorie per lesioni di diritti soggettivi procedimentali: M. RENNA, *Obblighi procedimentali*, cit., *passim*; F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, cit., p. 149.

pare al procedimento, facendo leva sulla tutela (anticipata) cautelare⁸⁶. Dovendo però essere conseguenti rispetto alla qualificazione delle posizioni in esame nei termini di diritti soggettivi, queste tesi ammettono che, fatta eccezione per le ipotesi di giurisdizione esclusiva, sia il giudice ordinario a dover conoscere della lesione delle pretese partecipative.

A queste ricostruzioni sono stati opposti una serie di rilievi critici. Anzitutto, il difetto di autonomia si ricava dalla strumentalità delle pretese partecipative rispetto al provvedimento finale: il privato, infatti, partecipa al procedimento – ed esercita le relative facoltà – in vista dell'ottenimento del bene della vita collegato al provvedimento⁸⁷. L'inconsistenza dell'autonomia risulterebbe anche dalla assenza di «*possibilità di reazione immediata*»⁸⁸. Inoltre, rispetto alla tutela risarcitoria delle pretese partecipative, è facile obiettare, in punto di fatto prima ancora che di diritto, che è arduo quantificare un danno per la loro lesione, qualora alla violazione della regola sul procedimento non si accompagni anche una lesione del bene finale⁸⁹; e ancora, si porrebbe il problema di azionare la tutela risarcitoria di fronte al giudice ordinario (trattandosi di lesione di diritto soggettivo)⁹⁰, magari in parallelo con l'azione di annullamento presentata al giudice amministrativo.

Ci troviamo, dunque, di fronte a pretese che hanno la natura di diritti ma il cui rafforzamento sembra non garantire al privato una particolare utilità: la tutela giurisdizionale è difficilmente praticabile (ad esempio per la difficoltà di

86 A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit., p. 254 ss.: resta tuttavia il problema della qualificazione di tali posizioni autonome come diritti (che sembra accolta dall'A.) e della relativa giurisdizione.

87 F.G. SCOCA, *Interesse legittimo*, cit., 245 s.

88 F.G. SCOCA, *Interesse legittimo*, cit., 249, nt. 67: «Di già indicativo è la mancanza della possibilità di reazione immediata: si conferma che le "facoltà" sono attribuite in funzione della decisione, e, pertanto, la loro violazione ha ragion d'essere soltanto in sede di impugnazione del provvedimento, con il quale la decisione viene formalizzata»; e ancora: «è incontestabile che la violazione di tali "facoltà" da parte dell'amministrazione procedente è, allo stato attuale della disciplina positiva, scarsamente assistita da conseguenze di ordine sanzionatorio (e, quindi, giurisdizionale)» (ivi, p. 248).

89 F.G. SCOCA, *Interesse legittimo*, cit., p. 247.

90 F.G. SCOCA, *Interesse legittimo*, cit., p. 250.

individuare un danno risarcibile)⁹¹, e complicata ulteriormente dal riparto di giurisdizione. Inoltre, la soddisfazione delle pretese partecipative non garantisce necessariamente al cittadino il conseguimento del bene finale, che è ciò che, di fatto, realmente gli preme.

Sembra quindi che questa scomposizione in un «*catalogo di 'microdiritti'*»⁹² non sia necessaria. Essa, infatti, rischia di rivelarsi artificiosa sul piano giuridico, nella misura in cui si ravvedono situazioni soggettive autonome (diritti) a tutela di utilità strumentali rispetto al bene finale; e poco utile sul piano pratico, perché a simili situazioni – come dimostra anche la prassi successiva alla legge sul procedimento – non è possibile garantire tutela effettiva.

Soprattutto, questa moltiplicazione dei diritti lascia in vita l'interesse legittimo, che finisce per garantire – secondo una nota ricostruzione⁹³ – tutti gli interessi privati che non assurgono al livello di diritti. Questo conduce a due ulteriori problemi. Il primo riguarda la necessità di individuare una differenza tra norme che tutelano interessi privati, dando origine a diritti soggettivi, e norme che tutelano (almeno primariamente) interessi pubblici, dando origine a interessi legittimi. Se, infatti, ogni situazione giuridica soggettiva deve trovare fondamento in una previsione normativa, occorre che vi sia un criterio atto a distinguere tra norme del primo e del secondo tipo. Il criterio più tradizionale è quello che distingue tra norme di azione e norme di relazione, che abbiamo visto essere utilizzato, anche di recente, in tema di imparzialità. Si tratta, tuttavia, di un criterio da tempo criticato e ritenuto inservibile, dal momento che, da un lato, ogni norma – incluse quelle di “relazione” – è posta (anche) nell'interesse

91 Sul problema si vedano le considerazioni di M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 430 ss. e quelle, più recenti, di A. IULIANI, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 171 ss. In generale, sulla difficoltà di garantire la tutela risarcitoria nel processo amministrativo, v. F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *Federalismi.it*, 34/2020, p. 102, secondo cui tale processo si è «*dimostrato nella concreta applicazione, fisiologicamente inidoneo ad erogare la tutela risarcitoria*», principalmente a causa della «*perdurante assenza di una vera e propria istruttoria nella fisiologia del processo amministrativo*».

92 Per usare l'espressione di A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini. Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"* (*Sonntagsgedanken*), in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 103.

93 M. RENNA, *Obblighi procedurali*, cit., par. 2.

pubblico e, dall'altro, ogni norma che ponga un vincolo all'azione della pubblica amministrazione produce un corrispondente vantaggio per il privato interessato⁹⁴. Detto altrimenti, se si prende in considerazione il rapporto tra amministrazione e cittadino coinvolto nel procedimento, le norme d'azione sono anch'esse norme di relazione: è, del resto, quanto si è provato a mostrare in riferimento alla pretesa individuale a un'amministrazione imparziale, che si realizza proprio nel rispetto da parte della p.a. di una serie di vincoli posti dalla legge alla sua azione.

Un criterio analogo a quello norme di azione/norme di relazione è stato proposto anche nel dibattito sui diritti procedurali: si è, infatti, detto che vi sono «*disposizioni normative procedurali che non costituiscono pretese immediate in capo ai soggetti privati, poiché non proteggono un valore autonomo e distinto da quello dell'efficacia e dell'imparzialità del procedimento amministrativo*». In questi casi, i privati sarebbero titolari di un interesse legittimo, posizione che «*rimane a presidiare tutte quelle situazioni procedurali e sostanziali in cui l'ordinamento, al cospetto del potere amministrativo, ritiene di dovere accordare protezione a determinati interessi privati, senza tuttavia riconoscere o attribuire diritti soggettivi in relazione agli stessi*»⁹⁵. La tesi si regge sulla "immediatezza" di alcune pretese (diritti soggettivi) e sulla protezione invece mediata di altri interessi (interessi legittimi). Essa però non sfugge alle critiche portate alla distinzione tra norme d'azione e norme di relazione. Si può sostenere, infatti, che ogni norma procedurale che imponga un obbligo per l'amministrazione garantisca altresì al privato un vantaggio, protetto dall'ordinamento e dunque esigibile. Non sembra, quindi, esservi una differenza nella struttura delle diverse pretese corrispondenti agli obblighi procedurali dell'amministrazione. Altrettanto scivoloso è il terreno se si voglia fondare una differenza tra norme in base alla loro finalità (se esse siano, cioè, poste a tutela dell'interesse

94 Per questi rilievi, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 134 ss.

95 M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., p. 561.

pubblico o di quello privato): è stato dimostrato che, una volta posta, la norma è idonea a soddisfare tanto l'interesse pubblico quanto quello privato⁹⁶.

Vi è, poi, un secondo problema legato alla moltiplicazione dei diritti procedurali e alla loro coesistenza con l'interesse legittimo come posizione finale, problema che costituisce il risvolto processuale della ricostruzione in esame.

Il progressivo ampliamento dell'area dei diritti ha portato con sé, come detto, un'espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva. Una simile espansione è, infatti, necessaria al fine di conservare le controversie comunque implicanti l'esercizio del potere pubblico al giudice amministrativo. Si tratta però, di una strada non priva di inconvenienti⁹⁷: la giurisdizione esclusiva non copre comunque ogni ambito di attività delle pubbliche amministrazioni, ragione per cui possono individuarsi materie nelle quali la lesione di diritti soggettivi debba essere fatta valere davanti al giudice ordinario. Inoltre, sul piano dell'effettività della tutela, si è già ricordato come alla moltiplicazione dei "diritti" procedurali non sia seguito un aumento delle utilità garantite dal processo ai ricorrenti⁹⁸.

Occorre, allora, trovare una risposta diversa all'evoluzione del diritto positivo: le pretese del privato, specie se tutelate da una norma puntuale (motivazione, preavviso di rigetto, astensione per conflitto d'interessi, eccetera), impongono infatti obblighi in capo alle amministrazioni, il cui adempimento non si presenta diverso dal rispetto di regole di comportamento proprie dei rappor-

96 A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 1252; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 134 ss.

97 F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione*, cit., p. 100, ha parlato di «alzata di ingegno tipicamente italiana» nel riferirsi al tentativo di «aggirare» il problema del riparto di giurisdizione attraverso la moltiplicazione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva. In questo modo, il problema non si è risolto ma, secondo l'A., si è spostato «in pratica quanto più possibile la tutela dei diritti soggettivi dal giudice ordinario al giudice amministrativo quando parte in causa è una pubblica amministrazione. Spostamento che si perfeziona con l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare anche al risarcimento del danno».

98 O, meglio, sono aumentate le occasioni di sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dell'azione della p.a., ma non hanno trovato specifico ristoro le lesioni delle situazioni procedurali.

ti privatistici. La soluzione al problema sembra, allora, da ricercarsi in una visione complessiva e unitaria delle situazioni giuridiche soggettive del privato che abbia di fronte la pubblica amministrazione.

7. (segue) Il rapporto tra cittadino e amministrazione come rapporto giuridico complesso

Vediamo allora cosa può dirci in proposito l'analisi condotta sull'imparzialità.

Un primo dato – già evidenziato – consiste nella necessaria “depurazione” delle pretese individuali dalle caratterizzazioni pubblicistiche: la confusione dei piani tra interessi privati e interessi pubblici è contraria alla natura di processo di parti del giudizio amministrativo e ingenera fenomeni di iper-protezione o ipo-protezione del privato.

Si è visto, infatti, che se l'oggetto del processo non è soltanto la posizione giuridica soggettiva del privato che si pretende lesa, il processo diventa la sede per il controllo del rispetto della legalità amministrativa a tutela di interessi pubblici, con la conseguenza che – come nei casi esaminati a proposito del conflitto di interessi – non si comprende se e quando il giudice debba annullare l'atto impugnato. Vi possono essere, del resto, fattispecie (come quelle vincolate) nelle quali il mancato rispetto delle norme sul conflitto di interessi può non incidere sul (legittimo) contenuto del provvedimento e, cionondimeno, produrre l'annullamento dello stesso in nome della tutela dell'immagine dell'amministrazione.

Occorre, dunque, riconoscere sul piano sostanziale quale sia l'interesse del cittadino tutelato dal diritto positivo e, di conseguenza, quale sia la pretesa azionata sul piano processuale. Per farlo, è necessario adottare il punto di vista del destinatario-cittadino nell'inquadramento delle norme sull'azione della pubblica amministrazione: non certo per negare che tali norme (si pensi, ancora, a quelle sul conflitto d'interessi o sulla *par condicio* nei concorsi) tutelino anche interessi pubblici, ma per chiarire che, nella misura in cui pongono un obbligo di

tenere un certo comportamento in capo all'amministrazione, esse fondano altresì una pretesa giuridicamente tutelata in capo al privato e che di quest'ultima egli chiede tutela in sede giurisdizionale.

Veniamo al secondo dato, riguardante la natura di queste pretese. L'amministrazione, nel corso del procedimento e anche nella determinazione della propria decisione, è tenuta al rispetto di regole di condotta, è tenuta cioè a comportarsi in modo doveroso nei confronti del privato. È difficile negare che l'astensione in caso di conflitto d'interessi, il rispetto della regola dell'anonimato nei concorsi o il divieto di disparità di trattamento costituiscano un obbligo (o il contenuto di un'obbligazione) per l'amministrazione cui corrisponda un diritto del cittadino. Non vi sono, infatti, margini di discrezionalità che possano rendere non esigibile l'adempimento da parte della pubblica amministrazione di tali obblighi.

Si è tentato di dimostrare che almeno una delle pretese connesse all'imparzialità, cioè quella alla neutralità del decisore, abbia carattere autonomo.

Tale autonomia è predicabile perché la pretesa alla neutralità si fonda su una specifica disposizione di legge (art. 6-*bis*, l. n. 241/1990) e tutela un bene (neutralità del decisore) diverso da quello finale: come ha riconosciuto la giurisprudenza, può esservi un interesse, di carattere anche morale, a essere giudicati da persone prive di pregiudizi, indipendentemente dall'esito delle loro valutazioni. Inoltre, la pretesa alla neutralità del decisore riceve tutela in sede procedimentale tramite la riconsiderazione, per esempio, del membro di una commissione che versi in una situazione di conflitto di interessi; e può riceverla in sede giurisdizionale, attraverso l'impugnazione del provvedimento di nomina o di rigetto della riconsiderazione.

Ma vi è di più: pur trattandosi di una pretesa autonoma, si è detto che essa può esser fatta valere anche con l'impugnazione del provvedimento conclusivo del procedimento. La pretesa fondata sull'art. 6-*bis*, fatta valere in sede

di impugnazione del provvedimento, perde il suo carattere autonomo per assumere uno strumentale rispetto alla pretesa al bene finale. In questo caso, infatti, la situazione giuridica soggettiva ritenuta lesa dal privato (e il corrispondente oggetto del processo) è quella collegata al bene cui egli in fondo aspira. Ne consegue che, in sede giurisdizionale, il ricorrente dovrà dimostrare (e il giudice accertare) di avere quantomeno la possibilità giuridica di conseguire tale bene; in altre parole, occorre applicare la logica sottesa all'art. 21-*octies*, per la quale soltanto laddove il ricorrente abbia la *chance*, riconosciuta e garantita dalla legge, di ottenere il bene (provvedimento favorevole o diverso da quello impugnato) potrà veder annullato l'atto. L'assenza di neutralità del decisore sarà pertanto rilevante nella misura in cui possa aver avuto rilevanza causale rispetto alla decisione della pubblica amministrazione.

Si pensi, per esempio, alla situazione in cui un candidato sia valutato da una commissione nella quale un membro è in posizione di conflitto di interessi ma, allo stesso tempo, il candidato difetti di uno dei titoli richiesti per la partecipazione al concorso: ebbene, in un caso simile, l'annullamento dell'atto per violazione delle regole sull'imparzialità garantirebbe al ricorrente un risultato che, in base alla *lex specialis*, egli non avrebbe comunque potuto ottenere.

Il carattere autonomo non è invece riscontrabile nelle pretese analizzate nei §§ 4-5, perché esse manifestano (unicamente) un carattere strumentale rispetto alla pretesa finale: non vi è un bene diverso da quello finale che trova protezione in una specifica disposizione di legge. La sussistenza di una pretesa autonoma che è, al contempo, legata ad altra situazione giuridica soggettiva richiama alla mente l'idea di rapporto giuridico complesso: quel rapporto, cioè, che «*non si esaurisce nella semplice correlazione di un diritto dell'una [persona] con un corrispondente dovere dell'altra*», ma che si presenta invece come «*un insieme di posizioni soggettive fra loro collegate*»⁹⁹. È il caso del contratto di compravendita, nel quale ai

99 P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 52, da cui è tratto anche l'esempio; analogamente V. ROPPO, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 58.

Del resto, anche nell'analisi giusfilosofica i diritti soggettivi sono distinti tra quelli corrispondenti a situazioni semplici (o micro-diritti) e quelli corrispondenti a situazioni complesse (o ma-

diritti (e obblighi) principali di ottenere il prezzo e di ottenere la cosa, si aggiungono una serie di diritti (e obblighi) accessori, quale la garanzia per i difetti della cosa.

Ebbene, se si immagina il rapporto amministrativo¹⁰⁰ come rapporto giuridico complesso, fatto di una pluralità di situazioni reciproche collegate in capo alla pubblica amministrazione e ai privati, il riconoscimento della autonomia di ciascuna situazione è essenzialmente un problema di autonoma azionabilità in giudizio. L'autonoma azionabilità di una pretesa – di là dai problemi recati dalla struttura impugnatoria del processo amministrativo – non è questione che riguardi solo il piano sostanziale ma anche quello processuale: essa si intreccia, infatti, con le questioni relative all'oggetto del processo e del giudicato. Non si può certo ripercorrere l'evoluzione che il tema della deduzione in giudizio dei rapporti complessi ha avuto nel diritto e nel processo civile¹⁰¹, né tanto meno avere la pretesa di prendere posizione in merito. Si può, però, cogliere spunto dai più recenti sviluppi di quel dibattito per fondare ulteriormente la tesi dell'esistenza di pretese autonomamente tutelabili nel rapporto con l'amministrazione, afferenti a un'unica e generale «*vicenda esistenziale*»¹⁰².

Come noto, le sezioni unite della Corte di Cassazione si sono espresse in anni recenti sul frazionamento del credito, dando risposta, in particolare, a questo interrogativo: è necessario agire nel medesimo processo per la tutela di «*diritti di credito diversi, distinti ed autonomi, anche se riferibili ad un medesimo rapporto complesso tra le stesse parti*»¹⁰³? Le stesse sezioni unite avevano, infatti, precedente-

cro-diritti, “grappoli” o “pacchetti”), costituiti cioè dall'insieme di più posizioni semplici di vantaggio (si pensi al diritto di proprietà e alle facoltà che vi sono incluse): v. M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, cit., p. 41; G. PINO, *Diritti soggettivi*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di) *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 235 ss. F. FERRARO, *Diritti*, in M. RICCIARDI, A. ROSSETTI, V. VELLUZZI (a cura di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Roma, 2015, p. 134 s.

100 Sul quale, ampiamente, M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008.

101 Per tutti, v. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2006, p. 68 ss.

102 Utilizzando l'espressione di Cass., SS.UU., n. 4090/2017.

103 Cass., SS.UU., n. 4090/2017.

mente escluso la frazionabilità del credito in plurime richieste giudiziali, quando le somme fossero dovute in forza di un unico rapporto obbligatorio¹⁰⁴: ad avviso della suprema corte un simile comportamento creditorio, generando una forma di abuso del processo, sarebbe risultato contrario ai principi di correttezza, buona fede e del giusto processo. Nella più recente pronuncia, le sezioni unite hanno stabilito che *«l'infrazionabilità del singolo diritto di credito (decisamente indivisibile, nella considerazione che la parte può disporre della situazione sostanziale ma non dell'oggetto del processo, da relazionarsi al diritto soggettivo del quale si lamenta la lesione, in tutta l'estensione considerata dall'ordinamento) non comporta inevitabilmente (tanto meno implicitamente) la necessità di agire nel medesimo, unico processo per diritti di credito diversi, distinti ed autonomi, anche se riferibili ad un medesimo rapporto complesso tra le stesse parti»*. La Cassazione ammette, quindi, la possibilità di azionare separatamente la tutela di diritti di credito quando essi, pur originando da un'unica vicenda (come quella, oggetto della pronuncia, relativa a un rapporto di lavoro), siano *diversi e autonomi*.

Analoga conclusione può essere allora sostenuta con riguardo al rapporto complesso che, con l'avvio del procedimento, si instaura tra amministrazione e cittadino. La legge garantisce a quest'ultimo una serie di pretese procedurali, che possono avere (almeno in certi casi) carattere autonomo rispetto alla pretesa al provvedimento e, come tali, dovrebbero poter ricevere tutela giurisdizionale. Se, poi, il cittadino non fa valere immediatamente la lesione della singola pretesa procedimentale (nel nostro caso, la neutralità del decisore tutelata dall'art. 6-*bis*), egli potrà chiedere tutela, con l'impugnazione del provvedimento, della situazione giuridica "finale", rispetto alla quale la pretesa procedimentale assumerà carattere strumentale (con quel che ne consegue, come detto, in termini di rilevanza causale e annullamento dell'atto).

Il mancato riconoscimento del carattere autonomo per tutte le pretese legate all'imparzialità può apparire contraddittorio con quanto affermato in pre-

104 Cass. SS.UU., n. 23726/2007.

cedenza, vale a dire che laddove vi sia un obbligo in capo all'amministrazione vi è un corrispondente diritto in capo al cittadino, diritto che dovrebbe poter essere tutelato in sede giurisdizionale in base all'art. 24 Cost¹⁰⁵.

Questa apparente contraddizione si spiega con la struttura del processo amministrativo, che continua a influenzare l'inquadramento delle situazioni giuridiche soggettive. Nonostante l'evoluzione che l'ha portato a essere, come si ripete spesso, un processo sul rapporto e non più un processo all'atto¹⁰⁶, il processo amministrativo è ancora incentrato sull'impugnazione del provvedimento e l'azione di annullamento¹⁰⁷. Ne sono dimostrazione sia l'incerta affermazione della atipicità delle azioni, che sono infatti elencate negli artt. 29-31 del codice del processo amministrativo; sia la difficoltà pratica, stante la lettera dell'art. 34, c. 1, lett. c, di proporre l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto se non contestualmente all'azione di annullamento. Ed è difficile non veder emergere la centralità dell'azione di annullamento anche nel dibattito sull'autonomia delle pretese procedimentali: dove, infatti, manca un provvedimento, correlato a una posizione giuridica soggettiva del privato, manca anche la possibilità di tutela giurisdizionale autonoma e immediata di fronte al giudice amministrativo (si pensi – in proposito – alla questione degli arresti procedimentali)¹⁰⁸.

Ancora: la centralità dell'azione di annullamento impedisce o rende difficile la trasposizione nel diritto e nel processo amministrativo della distinzio-

105 Per quanto, come appena mostrato, anche il processo civile conosca limiti alla autonoma azionabilità di pretese giuridicamente tutelate.

106 In tal senso già M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 254 ss. Mette in discussione la generalità di una simile affermazione G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, p. 203 ss., distinguendo tra fattispecie nelle quali il giudizio amministrativo «è idoneo a dirimere il conflitto sostanziale fra le parti» e fattispecie nelle quali ciò non si verifica. Sul tema, v. anche L. FERRARA, G. MANNUCCI, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Diritto on line*, Treccani, 2015.

107 Sull'attualità del "primato" dell'azione di annullamento, A. POLICE, *Art. 29: sezione I*, in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Milano, Cedam, 2021, p. 257 ss.;

108 A meno di considerare le situazioni procedimentali come diritti, con le conseguenze in termini di giurisdizione e di effettività della tutela che si sono sopra analizzate.

ne tra regole di comportamento e regole di validità. Nel diritto civile, infatti, la distinzione funziona perché consente, al contempo, di salvaguardare l'assetto di interessi stabilito dalle parti nel contratto e di sanzionare la violazione di regole di condotta che le parti sono tenute a rispettare, ma che non incidono sulla validità del negozio, aprendosi così la strada alla tutela risarcitoria. Tale funzionamento si basa, però, sui principi della tipicità delle cause di invalidità e della atipicità delle azioni. Nel diritto e nel processo amministrativo questi due capitali mancano: l'imperatività delle norme di diritto pubblico, unita al sistema dei vizi di legittimità (violazione di legge e, soprattutto, eccesso di potere, vizio nel quale finiscono per rientrare le violazioni dei principi non positivizzati o non sostanziati in specifiche regole dal legislatore), porta a ritenere che ogni violazione di regola o principio abbia conseguenze sulla validità dell'atto – da cui, di nuovo, la centralità dell'azione di annullamento. Così, la dottrina che, più recentemente, ha tentato la suddetta trasposizione si è divisa tra chi ritiene che le regole di comportamento di origine privatistica (derivanti dai principi di correttezza e buon andamento) diventino nel diritto amministrativo regole di validità¹⁰⁹; e chi invoca invece un necessario intervento del legislatore per identificare quali “illegalità” producano anche l'illegittimità dell'atto¹¹⁰.

Sembra, tuttavia, esserci una strada, suggerita dalla ricerca sull'imparzialità, che consente sia di superare, a diritto vigente, le strettoie del processo incentrato sull'annullamento, sia di indicare una possibile meta per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive nelle relazioni con la pubblica amministrazione.

Il punto di partenza deve essere l'oggetto del processo amministrativo: se davvero questo oggetto è costituito dal rapporto tra cittadino e amministrazione (o, meglio, dalla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio¹¹¹), non

109 L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'azione amministrativa tra regole di validità e regole di comportamento*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di diritto amministrativo: lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2019*, Roma, Roma Tre e-press, 2020, p. 96 ss.

110 G. POLI, *Il principio di proporzionalità tra regole di validità e regole di comportamento. Il test della pianificazione urbanistica (parte seconda)*, in *Dir. pubbl.*, 2020, spec. p. 785 ss.

111 In tal senso, v. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., p. 521 e M. CARRÀ, *Satisfattività della sentenza amministrativa e pienezza della tutela tra innovazione e tradizione*

ogni violazione di un principio o regola di condotta produrrà l'annullamento dell'atto. La violazione di principio o regola potrà riverberarsi sulla sorte dell'atto soltanto laddove tale violazione sia lesiva di una posizione giuridica del ricorrente: così come abbiamo visto con riguardo al principio di imparzialità e alle sue manifestazioni, deve esservi annullamento laddove vi sia lesione della (anche sola) *possibilità* giuridica (cioè riconosciuta da una norma dell'ordinamento) di ottenere l'utilità voluta dal privato.

Che ne è allora della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento? La distinzione tra regole di validità e regole di comportamento è tutt'altro che inutile nel diritto amministrativo, se si riflette sulle possibilità che oggi offre la disciplina processuale: il ricorrente può, infatti, domandare al giudice non solo l'annullamento dell'atto ma anche la condanna dell'amministrazione «*all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*»¹¹². L'amministrazione potrà, quindi, essere condannata all'adempimento degli obblighi su essa gravanti in fase procedimentale¹¹³: nei casi che abbiamo esaminato, l'amministrazione potrà essere tenuta, per esempio, alla nomina di una commissione priva di conflitti di interessi, al rispetto dell'anonimato nelle procedure concorsuali, all'uguale trattamento di uguali situazioni, ecc.

Ma, guardando ancora oltre, una volta che si affermi l'atipicità delle azioni nel processo amministrativo, come alcune letture del codice del processo suggeriscono e come, del resto, imporrebbero i principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, l'azione di annullamento potrebbe davvero perdere la sua centralità. In questo caso, la tutela delle situazioni giuridiche "intermedie" potrebbe realizzarsi definitivamente: esse sarebbero, infatti, direttamente azionabili e tutelabili in via preventiva (e senza snaturare la tutela cautelare). Po-

(*cenni all'esperienza tedesca*), in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 186, e ivi anche gli altri contributi per una rivisitazione recente del tema.

112 Seppure, come ricordato poco sopra, l'azione di condanna non è esperibile autonomamente ma solo contestualmente a quella di annullamento, in forza dell'art. 34, c. 1, lett. c).

113 Su azione di adempimento e obblighi gravanti sull'amministrazione nel rapporto col privato, v. anche A. IULIANI, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, cit., spec. p. 353 ss.

trebbe, infatti, aversi uno sviluppo analogo a quello avutosi nel diritto e nel processo civile quando la moltiplicazione dei diritti ha reso insufficiente la classica tutela di tipo risarcitorio o restitutorio, ma ha richiesto l'affermazione di una tutela (di merito) preventiva, attraverso l'azione inibitoria¹¹⁴. Così, nel rapporto con l'amministrazione, il privato potrebbe domandare la tutela immediata di posizioni autonome procedimentali, a fronte, per esempio, di una prolungata inerzia dell'amministrazione rispetto all'adempimento di obblighi di comportamento stabiliti dalla legge.

8. Il “diritto” all'imparzialità e il ritorno all'interesse legittimo

Detto tutto questo sulla possibile autonomia delle pretese del cittadino nel rapporto con l'amministrazione, occorre da ultimo rivelarne la natura, se si tratti cioè di diritti soggettivi o di interessi legittimi. La distinzione tra diritti procedimentali e interessi legittimi era stata avanzata per concedere tutela risarcitoria a interessi dei privati protetti dalla legge ma non necessariamente lesi dal provvedimento finale. Si è detto, tuttavia, di come simile obiettivo non sia stato raggiunto a causa di problemi di effettività della tutela: da un lato, si è registrata la difficoltà di individuare un danno conseguente alla violazione delle norme procedimentali; dall'altro, la riconosciuta natura di diritti delle posizioni procedimentali avrebbe aperto la strada alla giurisdizione del giudice ordinario, costringendo il cittadino a coltivare un difficoltoso giudizio risarcitorio.

114 Sul punto, v. ampiamente G.N. NARDO, *Profili sistematici dell'azione civile inibitoria*, Napoli, ESI, 2017, p. 16 ss., oltre che per la ricostruzione dell'inibitoria come azione autonoma a carattere preventivo. In tema, v. anche A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, Jovene, 2003, p. 107 ss., in particolare sulla funzione repressiva e preventiva della tutela di condanna; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, Cacucci, 2009, p. 36 ss.; M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 86 ss. Di ammissibilità di una tutela a carattere preventivo di tipo inibitorio, a partire dalla norma dell'art. 34, c. 1, lett. c), ragiona M. TIBERII, *La tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, p. 186 ss., il quale tuttavia esclude la possibilità di utilizzare gli strumenti di tutela previsti per la reazione all'inerzia dell'amministrazione nei confronti degli atti endoprocedimentali; se la tutela ammissibile è solo quella successiva al termine di conclusione del procedimento, è allora giocoforza concludere, come l'A., che «il tema della tutela c.d. preventiva sembra, dunque, destinato a restare sullo sfondo, per cedere il passo al ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione» (p. 189).

Ma, soprattutto, la tesi non convince perché si fonda sulla ricerca di differenze strutturali tra diritti soggettivi e interessi legittimi, cioè tra situazioni procedurali intermedie e situazioni finali. Uno dei dati ricavabili dall'indagine svolta sull'imparzialità riguarda, invece, proprio la identità di struttura tra la pretesa intermedia autonoma alla neutralità del decisore e la pretesa finale legata al provvedimento conclusivo del procedimento. Se, infatti, le norme sull'attività dell'amministrazione sono lette dal punto di vista del cittadino e della sua situazione soggettiva, si nota come esse gli garantiscano un'utilità nella misura in cui pongono uno o più obblighi in capo all'amministrazione (dalla nomina di una commissione imparziale al pari trattamento rispetto agli altri concorrenti). Da questo punto di vista, situazioni procedimentali e situazioni finali non differiscono. Entrambe le pretese sono pur sempre legate a «*provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente*» all'esercizio del potere amministrativo (art. 7, c.p.a.): esse rientrano cioè in una vicenda nella quale l'amministrazione è dotata di potere. E tanto la posizione autonoma intermedia, quanto quelle finali hanno di fronte – come si è cercato di mostrare – obblighi dell'amministrazione. Né l'una né le altre fronteggiano, invece, un "potere", inteso come libero esercizio di una scelta politica o politico-amministrativa¹¹⁵.

Non avrebbe dunque senso parlare di diritto soggettivo riguardo alla prima pretesa e di interesse legittimo riguardo alla seconda: si tratta sempre di posizioni tutelate dalla legge cui corrispondono obblighi di comportamento in capo all'amministrazione. Eccoci allora al nocciolo della questione: non si tratta tanto di distinguere tra interessi legittimi e diritti soggettivi e collocare, di conseguenza, le pretese nell'uno o nell'altro insieme (e ragionare di conseguenza sulla giurisdizione e le forme di tutela), sulla scorta di quanto suggerisce la teoria dei diritti procedimentali autonomi. Si tratta piuttosto di prendere atto che anche ciò che tradizionalmente è l'oggetto dell'interesse legittimo è scomponibile in una serie di obbligazioni. Si deve, quindi, continuare a chiamarli interessi

115 L'unica differenza sembra invero essere la presenza del provvedimento: il che reintroduce i problemi analizzati in precedenza.

legittimi, come richiede la Costituzione e come impone il sistema della doppia giurisdizione: ma se ne può accettare l'equiparazione al diritto soggettivo. Le pretese collegate all'imparzialità amministrativa possono avere, quindi, natura autonoma oppure strumentale rispetto ad altra situazione "finale": in entrambi i casi, però, la situazione di cui il ricorrente è titolare e di cui richiede tutela è da considerare di interesse legittimo¹¹⁶.

116 Secondo la definizione qui accolta, per interesse legittimo si intende una situazione soggettiva assimilabile, quanto a struttura, al diritto soggettivo (di credito), ma che sorge nei «*rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione*» (per utilizzare l'espressione oggi presente nella legge sul procedimento), che involgono «*l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo*» (secondo la formula dell'art. 7 del codice del processo amministrativo, che delinea i confini della giurisdizione amministrativa).

La tesi comporta la riconduzione all'interesse legittimo di alcune posizioni che sono più comunemente qualificate come diritti soggettivi: essa potrebbe, quindi, portare a un allargamento della giurisdizione del giudice amministrativo e a mettere in discussione la sussistenza della giurisdizione esclusiva (data la necessaria compresenza di interessi legittimi e diritti soggettivi nelle controversie concernenti l'esercizio del potere). Sulle conseguenze della tesi proposta sul piano giurisdizionale e sulla compatibilità della stessa con le previsioni in materia di giurisdizione esclusiva, ci si limita a rinviare a *L'imparzialità amministrativa come diritto*, cit., p. 252 ss.

ANTONELLO LO CALZO

Assegnista di ricerca di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi del Sannio

alocalzo@unisannio.it

**IL NUOVO “PERIMETRO” DELL’AUTODICHIA DEGLI
ORGANI COSTITUZIONALI. RECENTI TENDENZE
DELLA GIUSTIZIA DOMESTICA DOPO LA SVOLTA DELLE
SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE N.
120/2014 E N. 262/2017**

**THE NEW “PERIMETER” OF THE “AUTODICHIA” OF THE
CONSTITUTIONAL BODIES. RECENT TRENDS IN DOMESTIC
JURISDICTION AFTER THE TURNING POINT OF THE
JUDGEMENTS OF THE CONSTITUTIONAL COURT NO. 120/2014
AND NO. 262/2017**

SINTESI

Il tema dell'autodichia è stato al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale degli ultimi anni, fino a trovare un nuovo assetto nella pronuncia della Corte costituzionale n. 262/2017, la quale ha respinto il conflitto di attribuzioni promosso dalla Corte di cassazione contro le disposizioni dei Regolamenti parlamentari (e della Presidenza della Repubblica) che istituivano forme di giurisdizione domestica, ma, allo stesso tempo, ha fornito una serie di ulteriori elementi per “ridefinire” i confini dell'autodichia che, strettamente connessa all'autonomia normativa degli organi costituzionali, non potrebbe andare oltre i limiti assegnati a quest'ultima.

Da ciò hanno tratto origine quelle decisioni, prevalentemente dei giudici amministrativi, dirette a negare l'ammissibilità dell'autodichia per soggetti terzi rispetto all'organo.

Inoltre, la citata sentenza ha fornito indicazioni per conformare l'autodichia secondo un modello processuale rispettoso dei principi costituzionali, costituendo l'occasione per la revisione dei “tribunali” domestici di altri organi costituzionali.

A partire dal 2017, quindi, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale intorno alla legittimità della giustizia domestica si è assopito, mentre tale istituto è andato incontro ad una “nuova” stabilizzazione nel sistema costituzionale, orientata secondo diversi e più rigidi vincoli.

ABSTRACT

The theme of “autodichia” has been at the centre of the debate of doctrine and case law in recent years, until a new balance was found in the judgement of the Constitutional Court no. 262/2017, which rejected the conflict of powers raised by the Court of Cassation against the provisions of the Parliamentary Regalement (and of the President of the Republic) which established forms of domestic jurisdiction, but, at the same time, provided a series of further elements to “redefine” the boundaries of “autodichia” which, strictly connected to the normative autonomy of the constitutional bodies, could not go beyond the limits assigned to the latter.

This judgement was the basis of a series of decisions, mainly of administrative judges, aimed at denying the admissibility of autodichia for “third parties” with respect to the body.

Furthermore, the aforementioned judgement provided indications for conforming the “autodichia” to a procedural model that respects constitutional principles and providing the occasion for the reform of the domestic “courts” of other constitutional bodies.

Therefore, starting from 2017, the doctrinal and jurisprudential debate around the legitimacy of domestic justice has subsided, while “autodichia” had a “new” stabilization in the constitutional system, oriented according to different and more rigid constraints.

PAROLE CHIAVE: autodichia, giustizia domestica, giurisdizione, Parlamento, autonomia parlamentare.

KEYWORDS: autodichia, domestic jurisdiction, jurisdiction, Parliament, parliamentary autonomy.

INDICE: 1. Premessa. Le “quattro stagioni” dell'autodichia. – 1.1. *Segue*. Tra il “prima” e il “dopo” della giustizia domestica: lo “spartiacque” degli anni 2014-2017 come momento di “riperimetrazione”. – 2. Il (parziale, ma perentorio) tramonto dell'autodichia per i “terzi” nella giurisprudenza amministrativa e della Corte di cassazione dell'ultimo triennio. – 3. Giurisdizione in materia di vitalizi degli ex parlamentari come residua forma di autodichia delle Camere per i “terzi non dipendenti” e impatto delle “ordinanze gemelle del 2019” della Corte di cassazione sul riparto di giurisdizione e sulla conformazione della giustizia domestica. – 4. La riforma del “Regolamento per i ricorsi in materia di impiego del personale della Corte costituzionale” e il modello dell'autodichia della Presidenza della Repubblica. – 5. L'autodichia torna a Strasburgo. La Corte EDU chiude nuovamente la “porta” alle censure “convenzionali” sulla giustizia domestica italiana. – 6. Ai confini tra autodichia e pandemia. Le recenti decisioni del giudice domestico sul possesso della Certificazione verde Covid-19 ai fini dell'accesso alle sedi parlamentari. – 7. Conclusioni. Verso un nuovo equilibrio: la fine della “stagione” dell'attacco costituzionale all'autodichia e la sua “stabilizzazione” nel sistema.

1. Premessa. Le “quattro stagioni” dell'autodichia

Le vicende che attengono allo studio dell'autodichia degli organi costituzionali sono peculiari. Si tratta di un tema che, a differenza di altri che pure riguardano la “vita” delle istituzioni, non si segnala per un particolare “impatto” mediatico, essendo per lo più legato a fenomeni di “nicchia” nel funzionamento degli organi¹, tuttavia, è allo stesso tempo un fenomeno che condensa complesse implicazioni sul piano giuridico, sia perché si colloca in maniera trasversale rispetto a diversi settori disciplinari (con implicazioni che spaziano dal Diritto costituzionale al Diritto amministrativo, dal Diritto processuale al Diritto del lavoro o al Diritto civile)², sia perché tocca più profili di rilievo pubblicistico che vanno dal rapporto tra poteri dello Stato (essendo dotati di forme di giustizia domestica quasi tutti gli organi costituzionali), alla garanzia dei diritti fondamentali dei soggetti interessati (rilevanti su un piano non solo processuale, ma anche sostanziale).

1 Emblematica è la formula che, ormai più di 30 anni fa, aveva utilizzato P. DI MUCCIO, *L'autodichia parlamentare sugli impiegati delle camere*, in *Dir. soc.*, 1990, 133, per puntualizzare come «qualcuno potrebbe dedurre che trattasi di questione limitata, in senso quantitativo e qualitativo. Ma sbaglierebbe. Quando sono implicati principi costituzionali, il numero non conta, perché devono essere misurati con il metro dell'efficacia (valore + forza), non dell'uso (n legittimati $\times$ n atti)».

2 Non a caso il tema dell'autodichia è stato oggetto di attenzione sia da parte degli studiosi del diritto sostanziale, in particolare costituzionale e amministrativo, sia da parte degli studiosi del diritto processuale, ciascuno secondo le proprie specifiche sensibilità. Tant'è che l'autodichia è per lo più qualificata in dottrina, secondo la prospettiva tradizionale, come una deroga alla sindacabilità di tutti gli atti amministrativi in sede giurisdizionale. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione, giurisdizione, legislazione (brevi spunti sui rapporti tra funzioni di governo)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2019, 1, 655. Sull'autodichia come vero e proprio “diniego di giustizia” N. OCCHIOCUPO, *“Sovranità” delle camere e “diniego di giustizia” nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 245 ss.

Le implicazioni giuridiche sono notevoli quindi, difficilmente contenibili nei limiti di un lavoro che dovrebbe connotarsi per l'incisività del taglio³. Fatte le dovute premesse di inquadramento, pertanto, si intende – da un punto di vista metodologico – soffermare l'attenzione su un aspetto di maggiore attualità, vale a dire su quel processo di “perimetrazione” e “ridefinizione” cui la giustizia domestica è stata sottoposta a partire dalle decisioni della Corte costituzionale che, nel triennio 2014-2017, sembrano averne ormai radicato la legittimazione nel sistema. In realtà, come si avrà modo di osservare, le questioni rimaste “aperte”, pur a seguito dell'intervento del Giudice costituzionale, sono numerose e, soprattutto, di problematica soluzione, tanto che era difficile immaginare il superamento di ogni conflittualità, tale da non dar luogo allo svilupparsi di ulteriori vicende giudiziarie.

La stessa definizione di autodichia è problematica. Come si è in altra sede osservato⁴, per autodichia si intende talvolta ogni “attività valutativa e di giudizio degli organi costituzionali sottratta al controllo esterno del giudice comune”, tuttavia, nella sua accezione più ristretta, essa identifica «*la potestà di risolvere tramite propri organi interni le controversie insorgenti con il personale dipendente o, addirittura, in alcune ipotesi, con i terzi che fossero venuti “in contatto” nelle proprie attività con le aree riservate all'organo*»⁵. Questa seconda opzione sembra da preferire in quanto non ogni sottrazione alla giurisdizione comune è riconducibile ai medesimi principi e alla medesima *ratio*. Ad esempio, si è soliti ricondurre alla nozione di autodichia l'istituto della verifica dei poteri e delle decisioni sulle cause di ine-

3 Volendo restare agli anni più recenti, infatti, diversi sono stati i lavori monografici dedicati al tema con particolare profondità di analisi e argomentazione. Su tutti: L. BRUNETTI, *L'autodichia delle Camere*, Vita e Pensiero, Milano, 2018; L. CASTELLI, *L'autodichia degli organi costituzionali. Assetti, revisioni, evoluzioni*, Giappichelli, Torino, 2019; I. DIACO, *L'autodichia delle Camere parlamentari*, Aracne, Roma, 2018; A. LO CALZO, *L'autodichia degli organi costituzionali. Il difficile percorso dalla sovranità istituzionale alla garanzia della funzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018; A. LOSACCO, *Autodichia degli organi costituzionali. Fondamenta e prassi*, Jovene, Napoli, 2018.

4 A. LO CALZO, *L'autodichia degli organi costituzionali*, cit., 1.

5 A. LO CALZO, *Aggiornamenti in tema di autodichia: dal binomio autonomia normativa-autodichia alla Corte di cassazione come giudice dei limiti della giurisdizione domestica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 1, 141.

leggibilità e incompatibilità di cui all'art. 66 Cost.⁶, tuttavia, diverso sarebbe in tal caso il fondamento della riserva, potendo questa essere ricondotta a quelle eccezioni espresse all'operatività della regola generale della tutela giurisdizionale ordinaria (art.102 Cost.), previste esplicitamente dalla Costituzione, in maniera analoga a quanto essa dispone all'art. 103 Cost. Nel caso dell'autodichia in senso "stretto", invece, tale fondamento positivo non sembra immediatamente rinvenibile ed è stato ricondotto dalla Corte costituzionale, anche recentemente con la sentenza n. 262/2017, ad una implicita manifestazione del principio dell'autonomia degli organi costituzionali.

Tenendo ferma questa accezione di autodichia è possibile rilevare come l'istituto abbia attraversato diverse "stagioni" dell'esperienza costituzionale, sia nel periodo repubblicano che statutario, trovando una più sistematica definizione dogmatica nella giurisprudenza costituzionale degli anni 2014 e 2017. Se si volesse identificare un "prima" e un "dopo" dell'autodichia questo andrebbe molto probabilmente collocato in quest'ultimo breve arco temporale, dove il Giudice delle leggi ha dapprima lasciato intravedere uno spiraglio circa la censura della giurisdizione domestica, in particolare quella relativa al personale dipendente, per poi chiudere (definitivamente?) alle censure di ordine sostanziale, seppur con qualche solida apertura (concernente alcune peculiari tipologie di autodichia dei "terzi").

Una prima lunga fase dell'autodichia potrebbe essere metaforicamente definita "nebulosa", in quanto affonda le proprie radici in un remoto passato

6 Cfr. D. PICCIONE, *Dell'estensione parossistica dell'autodichia delle Camere: critica ad un regolamento di giurisdizione... imprudente*, in *Giur. cost.*, 2008, 2695 ss. P. PISICCHIO, *Aspetti dell'autodichia parlamentare: le incompatibilità e le ineleggibilità*, Cacucci, Bari, 2010. *Contra*, E. MALFATTI, *Natura e controlli dei decreti presidenziali di nomina dei senatori a vita*, in *Foro it.*, 1994, I, 3176, osserva che, nonostante tale prerogativa venga sovente definita quale forma di "autodichia" delle Camere, «il richiamo di quest'ultimo concetto a proposito della verifica dei poteri è abbastanza singolare dato che esso viene tradizionalmente utilizzato per giustificare la potestà di autoamministrazione, in relazione a dotazioni e spese, e l'attività svolta esclusivamente dalle camere per comporre le controversie col personale dipendente». Recentemente S. GALDIERI, *Autodichia del parlamento: giustizia domestica e verifica dei poteri*, in *Cammino Diritto*, 2019, 6.

costituzionale, risalente al periodo statutario⁷, e si protrae addirittura fino alla metà degli anni '80 del XX secolo, collocandosi la sua fine tra l'adozione della sentenza della Corte costituzionale n. 154/1985 e le riforme dei Regolamenti interni di Camera e Senato che davano una sistemazione in chiave "giurisdizionale" alla trattazione dei ricorsi del personale⁸. L'uso della metafora, quindi, non vuole indicare una remota e insondabile origine dell'istituto, piuttosto la protratta "indefinitezza" della sua natura, collocata a metà strada tra la giurisdizione materiale e il potere di amministrazione. I ricorsi del personale dipendente erano rivolti e trattati dagli stessi organi di amministrazione delle Camere, secondo moduli che non avevano chiari riscontri nel diritto positivo e una precisa predeterminazione di carattere processuale. Solo all'indomani della sentenza n. 154/1985, e delle critiche sostanziali che la Corte costituzionale aveva riservato all'istituto in un *obiter* della decisione⁹, le Camere giunsero alla risoluzione di

7 Sin dalle prime occasioni in cui il concetto di autodichia fa la sua comparsa nelle elaborazioni della dottrina essa viene connessa all'autonomia del Parlamento in quanto, come osserva G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Fratelli Bocca, Torino, 1913, 408, nessun controllo era ammissibile sulla gestione finanziaria dell'organo e «a nessun reclamo o ricorso ad autorità estranea alla Camera (salve le eventuali controversie giudiziarie civili) sono soggetti i provvedimenti che concernono la carriera e la disciplina di impiegati ed inservienti». Tradizionalmente si è soliti discorrere dell'autodichia a partire da quella delle Camere perché, vista la sua "antica" connessione all'autonomia parlamentare, risalente addirittura all'epoca statutaria, ha costituito il "modello" a cui si sono ispirate le più recenti forme di autodichia di organi che hanno fatto la loro comparsa soltanto con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e che necessitavano di un analogo apparato autonomistico (in particolare la Presidenza della Repubblica e la Corte costituzionale).

8 Si tratta delle riforme operate al Senato con il Nuovo regolamento degli uffici e dei servizi del 1 febbraio 1988, n. 6314, e alla Camera con il Regolamento per la tutela giurisdizionale dei dipendenti del 16 maggio 1988, n. 420. Sul punto si vedano R. FINOCCHI, *La giurisdizione domestica sui ricorsi del personale*, in C. D'ORTA e F. GARELLA, *Le amministrazioni degli organi costituzionali. Ordinamento italiano e profili comparati*, Laterza, Roma-Bari, 1997 321 ss.; G. MALINCONICO, *Attività e prassi degli organi giurisdizionali d'autodichia della Camera dei Deputati*, in *Riv. amm. rep. it.*, 2011, 254 ss.

9 Si allude al passaggio della sentenza Corte cost., 23 maggio 1985, n. 154, par. 4.4. Cons. diritto, in cui il Giudice delle leggi dubita della compatibilità dell'autodichia con i principi costituzionali e con le disposizioni delle Convenzioni internazionali in quanto «*indipendenza ed imparzialità dell'organo che decide, garanzia di difesa, tempo ragionevole, in quanto coesenziali al concetto stesso di una effettiva tutela, sono indefettibili nella definizione di qualsiasi controversia*». Sulla decisione si vedano G.G. FLORIDIA, *Finale di partita*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 270 ss.; G. GEMMA, *Regolamenti parlamentari: una "zona franca" nella giustizia costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1985, 1774 ss.; S. LABRIOLA, *I regolamenti parlamentari tra teorie sulla sovranità e domestica giurisdizione, tra sovranità e domestica giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1986, 424 ss.; N. OCCHIOCUPO, *"Sovranità" delle camere e "diniego di giustizia" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 254 ss.

adottare una specifica disciplina procedurale diretta a regolare nel dettaglio il rito “domestico”¹⁰.

Tali rilevanti eventi integrano la seconda stagione dell'autodichia che può essere definita, quindi, come quella della “procedimentalizzazione regolamentare”, vale a dire quel momento in cui finalmente l'autodichia esce dalle indefinite nebbie dell'autonomia degli organi costituzionali per assumere vesti, almeno formalmente, “giurisdizionali”. Dopo il 1988 esiste un vero e proprio giudice domestico, prima vi era commistione non solo soggettiva, ma anche di funzioni in capo ad organi di amministrazione interna¹¹.

La terza “stagione” prende avvio a partire da una certa “insoddisfazione” palesata in dottrina e in parte della giurisprudenza rispetto alle conclusioni cui era giunta la Corte costituzionale con la sentenza n. 154/1985 la quale, pur contenendo significativi rilievi critici rispetto alla compatibilità costituzionale dell'autodichia, concludeva per una dichiarazione di inammissibilità formulata sulla base di argomenti puramente formali che attenevano all'inidoneità dei Regolamenti parlamentari a costituire oggetto di sindacato in via incidentale da parte della Corte¹².

10 Sul punto A. D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 2004, 188.

11 L'argomento “storico” è ribadito, in particolare, da P. DI MUCCIO, *L'autodichia parlamentare sugli impiegati delle camere*, cit., 138; in tal senso anche G. BUONOMO, *L'autodichia parlamentare di nuovo in Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2013, 933 ss. Contrariamente si tende a collocare la nascita dell'autodichia non al momento della sua positiva “procedimentalizzazione”, bensì in un momento anteriore come accessorio dell'autonomia parlamentare. Cfr. S. GATTAMELATA, *La compatibilità dell'autodichia con il sistema repubblicano: parola alla Consulta*, in *Amministrativamente*, 2016, 1-2, 10 ss.; e, più di recente, L. CASTELLI, *Il “combinato disposto” delle sentenze n. 213 e n. 262 del 2017 e i suoi (non convincenti) riflessi sull'autodichia, i suoi (non convincenti) riflessi sull'autodichia degli organi costituzionali*, in *Osservatorio AIC*, 2018, 1, 16 ss.

12 La Corte costituzionale era chiamata a pronunciarsi, in via incidentale, sulla legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 1, Reg. Senato, nella parte in cui affidava al Consiglio di presidenza l'adozione dei provvedimenti relativi al personale. Il Giudice delle leggi perveniva ad una dichiarazione di inammissibilità della questione sulla scorta di un duplice argomento, di natura formale e sostanziale. In primo luogo, la Corte accoglieva un'interpretazione estremamente rigida dell'art. 134 Cost. che, nel definire gli oggetti del giudizio di costituzionalità, si limitava ad enunciare le leggi e gli atti con forza di legge, tra i quali non potrebbero essere compresi i Regolamenti parlamentari. In secondo luogo, la Costituzione, nel definire i tratti della forma di governo, avrebbe posto il Parlamento al centro del sistema, dotandolo di una «*indipendenza garantita*» nei confronti di ogni altro potere; in sostanza «*il Parlamento [...] in quanto espressione immediata della sovranità popolare, è diretto partecipe di tale sovranità, ed i regolamenti, in quanto svolgimento*

Questa fase, che può essere definita della “critica costituzionale”, si caratterizza per i tentativi compiuti in dottrina – portando avanti tesi elaborate già a partire dai decenni precedenti¹³ – di mettere in evidenza i vari aspetti conflittuali dell'autodichia con i diritti fondamentali attinenti alla tutela giurisdizionale consacrati in Costituzione. Tali argomentazioni hanno trovato numerosi “sbocchi” giudiziali, sia davanti alla Corte di cassazione¹⁴, ma soprattutto – a partire dall'ordinanza della Corte di cassazione 6 maggio 2013, n. 10400¹⁵ – davanti alla Corte costituzionale, la quale, con due note sentenze sulle quali ci soffermeremo a breve, ha posto fine a questa fase e dato apertura ad una quarta e ultima stagione, definibile come quella della “perimetrazione” dell'autodichia. Una fase che si protrae fino all'attualità e che ha visto molteplici interventi da parte dei giudici comuni – ordinario e amministrativo – finalizzati a definire gli ambiti di estensione della giurisdizione domestica, facendo applicazione dei precetti elaborati dal giudice delle leggi. Ed è proprio su questa quarta e ultima stagione dell'autodichia che il presente contributo intende soffermarsi, non senza aver illustrato i passaggi fondamentali delle sentenze 9 maggio 2014, n.

diretto della Costituzione, hanno una “peculiarità e dimensione” [...] che ne impedisce la sindacabilità, se non si vuole negare che la riserva costituzionale di competenza regolamentare rientra tra le garanzie disposte dalla Costituzione per assicurare l'indipendenza dell'organo sovrano da ogni potere».

13 In particolare, sin dagli anni '70, in dottrina si sottolineava la dubbia conformità dell'autodichia ai principi costituzionali che regolano la garanzia giurisdizionale dei diritti. L'approccio seguito, quindi, tendeva ad affrontare il problema della costituzionalità attraverso il raffronto con i principi del giusto processo e della garanzia del diritto individuale ad un giudice (del dipendente in primo luogo), leso dalla riserva di cognizione in capo ai giudici domestici (ammesso che esistessero in senso “lato” prima delle riforme regolamentari del 1988). Solo in tempi recenti ha avuto maggiore (e prevalente) considerazione un diverso argomento, tendente a collegare – in un rapporto biunivoco – l'autodichia all'autonomia normativa degli organi costituzionali. Al riguardo, e per ulteriori indicazioni bibliografiche, si veda A. LO CALZO, *Aggiornamenti in tema di autodichia*, cit., 141 s.

14 Cass. civ., S.U., 28 novembre 1985, n. 6943; Cass. civ., S.U., 10 aprile 1986, n. 2546; Cass. civ., S.U., 23 aprile 1986, n. 2861; Cass. civ., 18 novembre 1988, n. 6241; Cass. civ., S.U., 10 giugno 2004, n. 11019; Cass. civ., S.U., 27 luglio 2004, n. 14085.

15 Con tale ordinanza, a distanza di oltre quindici anni dalla precedente ord. 11 luglio 1977, n. 356, (seguita dopo qualche anno dalle ordinanze 23 marzo 1981, n. 135 e n. 136), la Corte di cassazione tornava ad investire, in via incidentale, la Corte costituzionale della questione di legittimità dei Regolamenti parlamentari, nella parte in cui legittimavano l'esistenza di forme di giustizia domestica.

120 (rel. Amato), e 13 dicembre 2017, n. 262 (rel. Amato, red. Zanon), che hanno introdotto tale ultima, delicata fase.

1.1. *Segue. Tra il “prima” e il “dopo” della giustizia domestica: lo “spartiacque” degli anni 2014-2017 come momento di “riperimetrazione”*

La sentenza n. 120/2014¹⁶ costituisce, quindi, la prima occasione, dopo il 1985, in cui la Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla legittimità dell'autodichia, sempre attraverso la via incidentale, pervenendo ad una nuova decisione di inammissibilità, la quale, però, si segnala per interessanti spunti di analisi che la differenziano notevolmente dalla più remota pronuncia.

In sintesi, possono individuarsi tre passaggi estremamente significativi che avevano lasciato presagire (in dottrina)¹⁷, un possibile, diverso orientamento futuro sulla legittimità sostanziale della giustizia domestica.

In primo luogo, la Corte ribadisce un concetto già chiaramente espresso nel 1985: i Regolamenti parlamentari non possono costituire oggetto di sindacato in via incidentale. Tuttavia, mentre in passato adduceva al riguardo sia ragioni formali che sostanziali, nella sentenza n. 120 sembra mantenere soltanto l'argomento formale, dato dall'interpretazione rigorosa dell'art. 134 Cost., tralasciando, invece, quello sostanziale, legato all'indipendenza garantita delle Camere¹⁸. Ciò non consente, ad opinione della Corte, di sottrarre i Regolamenti

16 Sulla quale si vedano i commenti di G. BUONOMO, *Il diritto pretorio sull'autodichia, tra resistenze e desistenze*, in *Forum cost.*, 2014; R. DICKMANN, *Tramonto o rilegittimazione dell'autodichia delle Camere?*, in *Federalismi*, 2014, 10; L. TESTA, *La Corte salva (ma non troppo) l'autodichia del Senato*, in *Federalismi*, 2014, 10; F.G. SCOCA, *Autodichia e indipendenza delle Camere parlamentari*, in *Giur. cost.*, 2014, 2091 ss.; M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*, in *Giur. cost.*, 2014, 2103 ss.; P. PASSAGLIA, *Autodichia ed insindacabilità dei regolamenti parlamentari: stare decisis e nuovi orizzonti*, in *Giur. cost.*, 2014, 2110 ss.; C. DELLE DONNE, *Autodichia degli organi costituzionali e universalità della giurisdizione nella cornice dello Stato di diritto: la Corte costituzionale fa il punto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1, 141 ss.

17 Soprattutto l'uso dell'argomento comparatistico, secondo il quale l'autodichia sarebbe istituto sconosciuto o ormai del tutto superato in altri ordinamenti, lasciava trasparire una posizione critica della Corte costituzionale, la quale avrebbe “potenzialmente” potuto trovare esplicitazione in un successivo giudizio per conflitto di attribuzioni. Cfr. P. PASSAGLIA, *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Un'indagine relativa al periodo Gennaio 2005-Giugno 2015*, in *Consulta Online*, 2015, 2, 603.

18 Osserva al riguardo G.A. FERRO, *Autodichia parlamentare e camouflage dei conflitti interorganici (all'ombra della CEDU)*, in *Rivista AIC*, 2015, 3, 8 s., che l'esclusione da parte della Corte si fon-

a qualsiasi forma di sindacato, dato che l'unico limite deriverebbe dalla supposta carenza di "forza di legge" e, quindi, dalla non riconducibilità al novero degli atti che l'art. 134 Cost. ritiene passibili di controllo in via incidentale. Infatti, i Regolamenti parlamentari non sono, *«come nel lontano passato, fonti puramente interne. Essi sono fonti dell'ordinamento generale della Repubblica, produttive di norme sottoposte agli ordinari canoni interpretativi, alla luce dei principi e delle disposizioni costituzionali, che ne delimitano la sfera di competenza»*.

Ciò apre al secondo argomento di rilievo, vale a dire all'eventualità che i Regolamenti possano essere oggetto di sindacato attraverso conflitto di attribuzioni. Infatti, i Regolamenti si "muovono" entro ambiti di competenza determinati, i quali definiscono lo "statuto di garanzia" degli organi, in modo particolare per quanto attiene all'esercizio di quelle funzioni che la Corte definisce "primarie".

Mentre ciò appare piuttosto chiaro, se non intuitivo, non altrettanto – secondo la Corte (terzo argomento) – si può dire per la disciplina dei rapporti con il personale dipendente e con i terzi, nonché per la risoluzione delle relative controversie. D'altra parte, per ciò che si colloca al di fuori del menzionato "statuto di garanzia" dovrebbe trovare applicazione la "grande regola dello Stato di diritto" e *«il conseguente regime giurisdizionale al quale sono normalmente sottoposti, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e tutti i diritti»*. L'indipendenza delle Camere non potrebbe automaticamente tradursi in una violazione di diritti reputati fondamentali, ragion per cui si pone la necessità di verificare la delimitazione e il rispetto degli ambiti di competenza riservati all'organo, al fine di evitare che questi possano indebitamente incidere sulla sfera di attribuzioni spettanti ad altro organo (in questo caso, giurisdizionale). Tale verifica è in definitiva rimessa alla Corte costituzionale, nella sede del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.

derebbe esclusivamente *«su ragioni di stretto diritto positivo e non su profili di ordine sistematico»*.

Sulla scorta di tale indicazione la Corte di cassazione torna, a stretto giro, a sottoporre la questione al Giudice costituzionale, ma attraverso la via del conflitto di attribuzioni¹⁹.

Ciò ha condotto all'adozione della fondamentale, quanto controversa²⁰, sentenza n. 262/2017²¹, la quale ha definito i principi cui tutt'oggi la giurisprudenza comune e domestica si ispira, aprendo ad una nuova fase dell'autodichia, non tanto incentrata sulla "critica a tutto campo" dell'istituto, quanto piuttosto su una serie di interventi "settoriali", diretti a "puntellare" i delicati confini che il Giudice costituzionale aveva tracciato in via generale.

Non era mancato chi in dottrina avesse letto la sentenza n. 262 nel segno della continuità con la sentenza n. 120, quasi ne costituisse il naturale completamento, la risposta al suggerimento metodologico che quest'ultima aveva proposto con l'indicazione del conflitto quale strumento di sindacato dell'autodichia²². Tuttavia, una tale asserzione richiederebbe un approfondimento di riflessione, se non altro perché la vicende decisionali della sentenza del 2017 sono state particolarmente "sofferte"²³ e, inoltre, perché la soluzione adottata non

19 Addirittura promuovendo due conflitti distinti, uno avverso l'autodichia del Senato e l'altro avverso l'autodichia della Presidenza della Repubblica, entrambi prontamente ammessi, rispettivamente con le ordinanze 7 luglio 2015, n. 137 e n. 138.

20 Tra le espressioni più colorite sicuramente quella di G. BUONOMO, *La Corte, la sete e il prosciutto*, in *Forum cost.*, 2018, 1, 1, che ha definito la sentenza "urticante".

21 Si vedano a commento, senza pretesa di esaustività, N. LUPO, *Sull'autodichia la Corte Costituzionale, dopo lunga attesa, opta per la continuità (nota a Corte Cost. n. 262 del 2017)*, in *Forum cost.*, 2017, 12; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale consolida l'autodichia degli organi costituzionali*, in *Federalismi*, 2017, 24; M. MANETTI, *Quell'oscuro oggetto del desiderio: l'autodichia degli organi costituzionali nei confronti dei propri dipendenti*, in *Giur. cost.*, 2017, 2838 ss.; E. RINALDI, *La Corte costituzionale e l'autodichia: ci sono dei giudici per i dipendenti delle Camere e della Presidenza della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2017, 2844 ss.; L. BRUNETTI, *Giudicare in autonomia: il vestito nuovo dell'autodichia*, in *Quad. cost.*, 2018, 204 ss.; F. DALLA BALLA, *I paradossi dell'autodichia. Prospettive delle giurisdizioni domestiche dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 262/2017*, in *Federalismi*, 2018, 15; G.A. FERRO, *Lo straordinario virtuosismo manicheo dell'autodichia degli organi costituzionali*, in *Ambiente diritto*, 23 marzo 2018.

22 In questo senso F. PERCHIUNNO, *L'autodichia: parametri di legittimità costituzionale e garanzie giurisdizionali*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro", Anno VI, Edizioni SGE, Taranto, 2018, 324. In verità la discontinuità tra le due decisioni, seppur con innegabili profili di continuità, è rilevabile sotto più aspetti. Cfr. M. MANGANARO, *L'autodichia come «manifestazione tradizionale» dell'autonomia degli organi costituzionali: le aspettative deluse dopo Corte cost. n. 120/2014*, in *Osservatorio AIC*, 2018, 3, 348 ss.

23 La vicenda si è protratta per anni davanti alla Corte costituzionale, oggetto di due diverse camere di consiglio, intervallate da un rinvio a nuovo ruolo, nonché esempio di uno di quei rari, quanto significativi, casi di sostituzione del giudice relatore con altro giudice per la reda-

appare, per così dire, a “rime obbligate”, scostandosi da quella che, almeno all'apparenza, sembrava essere la tesi *in pectore* dell'iniziale relatore (poi sostituito per la redazione da altro giudice)²⁴.

Per ragioni espositive, nonostante le implicazioni sul piano giuridico siano notevoli e richiedano ben altro approfondimento, è possibile, anche per la sentenza n. 262/2017, schematizzare i contenuti argomentativi attorno a tre punti essenziali.

Il primo è sicuramente il più complesso, ma anche quello che, a prescindere dalla condivisione degli esiti, appare più solido negli argomenti²⁵; la Corte cerca così di ricostruire il fondamento dell'autodichia, a partire dall'autonomia normativa di cui godrebbero gli organi costituzionali, per giustificare il rigetto del conflitto sollevato dalla Cassazione con un motivo che, rispetto agli altri, parrebbe assorbente.

La Corte sostiene che l'essenza dell'autonomia degli organi costituzionali si espliciti prevalentemente sul versante dell'autonomia normativa, sia che questa abbia un fondamento costituzionale positivo, come per le Camere, ovvero solo un implicito fondamento costituzionale, come nel caso della Presidenza della Repubblica. Tale autonomia, come già affermato nella sentenza n. 120/2014, non riguarderebbe soltanto le funzioni primarie, su tutta la disciplina del procedimento legislativo, ma anche l'organizzazione interna, in quanto pro-

zione, solitamente sintomo di una “frattura” all'interno del collegio, con soccombenza della tesi portata avanti dal relatore di fronte alla maggioranza del consesso. Al riguardo, N. LUPO, *Sull'autodichia la Corte Costituzionale, dopo lunga attesa, opta per la continuità*, cit., 2; L. BRUNETTI, *Giudicare in autonomia*, cit., 204.

24 È noto che relatore e redattore della sentenza n. 120/2014 era stato Giuliano Amato, mentre, dopo essere stato nominato relatore anche per la sentenza n. 262/2017, è stato poi sostituito per la redazione da Nicolò Zanon. D'altra parte, come riporta R. IBRIDO, “*Il meglio deve ancora venire*”. *La sentenza sull'autodichia e la “dissenting opinion” del giudice Amato*, in *Diritti comparati*, 22 gennaio 2018, l'impressione di una diversa idea dell'originario relatore era emersa dalle sue pur prudenti esternazioni in occasione di un intervento pubblico, lasciando intendere una posizione maggiormente in linea, sul piano sostanziale, con i “dubbi” manifestati nella prima sentenza. Tali vicende traspaiono, tra l'altro, dal significativo lavoro di S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2015, 243 s., nonché da quello altrettanto emblematico dello stesso G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Il Mulino, Bologna, 2016, 52.

25 Parla al riguardo G. BUONOMO, *La Corte, la sete e il prosciutto*, cit., di «*un'architettura sgraziata, ma solida*».

prio l'organizzazione dell'apparato servente è strumentale al libero ed efficiente svolgimento delle funzioni costituzionali. Per usare le parole della Corte, «*il buon esercizio delle alte funzioni costituzionali attribuite agli organi in questione dipende in misura decisiva dalle modalità con le quali è selezionato, normativamente disciplinato, organizzato e gestito il personale*».

La garanzia dell'autonomia, sempre secondo la Corte, non si esaurirebbe nel momento normativo, ma resterebbe priva di concreto risvolto se non si estendesse al momento applicativo, di cui l'autodichia costituisce l'esempio più significativo. Se l'autonomia normativa non è limitata alle sole funzioni primarie, ma si estende alla disciplina del rapporto di lavoro con il personale dipendente, ne discende come naturale corollario che se le Camere hanno ritenuto di disciplinare attraverso atti regolamentari interni il rapporto di lavoro, perché funzionale ad una più completa garanzia dell'autonomia, l'autodichia costituisce «*il razionale completamento dell'autonomia organizzativa degli organi costituzionali in questione, in relazione ai loro apparati serventi, la cui disciplina e gestione viene in tal modo sottratta a qualunque ingerenza esterna*». D'altra parte, non sarebbe logico riconoscere agli organi costituzionali la potestà di regolare, secondo propri atti interni, il rapporto di lavoro con il personale per poi affidare la cognizione delle relative controversie alla giurisdizione comune²⁶.

La dimostrazione del legame tra autonomia normativa e autodichia conduce la Corte alla formulazione di un significativo, ma altresì problematico, *obiter* inerente l'autodichia per i "terzi" non dipendenti. Se, infatti, gli organi costituzionali sono abilitati a regolare in autonomia il rapporto con il personale di-

26 Ad essere rigorosi, la sentenza n. 262/2017, più che una decisione sul fondamento dell'autodichia è una decisione sull'autocrazia degli organi costituzionali, intesa come facoltà di determinare in autonomia lo stesso diritto a cui essi sono soggetti e che, quindi, sono chiamati ad applicare nella disciplina dei loro rapporti interni (anche sul versante contenzioso dell'autodichia). La Corte, infatti, pare ricavare la legittimazione della giustizia domestica come conseguenza logico-razionale dell'esistenza di una sfera di autonomia normativa costituzionalmente imprimevole. Come osserva M. MANETTI, *Quell'oscuro oggetto del desiderio*, cit., 2841, l'autodichia non sembra richiedere un'autonoma dimostrazione di legittimità, essendo soltanto un completamento dell'autonomia normativa. Data per dimostrata quest'ultima, la legittimità dell'autodichia ne è mera conseguenza.

pendente, attraendo così le relative controversie nella cognizione del giudice domestico, «non spetta invece loro, in via di principio, ricorrere alla propria potestà normativa, né per disciplinare rapporti giuridici con soggetti terzi, né per riservare agli organi di autodichia la decisione di eventuali controversie che ne coinvolgano le situazioni soggettive». Il “diniego” di autodichia per i soggetti terzi – che la Corte pare ridurre ai soli appaltatori e fornitori – è quindi conseguenza della circostanza che, a differenza della prima ipotesi, in questa debba trovare applicazione il diritto “comune”, con conseguente attrazione delle controversie interessate alla giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Per quanto l'inciso sembri avere un ruolo residuale nell'economia argomentativa della sentenza n. 262/2017 esso ha sollevato questioni di non poco conto, sulle quali è stata chiamata a pronunciarsi – a più riprese – la giurisprudenza successiva. L'*obiter*, che in realtà si colloca al di fuori dell'oggetto dei conflitti, quasi *ultra petitum*, non chiarisce le sue dinamiche applicative, ovvero se possa essere oggetto di immediata applicazione (con sostanziale disapplicazione dei Regolamenti minori) ovvero costituire l'appiglio per un nuovo, distinto conflitto²⁷. Allo stesso modo, manca l'indicazione di qualsiasi criterio generale per la definizione della categoria dei “soggetti terzi”²⁸, difficilmente sussumibile alle limitate ipotesi di appaltatori e fornitori²⁹. Una serie di questioni aperte,

27 La questione è stata affrontata e risolta, seppur con osservazioni critiche in dottrina, dal combinato intervento del Giudice amministrativo e della Corte di cassazione proprio in materia appaltistica che vedeva coinvolte le Camere del Parlamento. La Suprema Corte ha avuto così occasione di elaborare significativi argomenti sulla portata “generale” e non meramente indicativa dell'*obiter*, come parte integrante della decisione del Giudice costituzionale di cui condivide gli effetti.

28 Le carenze dell'*obiter* circa l'esatta definizione di terzo sono state sottolineate in dottrina. Si veda, in particolare, G. BARCELLONA, I “paradisi normativi” e la grande regola dello Stato di diritto: l'autodichia degli organi costituzionali e la tutela dei diritti dei terzi, in *Forum cost.*, 2018, 3, 5 ss. All'esito della decisione, inoltre, non deriva una censura di carattere generalizzato dell'autodichia per i terzi. Come si vedrà, infatti, il giudizio sui vitalizi è rimesso agli organi di autodichia competenti per i ricorsi presentati dai soggetti diversi dal personale dipendente; inoltre, soggetti chiaramente “terzi”, quali i partecipanti alle selezioni concorsuali, sono assimilati dalla normativa interna ai dipendenti e attratti nell'autodichia a questi riservata. Tra l'altro, con l'implicito avallo della sentenza n. 262 che include le “modalità di selezione” del personale tra gli ambiti funzionali al pieno esplicarsi dell'autonomia dell'organo.

29 Profilo che ha visto impegnata la Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi in sede di regolamento preventivo di giurisdizione nelle ipotesi relative al taglio dei vitalizi per gli ex parla-

quindi, le cui soluzioni – giunte talvolta in tempi recentissimi – hanno contribuito a definire il nuovo “perimetro” dell'autodichia nel sistema costituzionale.

Gli altri due punti fondamentali della sentenza in esame sembrano basati su argomentazioni più problematiche.

Innanzitutto, la Corte si trova ad affrontare la problematica censura prospettata sotto il profilo dell'art. 102 Cost. L'alternativa sembrava lasciare poche vie d'uscita: o i giudici domestici non sono giudici, e quindi vi sarebbe una lesione dei diritti costituzionali dei soggetti interessati, i quali si vedrebbero preclusa la possibilità di ottenere tutela giurisdizionale (ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.), oppure i giudici domestici sono giudici, nella specie giudici speciali, che, in quanto istituiti dopo l'entrata in vigore della Costituzione, violerebbero l'espresso divieto di cui all'art. 102 Cost.

La Corte stabilisce che gli organi di autodichia non sono giudici speciali, pertanto i loro atti sono sottratti al ricorso in cassazione ex art. 111, comma 7, Cost.³⁰, allo stesso tempo si tratta di organi che esercitano una funzione oggettivamente giurisdizionale, quanto a garanzie di composizione e procedura, i cui atti sono sottratti al sindacato esterno come riflesso dell'autonomia degli stessi organi costituzionali.

Ciò apre il terzo e ultimo punto, quello in cui i Giudici della Consulta delineano una sorta di “statuto” dell'autodichia conforme a Costituzione³¹. Da una parte, infatti, le fonti di autonomia delle Camere stabiliscono adeguate misure di incompatibilità per i giudici domestici, i quali non possono allo stesso tempo far parte degli organi amministrativi di vertice; inoltre, sono previsti specifici requisiti tecnici, diretti a far sì che gli organi giudicanti siano composti sempre da personale qualificato in materie giuridiche. Dall'altra, la Presidenza

mentari.

30 Criticamente su tale punto L. CASTELLI, *L'autodichia degli organi costituzionali*, cit., 223 ss., il quale suggerisce il superamento della tradizionale posizione di chiusura rispetto all'inclusione degli organi di autodichia dal novero della giurisdizione, senza che ciò possa in qualche modo attentare all'indipendenza degli organi.

31 Si veda al riguardo F.G. SCOCA, *L'autodichia “costituzionalizzata” e il nuovo sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1 ss.

della Repubblica si è dotata di organi di autodichia che, in primo grado e in appello, sono composti solo da magistrati provenienti dalle giurisdizioni ordinaria e amministrativa, selezionati attraverso un modulo “concertato” tra amministrazione interna e vertici degli organi giudiziari esterni³². A ciò aggiunge che, come già affermato in recenti precedenti (sent. 12 ottobre 2017, n. 213), gli organi di autodichia sono chiamati all’obiettiva applicazione del diritto al caso concreto e sono, pertanto, abilitati a sollevare questioni di legittimità costituzionale dinanzi al Giudice delle leggi.

La deroga alla giurisdizione, quindi, non si tradurrebbe in una automatica assenza di tutela, in quanto i rimedi interni offrirebbero, secondo la Corte, sufficienti garanzie di imparzialità e competenza.

Con la sentenza n. 262/2017 la posizione della Corte costituzionale sulla legittimità dell’autodichia sembra essere perentoria, ponendo fine alla fase della “critica costituzionale”. L’autodichia sembra uscire, così, consolidata dal triennio 2014/2017³³, spostandosi l’attenzione della dottrina (ma, soprattutto, della giurisprudenza) su un diverso scopo, quello di fissare i “nuovi” confini della giustizia domestica, facendo chiarezza sulle zone d’ombra che ancora residuavano dopo la decisione della Corte sui conflitti di attribuzione.

2. Il (parziale, ma perentorio) tramonto dell’autodichia per i “terzi” nella giurisprudenza amministrativa e della Corte di cassazione dell’ultimo triennio

Nel periodo immediatamente successivo alla pubblicazione della sentenza n. 262/2017, il primo ambito nel quale la giurisprudenza comune è stata chiamata ad un’opera di “perimetrazione” dell’autodichia è stato proprio quello

³² È stata significativamente sottolineata in dottrina l’impossibilità di assimilare fattispecie di autodichia tanto diverse, soprattutto per quanto concerne la composizione. Cfr. F.G. SCOCA, *Autodichia e Stato di diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 37. D’altra parte, tale assimilazione sembra smentita proprio dalla scelta regolamentare fatta a stretto giro dalla Corte costituzionale che ha riformato il proprio sistema di autodichia, secondo moduli molto simili a quelli scelti dalla Presidenza della Repubblica (vedi *infra*, par. 4).

³³ In questi termini R. DICKMANN, *La Corte costituzionale consolida l’autodichia degli organi costituzionali*, cit.

concernente l'autodichia dei terzi, alla quale la Corte costituzionale aveva dedicato soltanto uno stringato *obiter*.

Nei primi casi in materia di appalti³⁴, coinvolgenti il Senato della Repubblica, il TAR Lazio si era limitato ad affermare la sussistenza della propria giurisdizione, ricavandola dalle statuizioni della Corte costituzionale. Tuttavia, nel merito aveva disposto a favore del Senato, ragion per cui quest'ultimo era rimasto acquiescente rispetto al profilo inerente la giurisdizione, verosimilmente secondario rispetto al profilo di merito.

Di lì a poco ha preso avvio un'altra vicenda processuale, coinvolgente in questo caso la Camera dei Deputati che, anche per gli sviluppi avuti nel merito, ha adottato un approccio difensivo non acquiescente sul punto della giurisdizione, giungendo dinanzi alla Corte di cassazione, adita in sede di ricorso ex art. 111, comma 8, Cost.

La sentenza TAR Lazio, 24 aprile 2020, n. 4183³⁵, che costituisce il primo provvedimento di questo articolato percorso, non si differenzia molto dai precedenti. Anche in questo caso abbiamo un ricorso presentato da un terzo innanzi al giudice amministrativo e quest'ultimo che decide nel merito la questione, disattendendo l'eccezione di difetto di giurisdizione, tra l'altro dando ragione nel merito alla Camera resistente in giudizio. Tuttavia, a fronte della decisione, il terzo ricorrente propone appello dinanzi al Consiglio di Stato, con la Camera che insiste per l'eccezione del difetto di giurisdizione o, in subordine, chiedendo al giudice di proporre un nuovo conflitto di attribuzioni, visto che una decisione immediata si traduceva in una sostanziale disapplicazione del regolamento della Camera, non espressamente censurato dalla sentenza n. 262/2017.

Il Consiglio di Stato perviene alla sentenza 31 maggio 2021, n. 4150, nella quale vengono riportati *in nuce* una serie di argomenti che, poi, troveranno

³⁴ TAR Lazio, Roma, 11 settembre 2018, n. 9268, e TAR Lazio, Roma, 10 luglio 2019, n. 9134. Su questi casi si veda A. LO CALZO, *Aggiornamenti in tema di autodichia*, cit., 146 ss.

³⁵ Si veda E.M. SANTORI, *Sulla giurisdizione del giudice amministrativo in una controversia relativa ad una procedura di gara indetta dalla Camera dei deputati*, in *Foro amm.*, 2020, 4, 644 ss.

maggiore sviluppo dinanzi alla Corte di Cassazione. Per i giudici di Palazzo Spada la questione verterebbe sull'applicazione del regolamento minore della Camera che attribuisce al Consiglio di giurisdizione la competenza a decidere sui ricorsi presentati avverso gli atti di amministrazione, anche da soggetti estranei (non dipendenti, dunque). Cogliendo il senso dell'*obiter* della sentenza n. 262/2017, il supremo giudice amministrativo rileva come da questo non sia derivato alcun effetto ablatorio del regolamento – il quale resta tuttora vigente – ma la sua applicazione deve essere limitata «*esclusivamente quegli atti adottati in una materia in ordine alla quale, all'organo costituzionale, è costituzionalmente riconosciuta una sfera di autonomia normativa*».

Non è esclusa in radice l'eventualità che gli organi di autodichia possano avere una competenza riservata anche su atti che attengono ai terzi, ma ciò non vale per la materia dell'affidamento a terzi dei contratti di lavori, servizi e forniture³⁶, e a tale soluzione non si perverrebbe mediante una surrettizia disapplicazione delle disposizioni regolamentari, bensì attraverso una «*rigorosa interpretazione letterale e funzionale [...] delle norme regolamentari approvate dalla Camera dei deputati*».

Non vi sarebbero, inoltre, i presupposti per sollevare un nuovo conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte costituzionale, sia perché non sussiste un interesse attuale al conflitto da parte del giudice (infatti, l'interpretazione rigorosa del regolamento esclude che lo stesso possa in qualche modo arrecare lesione alle prerogative della giudice), sia perché il conflitto tra poteri non può essere esperito quando la parte-organo dispone di altri rimedi giuridici a tutela delle sue attribuzioni (nella specie, il ricorso in cassazione per motivi di giurisdizione di cui all'art. 111, comma 8, Cost.).

Tale pronuncia, per quanto positivamente valutabile nella prospettiva della “perimetrazione” dell'autodichia, non era andata esente da critiche in dottri-

36 Osserva il Consiglio di Stato che «*le norme del Regolamento di Amministrazione e contabilità della Camera dei Deputati (articoli 39 e ss.), dettate in materia di contratti, non essendo espressione della ridetta autonomia normativa costituzionalmente fondata, non giustificano l'attrazione della controversia nell'ambito della cognizione dell'organo di autodichia*».

na. Su tutti, due aspetti che emergevano con maggiore evidenza e che erano stati prospettati anche dopo l'adozione delle prime decisioni del TAR. In primo luogo, l'effetto di sostanziale disapplicazione dei regolamenti parlamentari – maggiore e minore – attraverso il richiamo all'*obiter* della sentenza n. 262/2017, relativa nel suo complesso ad un oggetto distinto da quello dell'autodichia terzi³⁷. In secondo luogo, per la mancata proposizione di un nuovo conflitto di attribuzioni, via in un certo senso obbligata dalla permanente vigenza delle disposizioni regolamentari in questione³⁸. Infatti, la lesione alla giurisdizione deriverebbe già dalla semplice vigenza delle disposizioni, a prescindere dalla circostanza che di queste si possa seguire una lettura restrittiva, essendo necessaria quindi una verifica sulla possibilità di ricondurre gli appalti e le forniture alla sfera dell'autodichia, compito che può essere rimesso soltanto alla Corte costituzionale in sede di conflitto³⁹.

Dopo aver rigettato l'eccezione di carenza di giurisdizione sollevata dalla Camera dei deputati, il Consiglio di Stato decide nel merito sull'appello, ribal-

37 T. IANNUZZI, *La Corte Costituzionale è il "giudice naturale" della Autodichia. Nota alla Sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 4150 del 31 maggio 2021*, in *Federalismi*, 2021, 28, 70 ss. Già prima della pronuncia del Consiglio di Stato R. MICCÙ e M. FRANCAVIGLIA, *Autonomia gestionale e finanziaria delle Camere e controllo contabile: qualcosa di nuovo ma dal cuore antico*, in *Federalismi*, 2019, 15, 19, rilevavano che la decisione del TAR determinerebbe una sostanziale inapplicabilità del regolamento del Senato con conseguente applicazione della disciplina comune.

38 T. IANNUZZI, *La Corte Costituzionale è il "giudice naturale" della Autodichia*, cit., 72 ss. Eventualità che era stata prospettata, seppur in via dubitativa, già nell'immediatezza dell'adozione della sentenza n. 262/2017. Cfr. A. LO CALZO, *L'autodichia non lede le attribuzioni degli organi costituzionali e assicura la tutela dei ricorrenti?*, in *Foro it.*, 2018, I, 430. Occorre chiedersi, quindi, se la scelta di radicare immediatamente giurisdizione innanzi a se stesso da parte del giudice amministrativo non restituisca una lettura molto più ristretta dell'indicazione metodologica di cui alla sentenza n. 120/2014. Anche la Corte di cassazione sembra lasciare "spazio" alla via del conflitto in altre circostanze, tuttavia i margini sembrano – come si vedrà a breve – estremamente ridotti.

39 La circostanza che la Corte costituzionale possa essere nuovamente investita di un conflitto di attribuzioni per la verifica della riconducibilità di rapporti con i terzi alla sfera dell'autodichia emerge da un inciso della sentenza n. 262/2017, ove essa afferma che alle Camere non spetta, «in via di principio, ricorrere alla propria potestà normativa, né per disciplinare rapporti giuridici con soggetti terzi, né per riservare agli organi di autodichia la decisione di eventuali controversie che ne coinvolgano le situazioni soggettive». Il divieto rigido, quello che si ricava in modo chiaro dall'*obiter* anche secondo la giurisprudenza amministrativa, riguarda soltanto i rapporti di appalti e forniture, mentre non è da escludere che vi possano essere ambiti, non riconducibili alla "linea di principio", nei quali le Camere conservano la possibilità di attrarre in autodichia rapporti che, a ben vedere, riguardano terzi. Cfr. G.A. FERRO, *Lo straordinario virtuosismo manicheo dell'autodichia degli organi costituzionali*, cit., 20.

tando la sentenza di primo grado e accogliendo il ricorso presentato dal concorrente contro l'organo. Anche tale dettaglio processuale ha indotto la Camera a presentare un nuovo ricorso per motivi di giurisdizione dinanzi alla Corte di cassazione⁴⁰, la quale ha ribadito quanto già emergeva in modo sintetico dalla sentenza del Consiglio di Stato, fornendo una serie di argomenti che, per quanto non siano privi di profili dibattuti, pongono fine ad ogni contestazione circa la permanenza nel sistema degli organi costituzionali di un'autodichia in materia di appalti e forniture.

Con la sentenza 12 maggio 2022, n. 15236, la Suprema Corte espone una serie di argomenti che, in prospettiva, dovrebbero chiarire aspetti controversi diversi, seppur concatenati.

Un primo aspetto che le Sezioni Unite affrontano corrisponde a quello con cui il Consiglio di Stato aveva laconicamente chiuso la parte "processuale" della propria motivazione, vale a dire l'insussistenza dei presupposti per la proposizione di un nuovo conflitto di attribuzioni da parte del giudice amministrativo, sollevato contro le disposizioni dei regolamenti minori che prevedono l'autodichia per terzi diversi dal personale dipendente.

Secondo il Collegio, infatti, la giurisprudenza costituzionale non lascerebbe dubbi sul fatto che la sede naturale per la delimitazione degli ambiti di competenza tra poteri sia quella del conflitto di attribuzioni, soprattutto in quei casi – ad esempio per i regolamenti parlamentari – in cui sia consolidata la tesi dell'impraticabilità di un sindacato attraverso la via incidentale.

Tuttavia, ciò non impone al giudice alcun onere di arrestare il giudizio e promuovere conflitto in ogni caso in cui venga eccepita la sussistenza di una ipotesi di autodichia. Piuttosto il giudice deve farsi guidare dalla giurisprudenza costituzionale per valutare se effettivamente sussistano i presupposti perché la vicenda ricada sotto la cognizione del giudice domestico, alla luce dei limiti di

40 La strategia della Camera sul punto della giurisdizione è definita da L. CASTELLI, *Soggetti terzi e limiti dell'autodichia degli organi costituzionali. Ancora un importante chiarimento da parte della Corte di cassazione*, in *Diritti comparati*, 20 luglio 2022, come un «arroccamento a difesa di una interpretazione estensiva della propria autodichia».

estensione della disciplina regolamentare interna su cui questa si fonda. Chiarito ciò, la Cassazione definisce quello è lo *standard* di giudizio sull'autodichia, stabilendo che il giudice ha il potere-dovere di verificare se una determinata fattispecie ricada sotto la propria giurisdizione; *«soltanto ove ritenga di trovarsi di fronte ad un'ipotesi di giustizia domestica della Camera, il giudice avrà l'onere, in alternativa alla chiusura in rito del processo, di sollevare conflitto dinanzi alla Corte costituzionale, per lamentare la lesione concreta dell'attribuzione costituzionale di apprestare tutela alle situazioni soggettive davanti a lui azionate. Diversamente, se il giudice esclude che la fattispecie controversa sia sussumibile nel perimetro della norma regolamentare che prevede l'autodichia, incombe alla Camera dei deputati l'iniziativa di promuovere il conflitto costituzionale di attribuzione»*.

Tale criterio escluderebbe – secondo la Suprema Corte – la possibilità di attribuire alla decisione del giudice qualsiasi efficacia abrogante o disapplicativa del regolamento, trattandosi piuttosto di definire il perimetro della giustizia domestica usando i propri poteri interpretativi. Il giudice, infatti, come non potrebbe incidere sull'autonomia dell'organo, disapplicandone il diritto domestico, così non potrebbe “abdicare” alle proprie funzioni, ove una questione si collochi chiaramente al di fuori dei confini dell'autodichia.

Tale soluzione sarebbe preferibile per due distinte ragioni. In primo luogo, perché l'eccezione di autodichia non potrebbe essere paragonata alle deliberazioni di insindacabilità di cui all'art. 68 Cost. le quali, secondo giurisprudenza costituzionale, hanno efficacia inibente l'attività del giudice. Nel caso in esame, infatti, non viene in oggetto una specifica prerogativa dell'organo, ma si tratta di stabilire la spettanza della giurisdizione su una determinata controversia facendo uso dei consueti strumenti interpretativi del giudice. Proprio perché quella interpretativa è insopprimibile facoltà dell'attività giudiziale, non potrebbe essere precluso al giudice di avvalersene, effetto che si produrrebbe se fosse ad esso sottratta ogni valutazione sulla sfera di applicazione del regolamento.

In secondo luogo, l'opzione indicata apparirebbe maggiormente in linea con i presupposti del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato espressi dalla giurisprudenza costituzionale. Il conflitto di attribuzioni, infatti, è uno strumento attraverso il quale la Corte costituzionale può essere chiamata a pronunciarsi su lesioni attuali e concrete, non meramente ipotetiche e astratte. Sarebbe carente di interesse ad agire il giudice che sollevasse conflitto di attribuzioni avverso le disposizioni regolamentari interne nell'ipotesi in cui, già attraverso una loro rigorosa interpretazione, fosse possibile fissare la sussistenza della giurisdizione "comune". Né ciò lascerebbe l'organo costituzionale privo di qualsiasi rimedio potendo, nel caso, valutare diverse opzioni: proporre ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione (come avvenuto nel caso dei tagli ai vitalizi per gli ex parlamentari); proporre ricorso in cassazione per motivi di giurisdizione ex art. 111, comma 8 Cost. (come avvenuto nel caso in esame) o sollevare conflitto contro le decisioni del giudice amministrativo o della Corte di cassazione rese nei casi sopra indicati.

Con tale articolato passaggio motivazionale le Sezioni Unite provano a "mettere ordine"⁴¹ su una complessa questione che si era presentata all'attenzione della dottrina ben prima che vedesse la luce la sentenza n. 262/2017⁴².

41 Come osserva L. CASTELLI, *Soggetti terzi e limiti dell'autodichia degli organi costituzionali*, cit., la Cassazione fornisce «delle vere e proprie "istruzioni" impartite a tutti i giudici allorché si trovino al cospetto dell'eccezione di autodichia».

42 All'indomani della sentenza n. 120/2014 in dottrina erano state sostenute diverse posizioni sulle modalità di proposizione del conflitto suggerito dalla Corte costituzionale, riassumibili – con buona approssimazione – in tre "macro-tesi". Secondo una prima posizione il giudice avrebbe potuto riconoscere la sussistenza della propria giurisdizione sulle controversie relative al personale dipendente, decidendo le questioni nel merito e lasciando che fossero gli organi costituzionali interessati a promuovere l'eventuale conflitto davanti alla Corte contro le decisioni dei giudici comuni. Cfr. G. BUONOMO, *Il diritto pretorio sull'autodichia, tra resistenze e desistenze*, cit., 7. Una seconda posizione, invece, riteneva che la lesione fosse riconducibile al concreto esercizio di poteri giurisdizionali da parte degli organi di autodichia, per cui, al fine di evitare che una radicazione diretta della causa davanti al giudice comune si traducesse in una sostanziale disapplicazione dei regolamenti, veniva rimesso al giudice l'onere di proporre il conflitto, qualora adito in sede di impugnazione dei provvedimenti di autodichia, avverso lo specifico atto decisionale. Cfr. R. LUGARÀ, *I regolamenti parlamentari al vaglio di costituzionalità: la Consulta indica la strada*, in *Rivista AIC*, 2014, 3, 5. Infine, una terza e più "cauta" posizione assegnava sempre al giudice l'onere di sollevare il conflitto, ma avendo ad oggetto – nella forma della *vindicatio potestatis* – l'esercizio del potere regolamentare nella parte in cui, esorbitando dagli ambiti coperti da autonomia, assegnava agli organi di autodichia la competenza su determinate contro-

Ne emerge, quindi, un sistema a “geometrie variabili” dove l’ordine di priorità nella proposizione del conflitto dipende dalla circostanza che il giudice ritenga di ricondurre – secondo una interpretazione rigorosa dei regolamenti – una determinata fattispecie alla giustizia domestica ovvero la collochi all’esterno di questa. Nel caso in cui il giudice (ordinario o amministrativo) dovesse ritenere che la questione sia riconducibile entro i confini della cognizione del giudice domestico non avrebbe la possibilità di disattendere la disposizione regolamentare, pena la sua surrettizia disapplicazione, potendo esclusivamente sollevare conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte costituzionale; nel caso in cui, invece, dovesse ritenere che la questione esuli dalla cognizione domestica, perché insistente su un ambito nel quale l’organo è sprovvisto dell’abilitazione a ricorrere alla propria potestà normativa per disciplinare quel determinato rapporto, non potrebbe esimersi dal proseguire la propria funzione giudicante, spettando semmai all’organo costituzionale che si ritenesse leso proporre conflitto avverso il provvedimento giudiziale.

A fronte di una soluzione apparentemente molto chiara nei suoi tratti di fondo è però legittimo interrogarsi su alcune sue possibili implicazioni. Se, ad esempio, ciò non abbia costituito una sorta di “svalutazione” della via del conflitto, limitandone al portata a casi del tutto singolari, come quello della sentenza n. 262/2017; o se, inoltre, la svalutazione dipenda dall’instradamento verso conflitti “suicida”, destinati inevitabilmente al rigetto ove proposti dai giudici, perché vertenti in ambiti sicuramente coperti da autonomia normativa. Detto in altri termini, se il giudice accerta la sussistenza di una specifica riserva di cognizione, fondata a livello normativo interno – come avvenuto per i rapporti con il personale –, allora il ricorso al conflitto appare sin dall’origine destinato

versie. Cfr. P. PASSAGLIA, *Autodichia ed insindacabilità dei regolamenti parlamentari*, cit., 2116; F.G. SCOCA, *Autodichia e indipendenza delle Camere parlamentari*, cit., 2096; T.F. GIUPPONI, *La Corte e la “sindacabilità indiretta” dei regolamenti parlamentari: il caso dell’autodichia*, in *Forum cost.*, 2014, 7, 3; G. GIOIA, *Autodichia in declino*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 232 ss. Delle tre tesi occorre precisare che la prima e la terza ci sono restituite dalla giurisprudenza all’esito della sentenza n. 15236/2022 della Corte di cassazione: la prima con riferimento ai casi di autodichia per i terzi in materia di appalti e forniture, la terza per il personale dipendente secondo il modello delle due ordinanze n. 137 e n. 138/2015 che hanno ammesso i conflitti decisi con sentenza n. 262/2017.

agli stessi esiti cui sono pervenuti i due conflitti introduttivi della sentenza n. 262/2017.

Il secondo aspetto di importante novità per il quale si segnala la sentenza in esame – strettamente connesso nei presupposti e negli esiti agli argomenti sinora esposti – concerne il chiarimento sull'esatta portata precettiva dell'*obiter* formulato nella sentenza n. 262/2017.

La questione si era posta già all'indomani della sentenza "Zanon" e delle prime sentenze del TAR sull'autodichia per i terzi. La prima decisione non aveva infatti esplicitato quali effetti fossero da attribuire a un *obiter* che non trovava naturalmente riscontri in dispositivo, visto che i conflitti vertevano su un oggetto distinto, né poteva attribuirsi ai giudizi in questione un implicito effetto ablatorio "conseguenziale". Prima dell'intervento del giudice amministrativo si era anche ipotizzato un effetto "monito" dell'*obiter*, rivolto essenzialmente alle Camere per la riforma dei regolamenti interni nella parte interessata⁴³. La conseguenza naturale di ciò sembrava essere, quindi, in linea con la previsione di nuove ipotesi di conflitto dirette proprio contro queste disposizioni nel caso in cui le Camere avessero accettato comunque di perpetuarne la vigenza.

A partire dalle prime decisioni dei giudici amministrativi, invece, inizia a radicarsi la tesi di una portata non meramente esemplificativa dell'*obiter*, ma precettiva⁴⁴. Per le ipotesi in esso richiamate – ossia appalti e forniture – le Camere incontrerebbero un espresso limite alla regolamentazione autonoma e, quindi, alla loro attrazione in autodichia⁴⁵. Non erano, però, forniti gli argo-

43 A. LO CALZO, *L'autodichia degli organi costituzionali*, cit., 222 s.

44 A. LO CALZO, *Aggiornamenti in tema di autodichia*, cit., 147.

45 Osserva L. CASTELLI, *Soggetti terzi e limiti dell'autodichia degli organi costituzionali*, cit., che «quello che manca, nel caso di specie, è "il nesso di funzione" tra l'applicazione del diritto comune degli appalti alla procedura bandita dalla Camera e il pregiudizio che può concretamente derivarne al libero esercizio dell'autonomia costituzionale dell'organo, ciò che solo può giustificare la non interferenza dell'autorità giudiziaria nel relativo contenzioso». Nesso che secondo l'autore andrebbe esteso anche ai rapporti di lavoro, rappresentando il criterio distintivo tra i rapporti che sono funzionalmente connessi alle funzioni primarie dell'organo, e quindi assoggettati al regime della giustizia domestica, e quelli che non hanno tale connessione e ricadono sotto la "grande regola dello Stato di diritto".

menti teorici a supporto di una generalizzata estensione degli effetti, argomenti che, invece, pare fornire la Corte di cassazione nella sentenza del 2022.

La Suprema Corte concorda con il fatto che le affermazioni relative ad appalti e forniture si collochino su un piano oggettivo distinto da quello proprio del conflitto, riguardante invece la regolamentazione del rapporto di lavoro con il personale dipendente. Nonostante ciò, è molto chiara nell'affermare che all'*obiter* «*deve essere riconosciuto un valore non soltanto esemplificativo, ma anche orientativo, perché concorre, in una logica di bilanciamento, ad individuare il confine tra attribuzioni in equilibrio sistemico, determinando il perimetro dell'ambito garantito degli organi costituzionali, al di fuori del quale si espande la normale funzione giurisdizionale di garanzia dei diritti*». In altri termini, la Cassazione non condivide la prospettazione della Camera secondo cui le affermazioni della Corte costituzionale su appalti e forniture debbano collocarsi tra le mere “divagazioni argomentative”, eterogenee rispetto al principale filo conduttore motivazionale della sentenza n. 262/2017.

Essa perviene a tale esito partendo dalla distinzione rilevabile, quanto agli effetti, tra gli *obiter* di un giudice comune e quelli del giudice costituzionale. Mentre nel primo caso le affermazioni di principio restano legate alla decisione del caso concreto e, investendo profili che non attengono direttamente ai fatti in causa, non hanno una “forza persuasiva” con effetto generale, potendo al più preannunciare futuri sviluppi giurisprudenziali diretti ad affrontare concretamente una questione che nell'*obiter* si è prospettata solo in modo ipotetico; nel secondo, non sarebbe possibile distinguere la statuizione sull'oggetto dalla portata dell'*obiter* «*giacché le affermazioni di principio contenute nelle motivazioni di quelle pronunce, da considerare sempre nella loro totalità, hanno di mira la tutela di norme, di valori e di attribuzioni costituzionali, in una continua dialettica tra astratto e concreto*». Pertanto, quando la Corte costituzionale ha escluso che appalti e forniture di servizi potessero essere ricondotte nell'ambito dell'autodichia, ha formulato un «*preciso principio con efficacia orientativa*».

Quest'ultimo passaggio costituisce il fulcro della decisione che mette in connessione l'aspetto del radicamento diretto di giurisdizione con quello dell'efficacia dell'*obiter*. Dalle parole della Suprema Corte non pare emergere l'idea di una efficacia direttamente vincolante, piuttosto l'*obiter* è inteso come strumento per un corretto esercizio dei poteri interpretativi da parte del giudice. È attraverso il recepimento del principio in esso statuito che il giudice può correttamente, e rigorosamente, interpretare i regolamenti interni, definendo i limiti della loro applicazione. È sul piano interpretativo, quindi, che la questione andrebbe risolta e non su quello delle fonti (implicante la disapplicazione della disposizione regolamentare). In un certo senso, l'*obiter* fornisce un principio alla stregua del quale il giudice può formulare un'interpretazione delle disposizioni costituzionalmente orientata, ricavando gli elementi ermeneutici necessari attraverso la mediazione condotta dal Giudice costituzionale.

La Corte di cassazione compie un notevole sforzo argomentativo nella ricostruzione della portata "vincolante" dell'*obiter*, scegliendo sicuramente la via più tortuosa, quella dei poteri interpretativi del giudice, quando, probabilmente, la soluzione più lineare sarebbe stata quella della proposizione di un nuovo conflitto. In questo modo si finisce per attribuire all'*obiter* una efficacia dispositiva che, a ben vedere, non possiede. Non è certo un singolo elemento argomentativo a statuire sul conflitto, ma quanto la Corte ha stabilito su uno specifico oggetto (o più correttamente, su una specifica competenza).

Una posizione di questo tipo sembra omettere di considerare un aspetto significativo. Che prima della sentenza n. 262/2017, e per oltre un decennio⁴⁶, le controversie relative ad appalti e forniture fossero normalmente attratte nella cognizione del giudice domestico⁴⁷, mentre, a fronte della mancata contestazio-

46 A partire dai regolamenti approvati rispettivamente con delibera dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati del 22 marzo 1999, n. 155, in G.U., 25 giugno 1999, n. 147, e con delibera del Consiglio di Presidenza del Senato del 5 dicembre 2005, n. 180.

47 Ha così osservato G. BUONOMO, *La Cassazione giudice dell'attrazione in autodichia*, in *Questione giustizia*, 17 settembre 2019, una sostanziale "eterogenesi dei fini", visto che organi creati proprio per giudicare "principalmente" nella materia appaltistica sopravvivono altre questioni inerenti soggetti che non sono dipendenti, ma vengono radicalmente escluse proprio per appalti e forniture di servizi.

ne di tale riserva in sede di conflitto, questa è ora rimessa al giudice amministrativo. La Corte di cassazione perviene, quindi, al medesimo risultato cui sarebbe pervenuta la Corte costituzionale, non attraverso il conflitto, ma attraverso il richiamo all'*obiter* della sentenza n. 262/2017, così come ripreso dai poteri interpretativi del giudice amministrativo. In sostanza è l'*obiter* a pervenire ad una statuizione di “non spettanza” alle Camere del potere di regolare i rapporti con i terzi in via autonoma e ad assegnare le relative controversie ai giudici domestici, ma, essendo privo di efficacia immediatamente vincolante, necessita della mediazione interpretativa del giudice comune, il quale non potrà non tener conto dei principi formulati dai Giudici della Consulta.

L'ultimo punto significativo della decisione riguarda un aspetto controverso già all'indomani della sentenza n. 262/2017 e che, come si vedrà nel prossimo paragrafo, già aveva impegnato la Corte di Cassazione in un caso dai risvolti all'apparenza ancora più complessi. Si tratta della esatta ricostruzione della nozione di “terzo”, la quale non può sicuramente ridursi a quella di appaltatore o fornitore. Nel caso specifico, ovviamente, una definizione manca, ma alcuni passaggi lasciano intendere che anche per appaltatori e fornitori il divieto non sia radicale, piuttosto la nozione di terzo andrebbe ricostruita tenendo conto anche di un aspetto temporale. A seconda del momento, quindi, appaltatori e fornitori possono essere “terzi” o “non terzi” con conseguente diverso riflesso sull'autodichia.

Il provvedimento con cui è stato escluso un concorrente dalla procedura a evidenza pubblica non concerne questioni interne all'organo, trovando la propria disciplina prevalentemente nel diritto nazionale ed europeo. Ed è a questo riguardo che la Cassazione introduce la distinzione tra “terzo” e “terzo contraente”. Il concorrente che partecipa al bando di gara ancora non è inserito nell'apparato servente dell'organo, ma aspira ad entrarvi, dunque è terzo, svincolato da qualsiasi rapporto di servizio. Solo quando tale rapporto può dir-

si formalizzato questo diventa “terzo contraente”, «destinatario di norme interne che, accettate, lo riguardano».

Viene in tal senso ripresa la connessione biunivoca tra autonomia normativa e autodichia, portante nella sentenza n. 262/2017, ma che era rimasta parzialmente in ombra nella sentenza della Cassazione. La scelta di qualificare i concorrenti come terzi *tout court* esprime, quindi, la «regola di simmetria tra ambito sostanziale e ambito processuale delineata dalla giurisprudenza costituzionale [che] porta a collocare la tutela giudiziale presso la giurisdizione, non dinanzi alla giustizia domestica», quando la controversia sia regolata dal diritto comune.

Nulla però viene aggiunto in merito alle sorti degli eventuali “terzi contraenti”, anche se l’accento alle esigenze di garanzia meritevoli di valutazione indipendente lascia supporre che quanto stabilito per i “terzi” non valga anche per coloro che hanno già formalizzato il proprio rapporto di servizio. Una volta costituito questo vincolo, infatti, i contraenti si trovano ad essere inseriti nell’apparate servente, pur in mancanza di quella soggezione che caratterizza il rapporto di dipendenza del personale. In questo modo si crea una ulteriore scissione tra le categorie dei terzi, a seconda che si tratti di persone fisiche o imprese, ovvero in ragione del tipo di vincolo contrattuale che li lega all’organo⁴⁸. Si pensi alla differenza tra le persone che partecipano alle selezioni concorsuali per accedere ai ruoli della dipendenza o ai prestatori di servizi che ambiscono a vincere una gara per fornire determinate prestazioni. Per questi ultimi, soltanto al momento della stipula contrattuale si crea quel vincolo che li

48 La tesi accennata dalla Cassazione parrebbe, invece, superare la citata distinzione, riconducendo ad un trattamento più omogeneo situazioni diverse che trovano pur sempre la fonte in un rapporto contrattuale di natura privatistica, nel caso del personale in un contratto di lavoro dipendente, nel caso dei terzi in un contratto di appalto o fornitura. In entrambi i casi, una volta costituito il vincolo, vi sarebbe soggezione del terzo o dipendente alle norme interne e quindi la riconduzione delle relative controversie all’autodichia, mentre la scissione riguarderebbe la fase preliminare o propedeutica alla costituzione del vincolo (vale a dire la gara o il concorso), dove soggetti comunque terzi sono sottoposti a regimi diversi in ragione di differenti esigenze garantistiche. Sulla questione inerente alla differenza di regime legata alla “tipologia” contrattuale piuttosto che all’esigenza di autonomia si veda F. DALLA BALLA, *I paradossi dell'autodichia*, cit., 22, secondo il quale «se il faro che orienta l'autodichia è la tutela dell'autonomia dell'organo costituzionale, non si vede per quale motivo siano considerate potenzialmente più pregiudizievoli controversie spicce su indennità e ferie, rispetto a procedure di gara milionarie».

rende destinatari di norme interne, prima sono semplici terzi soggetti al diritto comune; infatti è a partire da questo momento che si pongono esigenze di tipo organizzativo e funzionale che giustificano l'applicazione di norme interne. Ciò non vale per i partecipanti ai concorsi⁴⁹, assimilati al personale e soggetti all'autodichia – anche in virtù dell'inciso della sentenza n. 262/2017 che comprende la “selezione” del personale nella autonomia normativa funzionale al buon esercizio delle alte funzioni costituzionali.

Con la sentenza n. 15236/2022 la Corte di cassazione riduce sensibilmente (ma non chiude del tutto)⁵⁰ la possibilità di nuovi conflitti, sia chiarendo la portata dell'*obiter* del 2017, ricollegandone gli effetti ai poteri interpretativi del giudice amministrativo, sia – di conseguenza – escludendo la possibilità di ricorrere al conflitto tra poteri, giacché attraverso l'interpretazione il giudice è già in grado di definire la corretta sfera della giurisdizione, senza che dalle disposizioni regolamentari possano derivare interferenze o violazioni alla propria competenza. Un ipotetico, nuovo conflitto, in questo ambito, potrebbe venire solo dall'iniziativa degli organi parlamentari.

3. Giurisdizione in materia di vitalizi degli ex parlamentari come residua forma di autodichia delle Camere per i “terzi non dipendenti” e impatto delle “ordinanze gemelle del 2019” della Corte di cassazione sul riparto di giurisdizione e sulla conformazione della giustizia domestica

Già prima delle vicende da ultimo esaminate Consiglio di Stato e Corte di cassazione erano intervenuti nell'ambito di una questione di particolare complessità, che atteneva per larghi tratti alla “perimetrazione” dell'autodichia, attraverso alcune significative affermazioni che investivano anche il rapporto tra

49 L'estensione della disciplina dettata per il personale dipendente anche ai partecipanti alle selezioni concorsuali trova il suo fondamento nel Regolamento dei concorsi del Senato, approvato con decreto del Presidente del Senato del 18 dicembre 2002, n. 9591, in G.U., 23 dicembre 2002, n. 300. Alla Camera dei Deputati l'estensione opera sin dal regolamento del 22 luglio 1999, in G.U., 23 luglio 1999, n. 171.

50 Nulla esclude infatti che, proprio seguendo le indicazioni fornite dalla Corte di cassazione nella sentenza in esame, la Camera dei deputati decida di promuovere conflitto innanzi alla Corte costituzionale ritenendo lese le proprie attribuzioni dalla decisione che ha statuito a favore della giurisdizione del giudice amministrativo.

autonomia normativa e autodichia, così come delineato schematicamente dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 262/2017.

Si intende far riferimento a quegli atti (pareri od ordinanze) succedutisi per indagare la “fattibilità” di una riforma retroattiva *in peius* dei trattamenti pensionistici per gli ex parlamentari, operata per mezzo di deliberazioni degli uffici di Presidenza delle due Camere⁵¹, e quindi sulla possibilità che le relative controversie vengano attratte alla cognizione del giudice domestico.

Appare corretto inserire la vicenda sui vitalizi nel più ampio percorso sulla “perimetrazione” dell'autodichia come ultima fase dello sviluppo in materia dopo l'intervento del Giudice delle leggi nel 2017. Infatti, si tratta di una ipotesi in cui il profilo dell'autonomia normativa si intreccia con quello della tutela giurisdizionale, superando la rigidità dello schema delineato dall'*obiter* della sentenza “Zanon”. Segna, quindi, un ulteriore tassello che implica, da una parte, una riflessione sui limiti della produzione normativa interna rispetto alla legge e, dall'altra, una riconsiderazione della categoria di “terzo”, soprattutto per quei soggetti – come gli ex parlamentari – che, pur non essendo dipendenti, non siano del tutto “estranei” alle Camere.

L'iter che ha condotto le due Camere ad adottare una disciplina interna sul taglio dei vitalizi non è perfettamente sovrapponibile. Mentre alla Camera questo è stato abbastanza lineare, al Senato si erano prospettati una serie di dubbi che avevano indotto l'organo a rivolgersi – in sede consultiva – al Consi-

51 In particolare, con le delibere 16 ottobre 2018, n. 6, al Senato e n. 12 luglio 2018, n. 14, alla Camera. Sulla vicenda dei “vitalizi”, sui cui aspetti di dettaglio non è possibile soffermarsi, si vedano N. LUPO, *La disciplina dei vitalizi e della previdenza dei parlamentari: alcuni nodi relativi alle fonti del diritto*, in *Rivista AIC*, 2017, 3; L. CASTELLI, *Il ricalcolo dei vitalizi degli ex deputati*, in *Rass. parl.*, 2018, 337 ss.; J. ROSI, *Prime osservazioni sui recenti provvedimenti di rideterminazione degli assegni vitalizi per gli ex parlamentari e per i consiglieri regionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 3; G. COGO, *Autodichia delle Camere Parlamentari nelle controversie per l'annullamento delle delibere afferenti il ricalcolo ex post dei 'vitalizi' degli ex parlamentari secondo il metodo contributivo?*, in *Lo Stato*, 2018, 355 ss.; G. LAURICELLA, *La riserva di regolamento parlamentare tra regolamento “maggiore” e regolamenti “minori”*, in *ordine alla deliberazione n. 14 del 12 luglio 2018 dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati*, in *Forum cost.*, 2019, 9. Più approfonditamente, di recente, si veda V. DE SANTIS, *Indennità e vitalizi. Per uno studio dell'art. 69 della Costituzione*, Franco Angeli, Milano, 2020.

glio di Stato, al fine di ottenere un parere sulla praticabilità della riforma attraverso deliberazioni interne.

I quesiti sottoposti erano tre, di questi, però, soltanto il primo riveste un certo interesse per la questione trattata in questa sede, quello in cui il Senato chiedeva al Consiglio di Stato un chiarimento sull'idoneità della fonte normativa prescelta – la delibera interna in luogo della legge – ad operare interventi retroattivi sulle posizioni previdenziali degli ex parlamentari⁵².

Il Consiglio di Stato fornisce le sue articolate risposte con il parere 26 luglio 2018, n. 2016, toccando almeno tre punti significativi per il tema trattato: la collocazione dei regolamenti parlamentari (maggiori e minori) nel sistema delle fonti; il rapporto tra vitalizi e indennità, soprattutto in relazione al profilo della riserva di legge e della concorrenza tra fonti; le conseguenze dell'idoneità della fonte regolamentare interna sul piano dell'autodichia.

Al fine di motivare la soluzione nel complesso positiva che dà al primo quesito, il Consiglio di Stato riconosce che ormai – dopo la sentenza n. 120/2014 – non sussistono più dubbi sul fatto che i regolamenti parlamentari siano fonti dell'ordinamento generale, che rinvergono il proprio fondamento negli artt. 64 e 72 Cost. Ad avere un immediato fondamento costituzionale sono i regolamenti “maggiori”, tuttavia, non è precluso che questi possano prevedere l'adozione di norme di rango parimenti regolamentare, da parte degli Uffici di Presidenza delle Camere, cui normalmente si attribuisce la qualifica di regolamenti “minori” e che – in assenza di una riserva espressa di legge – sono diretti a regolare l'organizzazione e il funzionamento delle Camere.

È interessante che, da un punto di vista dogmatico, i Giudici di Palazzo Spada sostengano che regolamenti maggiori e regolamenti minori, in quanto

⁵² Il secondo quesito riguardava l'aspetto sostanziale di una possibile incostituzionalità “nel merito” di un provvedimento idoneo a determinare una modifica *in peius* di prestazioni patrimoniali con effetto retroattivo, il terzo, invece, i profili dell'eventuale responsabilità a cui potevano andare incontro i componenti dell'Ufficio di Presidenza che avessero contribuito all'approvazione delle delibere.

distinti dalla legge in virtù di una riserva di competenza, costituiscano verso l'esterno un complesso articolato con rango primario⁵³.

Se lo strumento imprescindibile di regolazione dei rapporti tra fonti, in questo caso, è quello della riserva di competenza, il Consiglio di Stato specifica che possono aversi al riguardo riserve “espresse” o “relative”. Nel primo caso è l'ordinamento ad escludere ogni possibile sovrapposizione della legge al regolamento, mentre nel secondo il criterio di attribuzione è meramente “preferenziale”. Ciò implica che tra legge e regolamento minore vi possa essere una potenziale concorrenza, i cui equilibri mutevoli dipendono dalla necessità o meno di coinvolgere l'altra Camera nel processo normativo. Tra tutte le alternative possibili, quindi, potrebbe aversi il caso in cui la Costituzione non formuli una riserva espressa, per cui è possibile la rimessione dell'intera disciplina alla fonte regolamentare, da ritenersi “preferenziale”, ove più adeguata a «valorizzare gli spazi di autonomia normativa di ciascuna Camera, senza il coinvolgimento della volontà dell'altra»⁵⁴.

Ponendo maggiormente attenzione all'oggetto degli interventi normativi interni controversi, vale a dire il taglio dei vitalizi, il Consiglio di Stato sostiene che il diritto al vitalizio sia strettamente connesso all'indennità parlamentare, condividendone il medesimo fondamento nell'art. 69 Cost. Tuttavia, mentre i due istituti avrebbero fondamento analogo, altrettale parallelismo non sarebbe

53 Il parere sembra così richiamare la nota tesi di A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, 576 s., secondo il quale andrebbe tenuto distinto il piano dei rapporti interni o esterni tra fonti. Sul piano dell'ordinamento generale, infatti, i regolamenti parlamentari condividerebbero il medesimo rango primario, perché posti in rapporto di separazione di competenza rispetto alla legge; dal punto di vista “interno”, invece, tra regolamenti maggiori e regolamenti minori vi sarebbe un rapporto di subordinazione, dovendo i secondi rispettare le disposizioni dei primi oltre che la Costituzione. Per l'emergere della differenza di rango tra regolamenti maggiori e minori, anche a livello generale del sistema delle fonti cfr. G.G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1986, 447 s.

54 L'utilizzo di un criterio “preferenziale” in connessione alla valorizzazione degli spazi di autonomia normativa può prestarsi ad alcuni rilievi critici. In particolare, rischia di rendere indefiniti i margini di intervento regolamentare delle Camere, finendo per assegnare al loro libero apprezzamento la determinazione di cosa possa essere attratto all'interno della propria regolazione autonoma. Cfr. E. RINALDI, *Le vacillanti colonne d'Ercole dell'autodichia e i paradossi dell'antipolitica: tra volontà di “fare giustizia” dei privilegi dei parlamentari, ingiustificata disparità di trattamento e collocazione dei regolamenti parlamentari nel sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, 2019, 3, 468.

riscontrabile per la tipologia di atto necessario alla disciplina, sussistendo una assoluta riserva di legge soltanto per la disciplina dell'indennità, mentre per i vitalizi, tra le varie ipotesi prospettabili, il Collegio propende per quella che ammette una possibile "concorrenza alternativa tra fonti". Ciò implica che, nel caso in cui manchino indicazioni espresse in Costituzione, alle Camere vada riconosciuta autonomia in ordine alla scelta della fonte, dandosi rilievo alle scelte maturate finora, che sono nel senso dell'elezione del regolamento interno come strumento preferenziale, senza escludere che altre ragioni o esigenze possano indurre ad una nuova regolamentazione con legge.

È così che, a partire dagli anni '50 per giungere fino ai più recenti interventi, le Camere hanno sempre disciplinato la materia *de quo* ricorrendo ad apposite disposizioni interne adottate dai rispettivi Uffici di Presidenza⁵⁵. Tale "parassi normativa" risulta – ad opinione del Consiglio di Stato – avallata dalla Corte costituzionale, la quale – con la sentenza 13 luglio 1994, n. 289 – ha sottolineato la peculiarità del regime dell'assegno vitalizio dei parlamentari, rispetto al trattamento pensionistico dei dipendenti pubblici, che trova la sua disciplina in regolamenti interni delle Camere. Questo avallo non andrebbe però inteso nel senso di una vera e propria riserva di regolamento interno, piuttosto di una sua "mera sufficienza" o "idoneità" a normare la materia.

Di conseguenza, riconosciuta l'astratta idoneità del regolamento minore (o delle delibere degli Uffici di Presidenza) a regolare la materia dei vitalizi, in assenza di una espressa riserva di legge, positivamente affermata soltanto per la disciplina dell'indennità, legge e regolamento si troverebbero in rapporto di potenziale concorrenza, senza che questa impedisca che l'intera disciplina possa

⁵⁵ Andrebbe chiarito che, da un punto di vista strettamente formale, la materia dei vitalizi potrebbe essere disciplinata attraverso una pluralità di atti. Oltre alla legge, il regolamento maggiore, i regolamenti minori e soprattutto le delibere degli Uffici di Presidenza, come avvenuto appunto nel caso in esame, con le due delibere n. 6/2018 Senato e n. 14/2018 Camera. Tali particolari atti non devono essere confusi con i regolamenti minori veri e propri, collocandosi a metà tra gli atti normativi in senso proprio e gli atti di amministrazione, anche se ai fini della collocazione nel sistema generale delle fonti valgono le considerazioni che il parere del Consiglio di Stato formula in premessa. Sulle diverse tipologie di atto eleggibile cfr. G. LAURICELLA, *La riserva di regolamento parlamentare tra regolamento "maggiore" e regolamenti "minori"*, cit., 17 ss.

essere affidata alla fonte interna, secondo la scelta rimessa all'apprezzamento della Camera interessata. Proprio quest'ultimo profilo desta qualche perplessità, in quanto sembra collegare la scelta dello strumento normativo non tanto a specifiche e determinate esigenze funzionali, piuttosto a esigenze materialmente operative delle Camere, come potrebbero essere una maggiore rapidità procedimentale di adozione dell'atto interno ovvero la sua sottrazione al sindacato di un giudice esterno (comune o costituzionale)⁵⁶.

Riprendendo lo schema delineato dalla sentenza n. 262/2017 sulla connessione tra autonomia normativa e autodichia, il Consiglio di Stato rileva, come conseguenza implicita della scelta dello strumento regolamentare come fonte idonea a regolare la materia dei vitalizi, l'attrazione della relativa tutela giurisdizionale nell'ambito dell'autodichia degli organi costituzionali⁵⁷. Tuttavia, mentre sul profilo delle fonti le posizioni assunte sono chiare e convincenti, su quello della tutela giurisdizionale non sfugge ai Giudici di Palazzo Spada che l'autodichia sia particolarmente controversa, soprattutto quando sia destinata a soggetti terzi, categoria di non facile definizione alla quale anche gli ex parlamentari apparterrebbero⁵⁸.

56 Non è difficile intuire perché una Camera possa ritenere preferibile una delibera interna rispetto ad altre fonti. Rispetto allo stesso regolamento maggiore, in quanto adottato tramite voto a maggioranza assoluta dell'intera assemblea, ovvero della legge per analoghe e, per certi versi, più complesse ragioni perché la deliberazione è addirittura di due Camere. Mentre dal punto di vista del sindacato la scelta dello strumento normativo interno sottrae la valutazione del Parlamento alle censure cui potrebbero normalmente andare incontro gli atti con forza di legge nella sede del giudizio incidentale, potendo dar luogo semmai soltanto ad un conflitto di attribuzioni. Su tale profilo v. J. ROSI, *Prime osservazioni sui recenti provvedimenti di rideterminazione degli assegni vitalizi*, cit., 6.

57 Osserva E. RINALDI, *Le vacillanti colonne d'Ercole dell'autodichia e i paradossi dell'antipolitica*, cit., 470, che l'opzione a favore del regolamento conduce automaticamente all'esercizio della giurisdizione domestica per soggetti sicuramente terzi perché non hanno mai avuto rapporti con l'istituzione, ad esempio in materia di pensione di reversibilità.

58 La circostanza che gli ex parlamentari siano di fatto "terzi" sembra trovare conferma nel fatto che, a partire dal 2005, le Camere si sono dotate di due diversi organi ciascuna, competenti a decidere in primo grado rispettivamente sui ricorso proposti dal personale dipendente o dai soggetti non dipendenti, e i ricorsi promossi dagli ex parlamentari vanno presentati dinanzi all'organo competente per i non dipendenti, in virtù di una clausola di residualità. *Contra* L. CASTELLI, *Il ricalcolo dei vitalizi degli ex deputati*, cit., 345 s., il quale sostiene comunque che, pur essendo sostanzialmente terzi, gli ex parlamentari non possano essere equiparati in tutto e per tutto agli appaltatori e ai fornitori. Al riguardo rilevarebbe il nesso che la disciplina in materia di vitalizi avrebbe con la garanzia di libertà del mandato parlamentare, ragion per cui non si ri-

Recepito il parere, dopo la Camera, anche il Senato ha provveduto ad operare la riforma per mezzo di proprie deliberazioni interne. Nel frattempo, diversi ex parlamentari ha proposto ricorso avverso le suddette delibere dinanzi agli organi di autodichia di Camera e Senato e, nell'ambito dei giudizi in questione, era stato altresì promosso ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, al fine di sentir dichiarare dalla Corte di cassazione la sussistenza della giurisdizione comune in luogo di quella del giudice domestico.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con due ordinanze dal tenore sostanzialmente sovrapponibile (ordinanze 8 luglio 2019, nn. 18265 e 18266)⁵⁹, hanno ribadito che la sede per la verifica dei limiti dell'autodichia negli ambiti in oggetto sia da individuare nel regolamento preventivo di giurisdizione. In ciò si concretizza questa ulteriore opera di “perimetrazione” dell'autodichia, affidando a un giudice esterno – quale la Corte di cassazione – il compito di stabilire se quella domestica sia la sede competente a giudicare di determinate controversie, anche in ragione della specifica autonomia normativa dell'organo, ovvero se sia anche una sede idonea alla decisione secondo i parametri costituzionali e convenzionali⁶⁰.

scontrerebbe la carenza di rilievo sul piano interno delle questioni che ha indotto all'adozione dell'*obiter* di censura da parte della sentenza n. 262/2017. Su tale aspetto sono poi intervenute a fare chiarezza le Sezioni Unite con l'ordinanza n. 18265/2019.

59 Si tratta di due ordinanze che, per quanto fondate su argomenti sostanzialmente identici, si riferiscono a profili materiali diversi e hanno una “storia” processuale non totalmente coincidente. La prima ordinanza, infatti, riguarda il profilo della decurtazione del vitalizio per gli ex parlamentari con effetto retroattivo, la seconda, invece, l'ipotesi della revoca del vitalizio per gli ex parlamentari condannati per alcuni gravi reati. Inoltre, mentre per la prima vicenda il regolamento di giurisdizione prende spunto da ricorsi presentati dinanzi agli organi di autodichia, nella seconda esso deriva da ricorsi che erano stati proposti dinanzi al Tribunale di Roma, sulla base della considerazione che la causa non vertesse su materie o persone soggette ad autodichia. Oltre agli altri contributi citati alle note successive, su tali vicende si vedano anche E. GIANFRANCESCO, *Il trattamento economico post-mandato dei membri di assemblee legislative: fondamento costituzionale, fonti di disciplina e strumenti di tutela*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 3, 1214 ss.; E. FRONTONI, *La Corte di Cassazione e i confini dell'autodichia delle Camere. Note a margine dell'ordinanza 18265 del 2019*, in *Giustamm.it*, 2019, 10.

60 Le reazioni in dottrina sono state talvolta contrastati. Da una parte commenti per lo più critici di coloro i quali hanno letto nelle due ordinanze un “appiattimento” della Cassazione sulle posizioni precedentemente espresse dalla Corte costituzionale (E. RINALDI, *Le vacillanti colonne d'Ercole dell'autodichia e i paradossi dell'antipolitica*, cit., 454), o, addirittura, una “resa” della Suprema Corte di fronte all'autodichia (S. GALDIERI, *Vitalizi dei parlamentari ed autodichia: alcune considerazioni a margine dell'ordinanza n. 18265/2019 della Corte di Cassazione*, in *Diritti comparati*, 25 lu-

Sulla scorta della sentenza n. 262/2017 la Cassazione ritiene che, per quanto i regolamenti parlamentari e le delibere degli Uffici di Presidenza siano sottratti al sindacato di un giudice esterno, compresa la ricorribilità avverso le decisioni degli organi di autodichia ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., tale insindacabilità non può estendersi al punto da precludere anche la verifica condotta in sede di regolamento preventivo di giurisdizione. Si tratta, infatti, di un mezzo processuale che ha lo scopo di verificare «*il fondamento costituzionale per l'esercizio del potere decisorio degli organi di autodichia ed è finalizzat[o] ad accertare se esiste un giudice del rapporto controverso o se quel rapporto debba ricevere una definitiva regolamentazione domestica, anche alla luce del "confine" entro il quale legittimamente possono essere previste l'autonomia normativa degli organi costituzionali e l'attribuzione della decisione di eventuali controversie agli organi di autodichia*».

È, quindi, uno strumento che non ha natura impugnatoria e che, a differenza del ricorso ex art. 111, comma 7, Cost., non può concernere l'interpretazione e l'applicazione del diritto interno riservata agli organi di autodichia. Esso completa la serie dei rimedi che l'ordinamento mette a disposizione in ipotesi di incertezza/confitto sulla giurisdizione, con maggiori affinità all'altro rimedio visto in precedenza, il ricorso ex art. 111, comma 8, Cost., per motivi di giurisdizione, utilizzabile quale mezzo impugnatorio, ma nel caso di sentenze rese dai giudici comuni (secondo quanto recentemente affermato dalle Sezioni Unite nella citata sentenza n. 15236/2022)⁶¹.

glio 2019). Altri, invece, hanno manifestato posizioni di maggior ottimismo, sottolineando il rinnovato ruolo della Cassazione come giudice dei "confini" dell'autodichia (R. DICKMANN, *Il regolamento preventivo di giurisdizione in Cassazione come sede di deliberazione dell'effettività e dell'efficacia dei collegi di autodichia delle Camere sotto il profilo del rispetto della "grande regola" del diritto al giudice*, in *Federalismi.it*, 2019, 14, 2), con un notevole contributo sul piano di una migliore definizione dei rapporti tra fonti interne e legge nella disciplina della materia in esame (G. BUONOMO, *La Cassazione giudice dell'attrazione in autodichia*, cit.).

61 Le ordinanze della Cassazione hanno così chiuso all'eventualità (prospettata anche in dottrina, cfr. L. CASTELLI, *Il ricalcolo dei vitalizi degli ex deputati*, cit., 346) del ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. Non era mancato in dottrina chi, invece, aveva proposto di estendere l'applicazione dell'art. 362 c.p.c., il quale prevede che «*possono essere impugate con ricorso per Cassazione, nel termine di cui all'art. 325, secondo comma, le decisioni in grado di appello o in unico grado di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso*», anche contro le decisioni dei giudici domestici. Cfr. R. DICKMANN, *Il regolamento preventivo di giurisdizione in Cassazione*, cit., 8. Analogamente a quanto poi previsto con la sentenza del 2022, ma in questo caso linearmente

La Suprema Corte rivendica così un duplice controllo che riguarda, da una parte l'accertamento del giudice del rapporto controverso e, dall'altra, se quel rapporto poteva trovare la propria disciplina nelle fonti interne. La verifica, però, non si arresta al puro profilo oggettivo, ma implica anche l'esame della conformità degli organi di autodichia, ove ritenuti competenti, ai principi costituzionali e convenzionali sulla tutela giurisdizionale dei diritti.

Chiarito in linea generale che la verifica sull'idoneità dell'autodichia alla trattazione di determinate controversie può essere oggetto di accertamento in sede di ricorso preventivo di giurisdizione, la Cassazione passa ad affrontare la questione del rapporto tra diritto al vitalizio e disciplina mediante regolamentazione interna. Sul punto, le premesse generali coincidono per larghi tratti con quelle del Consiglio di Stato in sede consultiva. Vi sarebbe, infatti, una stretta connessione tra vitalizio e indennità parlamentare, di cui il primo rappresenterebbe la proiezione per il momento successivo alla scadenza del mandato e, pur non avendo specifica menzione nell'art. 69 Cost., condivide con l'indennità la *ratio* di “sterilizzare” gli impedimenti economici che possono incidere sull'accesso alle cariche elettive ovvero minare l'indipendenza del rappresentate.

Ma il punto, per certi versi, innovativo sul piano argomentativo – che investe indirettamente il piano dell'autonomia normativa, fulcro della sentenza n. 262/2017 – riguarda la ricognizione sui principi alla base dell'opzione per la disciplina regolamentare interna come fonte adeguata sul vitalizio. Il Consiglio di Stato aveva sostenuto l'argomento della concorrenza tra fonti e del carattere “preferenziale” del regolamento interno, in mancanza di una espressa riserva di legge. La Cassazione, invece, partendo dalla medesima considerazione per cui una riserva di legge sarebbe prevista soltanto per le indennità dall'art. 69 Cost., ha sostenuto l'esistenza di una particolare categoria che definisce di “diritto

te contro una decisione del giudice amministrativo. Va detto che proprio alla luce di tale recente precedente parrebbero porsi con maggiore evidenza esigenze di omogeneità nel trattamento delle situazioni per cui – senz'altro preclusa la via del ricorso ex art. 111, comma 7, Cost. – quella del ricorso ex art. 111, comma 8, Cost., potrebbe essere consentita per chiarire la spettanza della giurisdizione tanto avverso le decisioni del giudice speciale che del giudice domestico.

singolare” che si riferisce al Parlamento nazionale o ai suoi membri, nella quale rientrerebbe sia la disciplina disposta con legge sia quella disposta con regolamento da cui deriva che *«le controversie relative alle condizioni di attribuzione e alla misura dell'indennità parlamentare e/o degli assegni vitalizi per gli ex parlamentari non possono che essere decise dagli organi dell'autodichia, la cui previsione risponde alla medesima finalità di garantire la particolare autonomia del Parlamento»*.

Se, come ha stabilito l'ordinanza in commento, il giudice dei vitalizi è quello domestico, allora le implicazioni teoriche sull'esistenza del c.d. “diritto singolare” sembrano scindere quel binomio apparentemente solidissimo tra autonomia normativa e autodichia, così come formulato dalla Corte costituzionale⁶². Il fondamento dell'autodichia non sembra, pertanto, risiedere nell'esistenza di una normativa interna frutto della specifica autonomia, piuttosto nell'esistenza del “diritto singolare”, composto dall'intarsio di legge e regolamenti interni, da cui deriva che la giurisdizione domestica è connessa alla garanzia di una “sfera di autonomia speciale delle Camere”, coinvolgente anche l'applicazione del diritto comune⁶³.

La Cassazione sembra fornire indirettamente risposta anche all'ultimo aspetto trattato nel primo quesito del parere del Consiglio di Stato del 2018, ri-

62 La riconduzione all'autodichia delle vicende in materia di vitalizi non pare giustificata dall'esigenza di completamento dell'autonomia normativa dell'organo mediante la sua estensione al momento applicativo, bensì attraverso il riconoscimento dell'esistenza di una particolare categoria di “diritto singolare”, la quale non incide sulla qualifica formale dell'atto fonte, ma sulla esigenza di protezione dell'autonomia del Parlamento. Della sentenza n. 262/2017, quindi, sembra essere maggiormente valorizzato il punto in cui essa semplicemente afferma che *«l'autodichia è stata ritenuta dagli organi costituzionali [...] una delle condizioni per il dispiegarsi della propria autonomia e, perciò, per il libero ed efficiente svolgimento delle proprie funzioni»*.

63 Osserva R. DICKMANN, *Il regolamento preventivo di giurisdizione in Cassazione*, cit., 9 s., che la riconduzione della disciplina di indennità e vitalizi alla nozione di “diritto singolare” e l'attrazione in autodichia delle relative controversie non ostano al fatto che gli organi di giustizia domestica possano essere chiamati a dare applicazione immediatamente alla legge. Criticamente sul punto E. RINALDI, *Le vacillanti colonne d'Ercole dell'autodichia e i paradossi dell'antipolitica*, cit., 471 s., sostiene che la Cassazione abbia giustificato la competenza degli organi di autodichia non in ragione del rapporto con la fonte regolamentare, ma nella continuità ideale tra indennità e vitalizio, accomunati dalla medesima funzione di cui all'art. 69 Cost. Tuttavia, ritiene che, anche in virtù della riserva espressa stabilita in Costituzione, al regolamento non potrebbe essere rimessa l'intera disciplina della materia dei vitalizi, ma al più potrebbe avere una funzione attuativa della legge. Una volta adottata una legge in materia la tutela andrebbe rimessa alla giurisdizione dei giudici comuni.

masto espresso in termini dubitativi. Ci si riferisce alla circostanza che gli ex parlamentari, per ovvi motivi, non potessero essere compresi tra i dipendenti e che la Corte costituzionale avesse manifestato forti perplessità sulle forme di autodichia per soggetti terzi. La Cassazione sostiene nel caso di specie che gli ex parlamentari non possano a rigore essere considerati “soggetti terzi” per il semplice fatto che siano cessati dalla carica. A rilevare sarebbe, quindi, la stretta connessione che il vitalizio presenta con l'indennità e con le esigenze di protezione dell'autonomia e del mandato parlamentare che la sorreggono.

Corretta sarebbe stata, quindi, la proposizione dei ricorsi avverso il “taglio” dei vitalizi innanzi ai giudici domestici. La previsione dell'autodichia corrisponde alla finalità di indennità e vitalizi che è quella di preservare la particolare autonomia del Parlamento e rientra nell'ambito nella normativa di “diritto singolare”.

Definito il perimetro dell'autodichia anche nell'ambito dei vitalizi, che per le peculiarità della sua disciplina residuava come “zona grigia” alla luce dei dettami della sentenza *Zanon* del 2017, i giudizi sui ricorsi degli ex parlamentari avviati presso gli organi di autodichia delle due Camere sono proseguiti regolarmente e, in maniera forse inattesa, si sono conclusi con una duplice dichiarazione di annullamento delle delibere di ricalcolo peggiorativo dei vitalizi. Alla Camera con la decisione di primo grado del Consiglio di giurisdizione, 14 dicembre 2021, n. 4, relatore Losacco, al Senato con la decisione del Consiglio di garanzia, 20 gennaio 2022, n. 253, relatori Vitali e Grassi, che ha riformato in parte la decisione adottata in primo grado dalla Commissione contenziosa, 25 giugno 2020, n. 660.

I due provvedimenti, che portano a conclusione la vicenda sulla legittimità del taglio dei vitalizi, si differenziano notevolmente per contenuti, visto che la decisione della Camera presenta pochi spunti di interesse per il tema che si sta affrontando, mentre la decisione d'appello del Senato appare per certi versi “eterodossa” rispetto ad alcuni profili della prassi in tema di autodichia che ap-

parivano consolidati e, quindi, merita maggiore approfondimento in questa sede.

Il passaggio più significativo in tema di autodichia della decisione “Vitali-Grassi”, visto che la questione sulla giurisdizione, risolta in primo grado all’esito dell’ordinanza della Cassazione n. 18265/2019, non è stata nuovamente affrontata in appello, è quello esposto ai paragrafi 9 e 10 dei Motivi della decisione.

Si tratta di due questioni distinte, ma strettamente connesse, inerenti alla facoltà da parte degli organi di autodichia di sollevare questione di legittimità costituzionale di fronte alla Corte.

In primo luogo, confermando l’orientamento aperto dalla sentenza 12 ottobre 2017, n. 213⁶⁴, il Consiglio di garanzia del Senato ritiene di dover sollevare questione di legittimità costituzionale dell’art. 26, comma 1, lett. b), della legge 23 dicembre 1994, n. 724, nella parte in cui stabilendo per i vitalizi la soppressione di qualsiasi regime fiscale particolare, non ha previsto l’applicazione dei principi generali dell’ordinamento fiscale, i quali avrebbero dovuto impedire l’adozione di una modifica contrastante, anche ove fosse stata adottata per mezzo di un atto normativo interno. Infatti, anche i provvedimenti disposti con regolamenti o deliberazioni interne devono essere rispettosi della Costituzione e dei principi generali dell’ordinamento.

La questione sollevata presenta, però, un tratto peculiare, nella misura in cui il Collegio rimettente non pare fondare la propria scelta su un dubbio effet-

64 A commento della decisione si vedano A. LO CALZO, *Il controllo di legittimità costituzionale sugli atti normativi interni di Camera e Senato (a margine della sent. n. 213 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Consulta Online*, 2018, 1, 27 ss., nonché L. BRUNETTI, *Il “contributo di solidarietà” sulle pensioni degli ex dipendenti della Camera non viola l'autonomia dell'organo*, in *Forum cost.*, 2017, 10. Con questa sentenza la Corte costituzionale aveva riconosciuto all’organo di giustizia domestica natura “materialmente” giurisdizionale, seppur ai limitati fini di sollevare questioni di legittimità costituzionale, in quanto «organo di autodichia, chiamato a svolgere, in posizione super partes, funzioni giurisdizionali per la decisione di controversie [...] per l’obiettivo applicazione della legge». Non era mancato, prima della successiva sentenza n. 262/2017 che aveva risolto in senso difforme, chi ricavava proprio da tale passaggio un implicito riconoscimento della natura giurisdizionale piena degli organi di autodichia. Cfr. L. CASTELLI, *Il “combinato disposto” delle sentenze n. 213 e n. 262 del 2017 e i suoi (non convincenti) riflessi sull'autodichia*, cit., 16 ss.

tivo di costituzionalità – se si considerano le dichiarazioni iniziali in cui afferma che «*appare a questo Collegio che in linea di massima la riduzione dei vitalizi possa essere compatibile con i principi costituzionali*» – quanto piuttosto sulla opportunità di non ignorare i profili di illegittimità evidenziati da tutti i ricorrenti all'atto dell'impugnazione della deliberazione n. 6/2018. La non manifesta infondatezza appare, per certi versi, ricavata *de relato* dalle argomentazioni dei ricorrenti, più che esprimere un dubbio “diretto” del giudice⁶⁵.

Recependo ulteriormente l'insegnamento della sentenza n. 120/2014 e della sentenza n. 213/2017, il Consiglio di garanzia ritiene ormai consolidato l'orientamento che sottrae a sindacato incidentale della Corte le disposizioni dei regolamenti parlamentari. Per tale ragione, pur essendo prospettati dalle parti ricorrenti una serie di dubbi di costituzionalità della delibera, il Collegio ha ritenuto di sollevare questione di legittimità costituzionale della sola l. n. 724/1994, nella misura in cui – in estrema sintesi – non ha fissato alcuni limiti di principio valevoli anche per le delibere interne agli organi costituzionali (espressione di una autonomia che il Collegio definisce “non assoluta” e “non totalmente libera nei fini”)⁶⁶.

Se tale prima questione appare più in linea con le prassi decisionali degli organi di autodichia e con l'insegnamento consolidato della Corte costituzionale, la seconda presenta connotati più innovativi, per quanto non sempre condivisibili, tanto che lo stesso Collegio rimettente ritiene che essa implichi la “rivisitazione” di alcuni aspetti di ordine generale.

65 Sulla circostanza che la verifica sulla non manifesta infondatezza richieda quantomeno un dubbio fondato del giudice sulla compatibilità della normativa impugnata con i principi costituzionali cfr., per tutti, E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, 107 ss.

66 La sentenza n. 213/2017, infatti, sembrava aver recepito una distinzione tra delibere interne riproduttive della legge generale e delibere innovative dei contenuti della legge recepita. Nel secondo caso, in virtù del principio dell'autonomia normativa degli organi costituzionali, la questione di costituzionalità non poteva essere rimessa al Giudice costituzionale “esterno”, ma affrontata e risolta mediante disapplicazione direttamente dal giudice domestico; nel primo caso, invece, non essendo in questione l'applicazione di diritto frutto di scelte autonome dell'organo, ma della legge valida in generale, all'organo di autodichia spetta la possibilità di sottoporre gli eventuali dubbi sulla sua costituzionalità direttamente al Giudice delle leggi in qualità di giudice *a quo*. Su tale aspetto si veda A. Lo Calzo, *L'autodichia degli organi costituzionali*, cit., 180 ss.

Il Consiglio di garanzia del Senato parte dalla considerazione che, secondo consolidata giurisprudenza, i regolamenti parlamentari, sia essi maggiori che minori, sarebbero sottratti al sindacato in via incidentale della Corte costituzionale. Sin dalla sentenza n. 154/1985, infatti, il Giudice delle leggi ha rilevato che i limiti oggettivi della propria cognizione siano definiti dall'art. 134 Cost., il quale non comprende espressamente i regolamenti parlamentari, che potrebbero essere annoverati tra gli oggetti di sindacato soltanto in via interpretativa, interpretazione alla quale osterebbe la necessità di assicurare l'indipendenza dell'organo da ogni potere esterno.

Ancora oggi - ad opinione del giudice domestico - il limite alla sindacabilità dei regolamenti parlamentari sarebbe di natura sostanziale e non riconducibile in senso formale alla lettura rigida dell'art. 134 Cost. Tale posizione, a ben vedere, non sembra in linea con la lettura prevalentemente fornita della sentenza n. 120/2014 la quale, nell'affermare che i regolamenti parlamentari siano fonti dell'ordinamento generale, sottoponibili a sindacato per mezzo di conflitto di attribuzioni, sembra mantenere fermo proprio il limite "formale" al sindacato incidentale dei regolamenti parlamentari, mentre dà per superato quello di ordine "sostanziale" incentrato sulla indipendenza garantita delle Camere⁶⁷.

Ad ogni modo, sempre secondo il Collegio, la Corte costituzionale avrebbe escluso espressamente la sindacabilità dei soli regolamenti maggiori, mentre nulla avrebbe detto circa i regolamenti minori o le deliberazioni interne⁶⁸. Per tale

67 In questo senso, P. PASSAGLIA, *Autodichia ed insindacabilità dei regolamenti parlamentari*, cit., 2113; G.A. FERRO, *Autodichia parlamentare e camouflage dei conflitti interorganici*, cit., 8 s., secondo il quale l'esclusione da parte della Corte si fonderebbe esclusivamente «su ragioni di stretto diritto positivo e non su profili di ordine sistematico». Per la precisione, resta il riferimento all'indipendenza dell'organo, ma questa non è intesa in senso assoluto, ma se ne ridefinisce il significato in relazione alle specifiche esigenze funzionali di garanzia. Scompare, quindi, quella divisione tra ordinamento "interno" ed "esterno" che si era venuta ad affermare dopo la sentenza del 1985. Al riguardo vedi M. MIDIRI, *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, CEDAM, Padova, 1999, 286 ss.

68 Il tema della natura dei regolamenti minori rispetto a quelli maggiori sul piano delle fonti è sempre stata oggetto di notevole dibattito in dottrina. La tesi che appare prevalente tende a collocare i regolamenti minori in un rapporto di subordinazione gerarchica rispetto a quelli maggiori, tuttavia, tale ordinazione gerarchica andrebbe letta alla luce del criterio di competenza che vale a distinguere i regolamenti (sia essi maggiori che minori) rispetto alle altre fonti primarie del sistema. Per tale ragione, il differente rango del regolamento minore rispetto a quello

motivo ritiene che non sussistano per le due tipologie di fonte ragioni che permettano di giungere automaticamente alle medesime conclusioni. I regolamenti minori potrebbero essere qualificati come atti con forza di legge, privi di valore organizzativo, ed estranei al principio della separazione dei poteri che ne preclude il sindacato.

Il nucleo centrale dell'argomentazione del giudice domestico del Senato sta nella considerazione che ai regolamenti minori debba essere attribuita forza di legge in quanto incidenti in ambiti che, normalmente, sono coperti da riserva di legge, ad esempio sul rapporto di lavoro del dipendente. Da ciò discenderebbe che, o tale disciplina è da ritenere sempre in insanabile contrasto con la Costituzione, proprio per la violazione della suddetta riserva (che il Collegio ricava dall'art. 36 Cost.), o deve ammettersi che tali delibere abbiano forza di legge e siano quindi assoggettabili al sindacato della Corte costituzionale. Una lettura di questo tipo, condivisibile o meno che sia, probabilmente non è in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 262/2017, ove il principio di autonomia normativa ha un'estensione tale da non consentire di distinguere tra regolamenti maggiori e minori, piuttosto essa è legata al *«buon esercizio delle alte funzioni costituzionali attribuite agli organi in questione [che] dipende in misura decisiva dalle modalità con le quali è selezionato, normativamente disciplinato, organizzato e gestito il personale»*.

Il problema ulteriore che a questo punto sorge riguarda il "soggetto" cui affidare il richiamato sindacato sui regolamenti minori che, nello specifico, potrebbe essere sia il giudice domestico che la Corte costituzionale. In dissonanza

maggiore avrebbe un rilievo per lo più interno, mentre sul piano generale essi costituiscono un unico "micro-sistema" tutto dotato dell'efficacia delle fonti primarie. Cfr. A. MANZELLA, *Le Camere. Sub art. 64 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1986, 13 ss.; A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, III ed., Giappichelli, Torino, 2001, 81 s.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, cit., 576 s. Ancora più difficile da praticare sarebbe la soluzione suggerita dal Consiglio di garanzia ove si volesse ritenere che tale subordinazione abbia anche un rilievo "esterno", in tal caso, infatti, il regolamento minore, in quanto fondato nel regolamento maggiore, avrebbe rango secondario (per l'antico principio secondo cui una fonte non può istituire un'altra dotata del suo medesimo rango), a maggior ragione privo del valore formale della legge.

rispetto ad una prassi decisionale altrettanto consolidata, quella che vede il giudice domestico auto-assumere una funzione di sindacato diffuso, con effetti limitati al caso concreto, mediante disapplicazione dell'atto interno illegittimo⁶⁹, il Consiglio di garanzia ritiene possibili due alternative. O il sindacato è svolto dal giudice domestico, il quale non potrebbe non essere dotato degli stessi poteri interpretativi, modificativi o manipolativi della Corte costituzionale (cosa che, in realtà, non potrebbe essere, pena lo stravolgimento dei cardini su cui si regge l'intero sistema accentrato di giustizia costituzionale), oppure tale sindacato è affidata alla Corte costituzionale, come ritiene preferibile, ove i regolamenti abbiano ad oggetto diritti fondamentali di natura privatistica.

La tesi di fondo ribadita dal Collegio è che «i regolamenti c.d. minori quando idonei ad incidere su diritti dei privati debbano essere riconosciuti quali “atti aventi forza di legge”, estranei all'area dell'assoluta sovranità ed indipendenza del Parlamento, e quindi diversi per loro stessa natura da quelli sottratti a quella insindacabilità della Corte costituzionale in ragione del principio di separazione dei poteri». Per tale motivo ha ritenuto di sollevare questione di legittimità costituzionale della stessa delibera n. 6/2018, per le medesime ragioni già espresse al precedente paragrafo 9.

69 Si fa riferimento a quell'orientamento, ormai consolidato nella giurisprudenza interna della Camera (a partire dalle decisioni Collegio App. Camera, 24 febbraio 2014, n. 2; Cons. giurisdizione Camera, 25 giugno 2009, nn. 2-16; Comm. giurisdiz. personale Camera, 10 dicembre 2009, n. 15; Comm. giurisdiz. personale Camera, 26 maggio 2011, nn. 2-3; Comm. giurisdiz. personale Camera, 8 giugno 2011, n. 4; Collegio App. Camera, 12 maggio 2010, n. 2; Collegio App. Camera, 19 novembre 2010, n. 23), secondo il quale gli organi di autodichia possono «disapplicare la normativa camerale interna che contrasti con i principi costituzionali, analogamente a quanto avvenne ai giudici comuni nelle more dell'entrata in funzione della Corte costituzionale, in applicazione del secondo comma della VII disposizione transitoria della Costituzione». Sul punto, più in dettaglio, A. LO CALZO, *Il principio di unicità della giurisdizione costituzionale e la giustizia domestica delle Camere*, in *Federalismi*, 2014, 10. Il fine perseguito sarebbe quello di porre rimedio alla lesione che si determinerebbe se non fosse consentita una piena applicazione della Costituzione in ogni ambito dell'ordinamento, soprattutto alla luce dell'orientamento consolidato della Corte costituzionale che nega la soggezione al proprio sindacato delle disposizioni regolamentari degli organi costituzionali, istituendo così una «zona franca normativa, impermeabile alla verifica di costituzionalità». Il controllo di questo tipo si riferirebbe agli atti interni a contenuto normativo (ove quelli a contenuto amministrativo sono semplicemente annullabili), ma non potrebbe estendersi ai regolamenti maggiori, nonostante il *favor* espresso in tal senso da alcuni commentatori. Cfr. R. IBRIDO, *“In direzione ostinata e contraria”. La risposta della giurisprudenza costituzionale alla dottrina dell'insindacabilità dei regolamenti parlamentari*, in *Rivista AIC*, 2014, 3, 16, nota 79.

Ad eccezione di tale ultima vicenda, che può apparire “eccentrica” sia rispetto alla definizione dei “confini” dell’autodichia, sia rispetto a prassi e orientamenti giurisprudenziali consolidati, i recenti provvedimenti del giudice domestico hanno portato a conclusione un ulteriore profilo di “perimetrazione” dell’autodichia in un ambito particolarmente complesso perché non del tutto inquadrabile nelle categorie schematiche della sentenza n. 262/2017. È piuttosto chiaro che la vicenda dei vitalizi non potesse collocarsi né nell’ambito del personale dipendente né, ad essere rigorosi, in quello dei terzi definiti dal noto *obiter*. Si tratta di una categoria del tutto peculiare, al punto che la Corte di cassazione ne ha ricondotto il contenzioso agli organi di autodichia attraverso l’elaborazione della categoria specifica del “diritto singolare” costituito con la tecnica ad “intarsio” tra delibere interne e legge.

4. La riforma del “Regolamento per i ricorsi in materia di impiego del personale della Corte costituzionale” e il modello dell’autodichia della Presidenza della Repubblica

Oltre alle più note (e risaltanti) giurisdizioni domestiche delle Camere altre forme di autodichia degli organi costituzionali sono note nel nostro sistema, le quali hanno un fondamento normativo altrettanto, se non maggiormente, problematico. Ad esempio, la giurisdizione domestica della Corte costituzionale trova il suo più immediato referente normativo nell’art. 14 della legge 11 marzo 1953, n. 87, che, appunto, riserva ad essa la competenza a decidere in via definitiva sui ricorsi dei dipendenti.

La successiva elaborazione della Corte costituzionale che ha connesso l’autodichia al principio di autonomia normativa degli organi costituzionali ha in parte superato la problematica del fondamento della propria autodichia, godendo essa delle medesime garanzie di indipendenza degli altri organi⁷⁰.

70 Sul fondamento autonomistico dell’autodichia della Corte costituzionale si rimanda a S. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, CEDAM, Padova, 1970, 90 ss.; nonché A.M. SANDULLI, *Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale*, in *Giur. it.*, 1977, 1831 ss. Occorre rilevare, però, che in tale ambito vi sia un “intreccio” tra diversi livelli normativi, non solo la legge citata, ma anche l’uso del potere regolamentare della Corte, attraverso il quale trova concreta disciplina l’autodichia. P.

Tuttavia, è possibile riscontrare una stretta connessione tra interventi giurisdizionali e adeguamenti normativi, in quanto, all'indomani della sentenza n. 262/2017, il sistema di autodichia della Corte è stato oggetto di ampia riforma – con il nuovo Regolamento per i ricorsi in materia di impiego del personale della Corte costituzionale, approvato il 24 gennaio 2018 – che ne ha mutato in modo radicale la sua essenza originaria, a dimostrazione che la stessa Corte costituzionale, nella sentenza *Zanon*, abbia espresso una chiara posizione sostanziale sull'autodichia, ma abbia arrestato “a metà” il proprio percorso ove ha collocato sullo stesso piano diverse ipotesi di autodichia (delle Camere e degli altri organi) che assimilabili non sembrano.

Se guardiamo al previgente sistema di autodichia della Corte⁷¹, che trova il suo fondamento nel Regolamento dell'8 aprile 1960, poi sostituito dal nuovo Regolamento per i ricorsi in materia di impiego del 16 dicembre 1999, possiamo osservare che tratto caratterizzante era quello che voleva la decisione sulle controversie con il personale dipendente affidata alla Corte stessa. Si era in sostanza ritenuto che non fosse necessaria la creazione di organi giudicanti *ad hoc*, in quanto la composizione della Corte già offriva adeguate garanzie di competenza e imparzialità, con l'unica differenza che nel sistema del 1960 le decisioni erano assunte in unico grado, mentre dal 1999 la decisione di primo grado era adottata da un collegio ristretto di tre giudici e contro la stessa era ammessa impugnazione al *plenum*.

CARNEVALE, *Ecce iudex in ca(u)sa propria: ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte-giudice (Prime riflessioni...)*, in P. Costanzo, *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, 35 ss. Tuttavia, non manca in dottrina chi ravvisi il fondamento di tale potere regolamentare direttamente in Costituzione, attribuendosi alla fonte legislativa un'efficacia meramente dichiarativa. Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, CEDAM Padova, 1984, 229.

⁷¹ Per una ricostruzione del previgente sistema di autodichia della Corte costituzionale si vedano M.C. GRISOLIA, *L'autodichia della Corte costituzionale: una prerogativa di discutibile attualità*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, 87 ss.; D. SCICOLONE, *L'autodichia e la convenzione europea dei diritti dell'uomo. Stato attuale e ipotesi evolutiva degli organi di giurisdizione domestica della Corte costituzionale*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2010, 115 ss.

Al fine di “omologare” il proprio sistema di autodichia a quanto stabilito nel par. 7.4. Cons. diritto della sentenza n. 262/2017, la Corte costituzionale ha, quasi contemporaneamente a tale decisione, provveduto a modificare l'intero impianto della sua giustizia domestica, avvicinandosi al modello già elaborato in passato per l'autodichia della Presidenza della Repubblica. L'art. 2 del Regolamento del 24 gennaio 2018 (entrato in vigore il successivo 8 febbraio) prevede al riguardo l'istituzione di “collegi giudicanti di primo grado e di appello”.

L'innovazione più cospicua⁷² apportata con il nuovo Regolamento riguarda, però, le concrete modalità di composizione degli organi di giustizia domestica. Sotto tale profilo, infatti, la Corte ha avvertito maggiormente l'esigenza di razionalizzazione del proprio sistema alla luce delle affermazioni che essa stessa aveva fatto nella sentenza n. 262/2017. Nel riconoscere che, in linea astratta, l'autodichia non implica un vuoto di tutela per il ricorrente, ciò varrebbe esclusivamente in presenza di determinate condizioni “sostanziali” di composizione dell'organo che siano idonee ad assicurare l'indipendenza del giudice.

Alla luce di questi vincoli “autoimposti” la Corte ha quindi abbandonato il vecchio sistema di giustizia domestica amministrato in via diretta per istituire due organi autonomi, composti da soggetti esterni alla Corte, analogamente a quanto avviene per la Presidenza della Repubblica.

Entrambi i collegi sono composti da tre membri (più altri tre supplenti) che durano in carica per quattro anni e, salvo ipotesi di sostituzione, si rinnovano simultaneamente⁷³.

Il Regolamento stabilisce all'art. 3 che l'organo di primo grado deve essere composto da un magistrato amministrativo, da uno contabile e da uno ordi-

⁷² Sulla circostanza che le modifiche apportate alle modalità di composizione degli organi di autodichia della Corte siano quelle di maggior impatto sul sistema di giustizia domestica cfr. G. D'AMICO, *La Corte adegua la sua autodichia alla “propria” giurisprudenza fino a che punto?*, in *Quad. cost.*, 2018, 2, 479 s.

⁷³ Non è prevista, quindi, la possibilità di rinnovi parziali (come in realtà avviene per la Corte), ma soltanto di sostituzioni dettate da esigenze contingenti. Sul punto v. C. TOMBA, *Il “Regolamento per i ricorsi in materia di impiego del personale della Corte costituzionale”*, in P. Carozza, V. Messerini, R. Romboli, E. Rossi, A. Sperti, R. Tarchi (a cura di), *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa University Press, Pisa, 2018, 8.

nario, mentre per l'organo d'appello sono fissati requisiti più stringenti, dovendo ciascuno dei membri aver ricoperto almeno la funzione di presidente di sezione del Consiglio di Stato, della Corte di cassazione e della Corte dei conti.

Sempre in analogia al sistema di autodichia della Presidenza della Repubblica anche nel caso delle recenti modifiche alla giustizia domestica della Corte costituzionale è stato previsto che alla "indicazione" dei giudici provvedano rispettivamente il Presidente del Consiglio di Stato, della Corte di cassazione e della Corte dei conti.

Questi accorgimenti avrebbero dovuto, nella prospettiva della Corte, consentire di allineare il proprio sistema di autodichia a quello degli altri organi costituzionali, con riferimento ai quali aveva già avuto modo di compiere un esame nel merito delle rispettive scelte nella citata sentenza n. 262/2017, ritenendole conformi ai principi costituzionali, sia per i meccanismi di incompatibilità previsti a livello parlamentare sia per quelli di nomina sanciti dalla Presidenza. Ove la Corte non avesse provveduto a tale adeguamento si sarebbe corso il rischio di assistere ad *«uno strano paradosso»* con l'indicazione *«dei principi che debbono essere rispettati dalla disciplina interna degli organi costituzionali in tema di autodichia»*, mantenendo *«al tempo stesso, una propria disciplina del tutto, o anche solo in parte, difforme da quegli stessi principi»*⁷⁴.

La scelta fatta dalla Corte costituzionale sembra denotare un'idea piuttosto chiara sul concetto di "autodichia legittima". Da una parte, infatti, essa ha definito alcune linee guida a cui gli organi costituzionali dovrebbero adeguarsi per rispettare i principi costituzionali e convenzionali sulla tutela giurisdizionale dei diritti anche nella sede domestica e, dall'altra, ha subito provveduto ad adeguare il proprio modello di autodichia a quelle linee. Tale intervento si inserisce, quindi, nella prospettiva del presente lavoro, dato che è il frutto non tanto di una "perimetrazione" cui si perviene attraverso una serie di assestamenti giurisprudenziali, piuttosto si tratta di una forma di "adeguamento normativo",

74 C. TOMBA, *Il "Regolamento per i ricorsi in materia di impiego del personale della Corte costituzionale"*, cit., 11.

che ha come scopo non quello di sovvertire modelli di giustizia domestica, ma soltanto di rendere meglio adeguati ai principi quelli esistenti.

Se questa opera di “cosmesi” costituzionale degli organi di autodichia appare lineare sotto certi aspetti, meno convincenti sono alcuni profili che stanno a monte, vale a dire nella parte della sentenza n. 262/2017 in cui la Corte assimila ipotesi di autodichia tra loro difficilmente comparabili. È stato correttamente osservato che le differenze tra le diverse autodichie sarebbero tali da non potersi riscontrare un profilo comune sul piano del funzionamento e della composizione⁷⁵. La sentenza n. 262/2017, riunendo i conflitti sollevati contro l'autodichia del Senato e della Presidenza della Repubblica, finisce per riservare ad esse il medesimo trattamento.

D'altra parte, è verosimile ritenere che se la Corte aveva in mente un modello ideale di autodichia questo era sicuramente quello della Presidenza della Repubblica. Tanto è dimostrato dal fatto che – come si è visto – in seguito alla recente riforma del proprio sistema di giustizia domestica la Corte ha adottato una soluzione in larga misura coincidente con quella del Presidente della Repubblica. Il motivo, probabilmente, è quello relativo alla composizione di soli magistrati “esterni” del collegio, anche se è stato acutamente e provocatoriamente osservato che se proprio l'affidamento del giudizio domestico a giudici di carriera distaccati presso la Presidenza è valutato come indice di particolare indipendenza dell'autodichia, tanto valeva affidare le relative controversie direttamente alla giurisdizione comune⁷⁶.

L'incidenza sulla composizione risolve solo in parte un ulteriore problema, quello della collocazione degli organi di autodichia all'interno degli organi costituzionali e dei rischi di prossimità che possono aversi con gli organi

75 F.G. SCOCA, *Autodichia e Stato di diritto*, cit., 37, ad esempio evidenzia l'impossibilità di assimilare l'autodichia delle Camere a quella della Presidenza.

76 G.A. FERRO, *Lo straordinario virtuosismo manicheo dell'autodichia degli organi costituzionali*, cit., 24, oltre alla provocatoria chiosa, considera «paradossale che il giudice costituzionale, da un lato, riconduca l'indipendenza ed imparzialità dell'organo di autodichia della Presidenza della Repubblica [...] al dato [...] della presenza di magistrati all'interno dei collegi giudicanti domestici; dall'altro, invece, [...] impedisca finanche la cognizione del giudice comune sugli atti emessi da organi di autodichia che, in via di principio, più che “domestici” potrebbero essere “addomesticati”».

dell'amministrazione interna. Inoltre, quanto detto per la Corte costituzionale e per la Presidenza della Repubblica non vale per Camera dei deputati e Senato della Repubblica, che conservano tutt'oggi organi di autodichia composti secondo modelli diversi da quelli fatti propri dalla Consulta.

5. L'autodichia torna a Strasburgo. La Corte EDU chiude nuovamente la "porta" alle censure "convenzionali" sulla giustizia domestica italiana

Nell'ambito di vicende giuridiche (e giudiziarie) estremamente complesse e articolate, come quella che ha avuto ad oggetto l'autodichia negli ultimi anni, di fronte alla difficoltà di prevenire ad un certo esito di fronte agli organi giurisdizionali interni si è soliti riporre una fiducia – talvolta eccessiva – nel sindacato della Corte europea dei diritti dell'uomo, considerata come ultima "istanza" cui accedere per ottenere una tutela effettiva.

Ciò è avvenuto, a più riprese, anche nel caso in esame nonostante, è opportuno anticiparlo, si tratti di uno di quegli ambiti in cui i margini di "manovra" del Giudice di Strasburgo sono piuttosto limitati, ragion per cui, mantenendo sostanzialmente immutati i profili di doglianza avverso l'autodichia, difficilmente ci si sarebbe potuto attendere un esito favorevole in quella sede.

Così è stato, in modo emblematico, nel primo e più noto caso in cui la Corte EDU è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle giurisdizioni domestiche. Si fa riferimento alla c.d. sentenza *Savino* del 28 aprile 2009. Ma, di recente, è stato ribadito anche da una nuova sentenza, c.d. *Varano* del 23 settembre 2021, che ricalca – in maniera invero più sintetica – alcuni dei passaggi argomentativi più significativi della prima sentenza del 2009, lasciando intendere che la posizione della Corte di Strasburgo sull'autodichia sia piuttosto chiara e, soprattutto, difficilmente rivedibile sia per motivi legati al proprio *modus operandi*, sia per l'impostazione dogmatica su alcune categorie giuridiche in tema di fonti o organizzazione giudiziaria.

Se guardiamo, in maniera molto rapida, alla sentenza *Savino* del 2009, le sue motivazioni ruotano attorno a due concetti essenziali: il primo che riguarda

la nozione di “Tribunale” accolta dal Giudice europeo, il secondo inerente al modello di sistema delle fonti, inteso in senso particolarmente elastico.

Nel caso specifico, ad opinione del Giudice di Strasburgo, non si potrebbe adottare una nozione rigida di “Tribunale”, tale da identificarlo con una giurisdizione in senso classico⁷⁷, ma deve essere inteso in una accezione materiale qualora ad esso «*competa decidere, sulla base di norme giuridiche, con pienezza di giurisdizione e a conclusione di una procedura organizzata, su una questione di sua competenza [...] e nel potere di emettere una decisione obbligatoria, che non possa essere modificata da un'autorità non giudiziaria*»⁷⁸. La Corte EDU non censura, quindi, il fatto che un Parlamento nazionale possa predisporre sistemi giurisdizionali domestici e regolamentarne il funzionamento in maniera del tutto autonoma, in quanto ciò potrebbe ricollegarsi ad un fine autonomistico legittimo dell'organo. Sarebbe sufficiente in tal caso che il meccanismo di tutela predisposto soddisfi i presupposti minimi indicati dall'art. 6 CEDU. D'altra parte, la Corte non avrebbe il compito di imporre agli Stati un determinato modello di ordinamento giudiziario, riconoscendosi la possibilità che, al fine di preservare l'autonomia e l'indipendenza del Parlamento, il legislatore limiti l'accesso alla giurisdizione nei suoi confronti, mettendo al riparo la funzione legislativa da ogni ingerenza esterna⁷⁹.

77 Alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 262/2017 questo profilo sembra essere quello che denota maggiore distanza tra le due Corti. Mentre per la Corte costituzionale gli organi di autodichia, pur operando secondo moduli oggettivamente giurisdizionali, non potrebbero essere qualificati come “giudici” in senso proprio, per la Corte EDU rilevante e sufficiente ai fini della qualifica di “giudice” è l'organo sia chiamato alla decisione di una controversia sulla base di norme giuridiche e seguendo una procedura organizzata. Cfr. A.I. ARENA, *Autonomia degli organi costituzionali e richiami alla CEDU nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Prima note*, in *Diritti fondamentali*, 2018, 2, 11.

78 Corte EDU, 28 aprile 2009, n. 14, par. 73 e 74. Ciò non esclude che la nozione di giurisdizione accolta dal giudice europeo sia diversa da quella ricavabile a livello costituzionale, sicuramente più rigorosa e dettagliata. Il confronto con una pluralità di ordinamenti, ciascuno dotato di sue peculiari tradizioni giuridiche, impone alla Corte EDU l'adozione di nozioni particolarmente elastiche.

79 Secondo N. OCCHIOCUPO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dà il suo imprimatur all'autodichia della Camera dei Deputati e degli organi costituzionali dello Stato italiano*, in *Il diritto dell'U.E.*, 2010, 430, la Corte di Strasburgo avrebbe affrontato con “approssimazione e perentorietà” il punto centrale dell'intera vicenda, ossia quello concernente la natura giurisdizionale degli organi interni della Camera e la compatibilità dell'autodichia con l'art. 6 CEDU.

Dal punto di vista del sistema delle fonti, la Corte EDU considera rispettata la costituzione per legge del Tribunale sulla base della specifica previsione nel regolamento parlamentare interno, infatti, pur non essendo atto pubblicato in Gazzetta Ufficiale, esso avrebbe sufficienti caratteristiche di prevedibilità e accessibilità, tali da giustificare la sussistenza del requisito⁸⁰. L'approccio della Corte di Strasburgo, tuttavia, semplifica molto i termini di una questione che, sul piano interno, appare estremamente complessa. Per ovvie ragioni essa non può tener conto delle peculiarità che caratterizzano il sistema delle fonti di ciascun ordinamento nazionale, trascurando così il profilo teorico ordinamentale sulla distinzione tra legge e regolamento parlamentare.

Quando si accenna al concetto di legge, infatti, il giurista "nazionale" ha presente un atto con caratteristiche ben precise sia dal punto di vista formale che procedimentale (ad esempio, la necessaria approvazione bicamerale)⁸¹. Tuttavia, la nozione elastica di legge propria della Corte EDU le consentirebbe di appurare la garanzia della "costituzione legale" anche sulla base della mera previsione da parte di tali fonti "interne" che, in quanto previste dalla Costituzione e insindacabili, sarebbero idonee ad affermare l'esistenza espressa di un tribunale secondo il diritto nazionale.

80 La Corte accede ad una nozione elastica di "legge", assimilabile a quella di norma giuridica. In questo modo dimostra di prestare scarsa attenzione ai profili formali sulle fonti del diritto. D'altra parte, la Corte EDU non si atterrebbe a giudice delle leggi, ma a giudice dei diritti, per cui, ciò che in definitiva conterebbe dal proprio punto di vista è se vi sia stata o meno la violazione di un determinato diritto, senza che assuma particolare interesse l'aspetto concernente l'atto normativo attraverso cui la violazione si sia concretizzata. Sul punto cfr. C. FASONE, *L'autodichia delle Camere dopo il caso Savino. Una condanna (lieve) da parte della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 1080 ss.

81 Tra l'altro, per i regolamenti "minori", mancherebbe addirittura l'approvazione da parte dell'Assemblea, dato che si tratta di atti che formalmente sono adottati con delibere degli Uffici di Presidenza. Nel commentare la decisione, non è mancato chi abbia ritenuto di ricavare dalla motivazione la tesi che i regolamenti parlamentari, pur non essendo atti formalmente legislativi, sarebbero comunque fonti di rango primario, idonee ad innovare il diritto oggettivo in modo del tutto analogo alla legge, se non addirittura a sostituirsi a questa per determinati ambiti di competenza riservata. Cfr. G. PELELLA, *La giurisdizione interna della Camera dei deputati tra principi costituzionali e principi sovranazionali: l'autodichia alla prova della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Av.Vv., Il parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, I, Tipografia della Camera, Roma, 2013 267 s.

L'unico profilo di censura che la Corte accoglie attiene alle doglianze dei ricorrenti in ordine alla carenza di indipendenza e imparzialità dell'organo, ma lo fa con una decisione minimale, senza andare alla radice del problema, ritenendo lesiva dell'art. 6 CEDU la previsione che il giudice d'appello alla Camera sia interamente costituito da membri dell'Ufficio di Presidenza, organo che assommerebbe in sé funzioni amministrative e giurisdizionali⁸². Per ovviare a tale "censura" agli organi d'amministrazione della Camera è stato sufficiente apportare una piccola modifica regolamentare alla composizione dell'organo di giustizia domestica, previsto per il grado di appello, per conservare la piena funzionalità della propria autodichia⁸³.

È stato osservato come dalla decisione in commento non si potesse ricavare una assoluta dimostrazione di legittimità dell'autodichia nel nostro sistema costituzionale⁸⁴, soprattutto in ragione delle peculiarità decisionali della Corte EDU, ma anche tenendo conto del fatto che la giurisprudenza interna ha dimostrato di essere talvolta più rigorosa sui principi dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice⁸⁵. Ciò non toglie che la via di un giudizio a Strasburgo fosse

82 La giurisprudenza della Corte EDU sui concetti di Tribunale e sui requisiti di imparzialità e indipendenza è molto meno rigorosa di quella interna in materia, questo perché il Giudice di Strasburgo è un giudice dei diritti, molto più attento alla verifica del rispetto concreto delle garanzie sancite dalla Convenzione. In pratica, la Corte EDU avrebbe dimostrato scarso "senso pratico", perché non ha tenuto conto della realtà in cui questi organi erano chiamati ad operare e dove il condizionamento è rinvenibile nell'appartenenza del membro allo stesso organo in causa, titolare del potere di adottare i provvedimenti impugnabili dai dipendenti. Cfr. S.M. CICONETTI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e autodichia parlamentare*, in *Giur. it.*, 2010, 1278.

83 Si tratta delle modifiche apportate ai regolamenti per la tutela giurisdizionale dei dipendenti e terzi non dipendenti della Camera dei Deputati con Decreti del Presidente del 15 ottobre 2009, nn. 781 e 782, in G.U., 19 ottobre 2009, n. 243. Si veda, al riguardo, G. MALINCONICO, *I "codici di procedura" dell'autodichia della Camera dopo la decisione n. 14/2009 della Corte europea dei diritti dell'uomo: guida alla lettura delle modifiche dei regolamenti di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi*, 2009, 22.

84 Si veda A. LO CALZO, *L'autodichia degli organi costituzionali*, cit., 325 s.; anche se non si è mancato di attribuire, talvolta, una sorta di efficacia legittimante dell'autodichia alla decisione in esame, efficacia che, per la tipologia di esame condotto dalla Corte EDU, non le si può attribuire. Cfr. E. RINALDI, *Le vacillanti colonne d'Ercole dell'autodichia e i paradossi dell'antipolitica*, cit., 461 ss.

85 B. RANDAZZO, *L'autodichia delle Camere e il diritto al giudice: una condanna a metà*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1055, ha letto nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana un'elaborazione maggiore dei concetti interessati, ove l'imparzialità è associata in modo inscindibile all'equidistanza del soggetto giudicante dagli interessi in gioco, e l'indipendenza e la terzietà sono stati spesso intesi quali requisiti stessi dell'esistenza di un giudice.

difficile da perseguire per ottenere una censura dell'autodichia⁸⁶. Era verosimile, quindi, attendersi un esito prossimo a quello della sentenza *Savino* anche in ipotesi di proposizione di un nuovo ricorso e, di fatto, così è stato.

La sentenza *Varano* del 2021 prende avvio da tre distinti ricorsi⁸⁷, tutti aventi ad oggetto – per differenti motivi – la compatibilità ai principi convenzionali dell'autodichia della Presidenza della Repubblica.

Nei tre ricorsi, con argomentazioni sostanzialmente sovrapponibili, i ricorrenti lamentavano sia la violazione di diritti processuali previsti dall'art. 6 CEDU – in particolare il diritto a che la loro causa fosse trattata da un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge e il diritto alla trattazione pubblica dei casi – nonché la violazione del diritto al godimento pacifico dei propri beni di cui all'art. 1, Protocollo 1, CEDU e il carattere discriminatorio del trattamento subito ai sensi dell'art. 14 CEDU.

La Corte di Strasburgo ha accolto in linea di massima le eccezioni difensive del Governo italiano – che aveva illustrato anche i tratti salienti di tale particolare forma di autodichia (che, come detto innanzi, è stata posta dalla Corte costituzionale a “modello” dell'autodichia conforme a Costituzione) –, ricalcando le posizione che già aveva manifestato nella sentenza *Savino*.

Per quanto concerne la violazione del “diritto a un tribunale”, i giudici partono dalla considerazione generale che l'art. 6 CEDU non può obbligare gli Stati a conformarsi ad un determinato modello di ordine giudiziario. La nozione di Tribunale accolta, ancora una volta, è estremamente ampia, tale da non

86 A. LO CALZO, *Aggiornamenti in tema di autodichia*, cit., 145, nota 13.

87 Con Ricorso n. 62319/10 – *Varano c. Italia*, il ricorrente, soggetto distaccato presso la Presidenza della Repubblica, aveva agito per vedersi riconosciuto l'esercizio di mansioni superiori. Il ricorso trae origine dal giudizio che, sul piano interno, si era concluso con la nota sentenza della Corte di cassazione, 17 marzo 2010, n. 6529, la quale aveva concluso a favore della sussistenza della competenza dell'organo di giustizia domestica. Con Ricorso n. 57334/18 – *Iacovella e altri c. Italia*, i ricorrenti erano soggetti distaccati che avevano agito in sede domestica per ottenere il riconoscimento dell'indennità di distacco cui avevano diritto prima dell'assunzione da parte della Presidenza. Anche in questo caso il ricorso ha origine da una vicenda nota, quella che ha avuto il suo “sbocco” nel conflitto di attribuzioni poi risolto con il rigetto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 262/2017 e, infine, riassunto dalla Cassazione nel 2018. Con Ricorso n. 59238/18 – *Varano c. Italia*, il ricorrente eccepiva di aver adito gli organi di autodichia per il riconoscimento dello svolgimento di mansioni superiori.

potersi identificare soltanto con un tribunale nel senso tradizionale, integrato nella giurisdizione ordinaria dello Stato. Piuttosto, spetta alla Corte verificare che il Collegio giudicante coinvolto nella causa fosse costituito per legge e offrisse adeguate garanzie di indipendenza e imparzialità.

Per giungere a tale conclusione la Corte compie un esame espresso della normativa che regola composizione e funzionamento del giudice domestico della Presidenza della Repubblica. Quest'organo, istituito con Decreto 26 luglio 1996, n. 81, poi modificato dal Decreto 30 dicembre 2008, n. 24, è ormai composto esclusivamente da magistrati delle giurisdizioni speciali e ordinaria, nominati con Decreto del Presidente della Repubblica, previa indicazione dei vertici giudiziari della giurisdizione di appartenenza. Tali atti normativi avrebbero valore propriamente normativo e, quanto a modalità di composizione, non consentono di mettere in discussione l'indipendenza e l'imparzialità dell'organo.

La Corte EDU, inoltre, non potrebbe operare come giudice di quarto grado, in quanto le decisioni dei giudici nazionali potrebbero essere rimesse in discussione soltanto in caso di arbitrarietà e manifesta irragionevolezza, cosa che non ritiene di rilevare nel caso delle decisioni dei giudici di autodichia in esame.

Infine, sempre ponendo attenzione al dettato normativo, la Corte ritiene che la violazione del diritto alla trattazione pubblica delle questioni sia contraddetta proprio dalla disciplina processuale operante, la quale prevede come regola quella della pubblicità delle udienze e i ricorrenti non hanno addotto elementi idonei a contestare tale dato.

La rapida lettura della sentenza *Varano* del 2021, che, si ribadisce, ha avuto ad oggetto l'autodichia che tra tutte è quella che maggiormente si avvicina alla giurisdizione sul piano sostanziale, dimostra un chiaro assestamento della Corte EDU sulle posizioni già assunte nella sentenza *Savino* del 2009. Ciò consente di fare due osservazioni: la prima, che la Corte EDU non è la sede più adeguata per far valere l'illegittimità delle ipotesi di giustizia domestica; la se-

conda, che tale decisione sembra mettere una “pietra tombale” su questa via di sindacato.

Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 262/2017, in modo forse ancora più perentorio, anche la Corte di Strasburgo ha posto fine alla stagione della “critica” (in questo caso “convenzionale”) dell'autodichia, lasciando un margine di intervento soltanto sul piano dei “limiti” della giustizia domestica.

6. Ai confini tra autodichia e pandemia. Le recenti decisioni del giudice domestico sul possesso della Certificazione verde Covid-19 ai fini dell'accesso alle sedi parlamentari

Come conseguenza diretta della decisione della Corte costituzionale n. 262/2017 che ha fissato il perimetro dell'autodichia ai rapporti con il personale dipendente, può essere interessante soffermarsi su un caso “tipico” di autodichia, dove gli organi di giustizia domestica agiscono nel solco della giurisprudenza costituzionale e, ciononostante, consente di valutare l'impatto avuto dalla recente emergenza sanitaria da Covid-19 sui rapporti con il personale e le relative controversie. Tra l'altro, questo tema, che è intimamente connesso al parallelo tema dei conflitti di attribuzione sollevati dai parlamentari avverso le medesime delibere che avrebbero illegittimamente limitato il proprio diritto a partecipare ai lavori parlamentari, oltre a provocare una ipotetica lesione dell'autonomia regolamentare delle Camere⁸⁸, consente di fare qualche riflessione.

⁸⁸ La Corte costituzionale si è pronunciata in sede di ammissibilità del conflitto con due distinte ordinanze del 23 dicembre 2021, nn. 255 e 256. In entrambi i casi il conflitto era sollevato da parlamentari che ritenevano la sanzione della “interdizione” dai lavori, per coloro che non si fossero dotati di Certificazione verde Covid-19, lesiva della riserva di regolamento, precludendo al ricorrente l'esercizio delle prerogative costituzionali. La Corte ha, però, respinto l'ammissibilità del conflitto, sia perché non vi sarebbe alcuna lesione dell'autonomia delle Camere, le quali hanno liberamente recepito i contenuti del d.l. 22 aprile 2021, n. 52, sia perché il singolo parlamentare non avrebbe rivendicato la lesione di una prerogativa propria, bensì attribuibile all'intera Camera nel suo complesso. In senso critico, T.F. GIUPPONI, *Autonomia delle Camere e green pass: porte oramai sbarrate al ricorso del singolo parlamentare?*, in *Quad. cost.*, 2022, 1, 158 ss., rileva come tale decisione vada ad affiancarsi alle altre che, da un punto di vista astratto, riconoscono il singolo parlamentare come legittimato ad essere parte del conflitto, ma, da un punto di vista concreto, svuotano di contenuto tale affermazione. Restando al caso di specie, però, sembra che la decisione della Corte possa essere condivisa, infatti, l'autonomia delle Camere sembra essere preservata proprio dalle modalità di recepimento con delibera dell'Ufficio di Presidenza. In secondo luogo, è alle Camere che spetta piena autonomia interpretativa e applicativa del regolamento ai sensi dell'art. 64 Cost., senza che ne discenda un obbligo di riforma per veicolare

ne sul rapporto tra diritto “esterno” e diritto “interno” alle Camere, nella parte in cui recepisce l’obbligo dell’uso della Certificazione verde Covid-19 per l’accesso alle sedi parlamentari.

Con la Decisione del 2 dicembre 2021, la Commissione contenziosa del Senato, organo competente a pronunciarsi in primo grado sui ricorsi del personale, giudicava sul ricorso presentato da alcuni dipendenti sia contro la deliberazione del Consiglio di Presidenza – nella parte in cui, recependo i contenuti del d.l. 22 aprile 2021, n. 52 e successive modificazioni, ha disposto l’obbligo generalizzato di esibizione della Certificazione verde Covid-19 per l’accesso alle sedi del Senato –; sia contro la deliberazione n. 406/XVIII del 13 ottobre 2021, e la collegata Nota del 14 ottobre 2021, del Collegio dei Senatori Questori con cui venivano adottate misure applicative per l’accesso alle sedi e il controllo.

Secondo i ricorrenti tale scelta normativa subordinava la possibilità di svolgimento della prestazione lavorativa, e quindi la percezione della retribuzione, al possesso della Certificazione suddetta, condizionando il diritto all’esercizio delle funzioni e mansioni inerenti la qualifica. Su un piano generale, ciò avrebbe comportato la violazione dell’autonomia costituzionalmente garantita alle Camere ai sensi dell’art. 64 Cost., da cui l’illegittimità del d.l. n. 52/2021.

La Commissione, che si sofferma preliminarmente sugli aspetti sanitari della questione, nel rigettare il ricorso, ha modo di fare delle osservazioni di particolare rilievo sul rapporto tra autonomia normativa delle Camere (la c.d. autocrinia)⁸⁹ e diritto valevole nell’ordinamento generale.

i contenuti di un decreto-legge, essendo normalmente sufficienti le delibere. Da questo punto di vista, quindi, le rivendicazioni del parlamentare sembrano attenersi più alle funzioni della Camera di appartenenza che alle proprie.

89 L’autocrinia indica la potestà degli organi costituzionali (in particolare parlamentari) di determinare con propri atti quale parte dell’ordinamento comune può entrare a disciplinare i propri rapporti interni, ovvero di precludere, sotto la copertura della riserva di cui all’art. 64 Cost., l’applicazione delle norme dell’ordinamento generale in qualsiasi ambito possa riguardare la propria organizzazione interna, compresi i profili amministrativi relativi ai rapporti con i dipendenti. A. LO CALZO, *L’autodichia degli organi costituzionali*, cit., 68. Sulla definizione vedi, altresì, E. GRIGLIO, *Le assemblee parlamentari, giudici in causa propria, ma non a titolo esclusivo? I seguiti della sent. n. 120/2014 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, 1, 3, nota 8.

Un dato che sembra non essere colto adeguatamente dai ricorrenti riguarda la circostanza che le misure controverse non producano i loro effetti in virtù della diretta applicazione del decreto-legge, ma soltanto nella misura in cui questo sia stato recepito da apposita delibera dell'Ufficio di Presidenza, come d'altra parte emerge chiaramente dalle premesse alla Decisione (la delibera è del 5 ottobre 2021). Inoltre, sarebbe proprio il d.l. n. 52/2021 (all'art. 9 *quinquies*, introdotto dal successivo d.l. 127/2021) a prevedere che «*gli organi costituzionali, ciascuno nell'ambito della propria autonomia, adeguano il proprio ordinamento alle disposizioni di cui al presente articolo*», con ciò rimettendo agli organi parlamentari la piena valutazione sulla opportunità e le modalità di applicazione della disciplina emergenziale.

Per questo motivo la Commissione correttamente osserva che, anche in ipotesi di recepimento totale della disciplina disposta con decreto-legge, ciò avverrebbe non in ragione di un rapporto di soggezione del Senato al decreto, bensì secondo una valutazione discrezionalmente rimessa all'Ufficio di Presidenza che, nella sua piena autonomia, ha ritenuto non vi fossero ragioni per differenziare la disciplina dell'accesso alle Camere da quella vigente per gli altri luoghi pubblici di lavoro⁹⁰.

Gli esiti a cui perviene il giudice domestico, che anticipano di qualche giorno quelli del Giudice delle leggi, ricalcandone le soluzioni, dimostrano che nemmeno la situazione emergenziale che ha “scosso” l'intero ordinamento costituzionale ha intaccato un antico “dogma”, quello della separazione tra ordinamento “interno” e ordinamento “esterno” alle Camere, in virtù del quale le fonti normative vigenti nell'ordinamento esterno non potrebbero trovare immediata applicazione – per forza propria – all'interno delle Camere, ma soltanto quando siano state recepite con specifico atto di autonomia normativa degli organi.

90 Al riguardo rileverebbe la *ratio* dei provvedimenti generali, finalizzati ad «*escludere dal luogo di lavoro chi è contagiato e [...] tendere al raggiungimento della massima copertura vaccinale sull'intero territorio nazionale*».

7. Conclusioni. Verso un nuovo equilibrio: la fine della “stagione” dell’attacco costituzionale all’autodichia e la sua “stabilizzazione” nel sistema

Il quadro che si è cercato di tratteggiare nei paragrafi precedenti consente di fare una riflessione di ordine generale su come sia cambiato l’approccio al tema dell’autodichia a partire dalla sentenza n. 262/2017. Si è detto che la fase attuale, rispetto a quella “critica” precedente, possa definirsi di “perimetrazione” della giustizia domestica. I provvedimenti giurisprudenziali adottati nel periodo che va dal 2018 ai nostri giorni, infatti, hanno messo in evidenza l’opportunità di garantire la migliore “convivenza” possibile con i sistemi di autodichia, preservando, allo stesso tempo, l’autonomia degli organi costituzionali e i diritti processuali delle parti⁹¹.

Per ottenere questo scopo si è ritenuto di demandare l’opera di delimitazione alla giurisprudenza, sia ordinaria che amministrativa, evitando per il momento di dare ulteriormente seguito alla via del conflitto suggerita dalla sentenza n. 120/2014, anche nei casi in cui i presupposti sembravano esserci tutti.

L’ordinanza 8 febbraio 2019, n. 17, aveva aperto nuove possibilità nella direzione di un conflitto sollevato dal singolo parlamentare, con possibili effetti anche nella materia in questione⁹². Ulteriori vie di conflitto erano state suggerite dalla Corte di cassazione nell’ordinanza n. 15236/2022, nell’ipotesi in cui la

91 Una ridefinizione dell’autonomia degli organi costituzionali che, come è stato osservato dai commentatori immediatamente successivi alla sentenza n. 262/2017, è stata condotta mediante un approccio casistico dalle Corti. Al riguardo G. RIVOSACCHI, *L'autonomia parlamentare dopo la decisione sull'autodichia*, in *Quad. cost.*, 2018, 2, 423 ss.

92 Il quadro dei conflitti ipotizzabili, soprattutto in relazione alla vicenda dei vitalizi, è estremamente vario: a) da una parte potrebbe paventarsi il conflitto da parte del singolo parlamentare avverso la delibera di tagli dei vitalizi, ma non solo; b) potrebbe ad esempio essere lo stesso organo di autodichia a svolgere un controllo di costituzionalità “diffuso” sulla delibera di taglio dei vitalizi in caso di palese incostituzionalità; o ancora, c) potrebbe essere la Corte di cassazione a negare direttamente la giurisdizione degli organi di autodichia ove dovesse ritenere che una nuova riforma dei vitalizi si ponga in insanabile contrasto con l’art. 69 Cost.; o, infine, d) si potrebbe pensare a un conflitto sollevato dall’ex parlamentare, sulla falsariga del conflitto dell’ex Presidente della Repubblica, che dovesse ritenere lesa la propria prerogativa di cui all’art. 69 Cost. da un taglio incostituzionale dei vitalizi. Cfr. R. DICKMANN, *Il regolamento preventivo di giurisdizione in Cassazione*, cit., 8.

Suprema Corte avesse ritenuto di radicare la giurisdizione innanzi al giudice comune e le Camere si fossero ritenute lese in una loro prerogativa costituzionale.

Nonostante i profili ancora controversi, va detto che i vari interventi giurisprudenziali hanno apportato notevoli elementi chiarificatori, idonei ad integrare la portata delle decisioni della Corte costituzionale nelle parti che apparivano maggiormente oscure, se non lacunose.

Da una parte, quindi, registriamo interventi che chiudono – in sede costituzionale e convenzionale – ad un giudizio ablatorio totale verso il fenomeno della giustizia domestica, dall'altra si hanno una serie di pronunce che, premessa la legittimità di massima dell'autodichia, ne segnano i confini, talvolta motivandoli secondo il noto criterio della connessione al principio dell'autonomia normativa (come per i terzi in caso di appalti e forniture), altre volte in ragione di peculiari esigenze autonomistiche, specchio di una non del tutto superata concezione tradizionale dell'organo costituzionale (ad esempio, si pensi alla nozione di “diritto singolare” elaborata per i vitalizi e connessa ad esigenze autonomistiche).

Come si era ipotizzato⁹³, la partita sull'autodichia non poteva considerarsi chiusa all'indomani della sentenza n. 262/2017, troppe e troppo complesse questioni restavano aperte, ma è altrettanto vero che davanti ai giudici comuni di partite ne sono state giocate molte e sono state decisive per fissare alcuni punti ormai fermi sui rapporti tra ordinamento “interno” e ordinamento “esterno”. Un ruolo di primo piano sembra quello assunto dalla Corte di cassazione, ormai giudice dei limiti della giurisdizione domestica⁹⁴, è essa che ha saputo tracciare in modo “plastico” i nuovi confini dell'autodichia negli ambiti più controversi (prima sui vitalizi nel 2019 e poi sui terzi nel 2022).

Al di fuori di quanto oggetto di tale processo di assestamento, in quanto indiscutibilmente coperto dalla statuizione della sentenza n. 262/2017, la vita

93 A. LO CALZO, *Aggiornamenti in tema di autodichia*, cit., 165. Egualmente riteneva che il percorso per giungere ad un assetto definito, soprattutto sull'autodichia dei terzi, fosse ancora lungo L. CASTELLI, *Le Sezioni Unite su autodichia e vitalizi*, in *Quad. cost.*, 2019, 900.

94 G. BUONOMO, *La Cassazione giudice dell'attrazione in autodichia*, cit.

dell'autodichia è proseguita senza stravolgimenti e così la consueta e tradizionale separazione tra l'ambito interno ed esterno agli organi costituzionali. Questi resistono impermeabili nella loro autonomia al diritto che essi stessi producono in via ordinaria, denotando, fortunatamente, una buona dose di ragionevolezza nell'adeguamento – soprattutto alla recente normativa emergenziale –, perché l'autocrazia può rendere le Camere “zone franche” del diritto comune, ma non le immunizza di fronte ai fenomeni naturali.

MARIA ESMERALDA BUCALO

Professore Associato di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Palermo

mariaesmeralda.bucalo@unipa.it

**RIFLESSIONI SU *SOFT LAW* E AUTORITÀ
INDIPENDENTI ANCHE NELLA PROSPETTIVA DI
ALCUNE RECENTI PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI**

**REFLECTIONS ON *SOFT LAW* AND INDEPENDENT AUTHORITIES
ALSO IN THE PERSPECTIVE OF SOME RECENT JUDICIAL
PRONUNCIATIONS**

SINTESI

Partendo dalla individuazione delle origini della *soft law*, il saggio tenta in prima battuta di reperirne una sua valida collocazione nel sistema delle fonti, per poi dedicarsi in particolare alla *soft law* delle Autorità indipendenti. Esse si pongono come nuovi soggetti regolatori di ampi segmenti del mercato, lasciati volutamente liberi dal Legislatore, capaci di porre in essere atti normativi e paranormativi che, sebbene non dotati di formale vincolatività, sono però “effettivi”, perché i regolati vi si adeguano spontaneamente avendo partecipato al procedimento di formazione.

Questi nuovi atti, oltre che impattare con molteplici principi del costituzionalismo contemporaneo, pongono dei dubbi quanto alla tutela da assicurare a tutti coloro che eventualmente da essi subissero una qualche lesione dei propri diritti.

Per risolvere questi problemi gli strumenti risolutivi sono solo due: l'attività del legislatore, che detti in modo più specifico le funzioni delle Autorità Indipendenti e il riconoscimento del sindacato pieno del giudice amministrativo, che però trova difficoltà scontrandosi con la discrezionalità tecnica dei regolatori.

A ciò si aggiunge una giurisprudenza costituzionale oramai abbastanza ondivaga quanto all'identificazione della natura dei Garanti, ma che sembra tenere in

debito conto gli atti da loro emessi, quanto meno riconoscendo loro una funzione interpretativa.

ABSTRACT

Starting from the identification of the origins of soft law, the essay first tries to find a valid placement in the system of sources, and then devotes itself in particular to the soft law of independent Authorities. They present themselves as new regulators of market segments deliberately left free by the Legislator, capable of putting in place normative and paranormative acts which, although not provided with formal binding, are however "effective", because the regulated spontaneously adapt to them having participated in the training process.

These new acts, as well as having an impact with multiple principles of contemporary constitutionalism, pose doubts as to the protection to be ensured to all those who may have suffered any damage to their rights by them.

There are only two resolving tools against these problems: the activity of the legislator, who more specifically dictates the functions of the Independent Authorities and the recognition of the full union of the administrative judge, who, however, finds it difficult to clash with the technical discretion of the regulators.

To this is added a constitutional jurisprudence now quite vague as to the identification of the nature of the Guarantors, but which seems to take due account of the acts issued by them, at least recognizing them an interpretive function.

PAROLE CHIAVE: Autorità Indipendenti – *soft law* – fonti del diritto – tutela giurisdizionale – giurisprudenza costituzionale

KEYWORDS: Independent Authorities – soft law – sources of law – judicial protection – constitutional jurisprudence

INDICE: 1. *Soft law* come “fonte” del diritto: origini e teoria delle fonti. – 2. Le Autorità Indipendenti: natura e impatto con alcuni principi dell’ordinamento costituzionale – 3.1 La *soft law* delle Autorità indipendenti: un “diritto *in progress*” – 3.2 (*segue*) Le linee guida dell’ANAC e la *moral suasion* della AGCM – 4. Tutela giurisdizionale avverso la *soft law* delle Autorità indipendenti: alcuni casi giurisprudenziali recenti – 5. La giurisprudenza costituzionale: fra torsione delle Autorità Garanti in senso esclusivamente amministrativo e incidenza della *soft law* sul giudizio di costituzionalità

1. *Soft law* come “fonte” del diritto: origini e teoria delle fonti

Parte della dottrina definisce la *soft law* come un “paradosso”¹, perché il diritto è per sua natura *hard*, rigido, posto in essere secondo procedimento rigidamente stabilito *a priori*, da soggetti legittimati a porre regole con effetto vincolante². La *soft law* invece è un complesso di regole che vedono la luce attraverso “nuove” formule di gestione dei processi decisionali (la c.d. *governance*), da parte di “nuovi soggetti regolatori, che traggono la loro legittimazione dal basso, poiché le esigenze di normazione emergono dallo stesso settore da regolare e poiché il procedimento di formazione di questo “nuovo” diritto ha natura partecipata, coinvolgendo in genere quegli stessi soggetti ai quali poi si richiederà osservanza di quelle regole, che dunque non risulteranno imposte loro dall’alto.

Per queste ragioni, la locuzione *soft law* rimanda al fenomeno per il quale il diritto pubblico sembra perdere la sua differenziazione dal diritto privato e l’attitudine autoritaria dello Stato, sembra temperarsi in favore di “metodi negoziali” maggiormente consensuali e partecipati di produzione del diritto.

In dottrina il dibattito si articola in due tesi: quella che avverte la pressante necessità di regolare in modo più rapido e fluido le necessità che provengono dal mondo globalizzato al di là di una «categorizzazione degli atti normativi fondata solo sulle forme»³ e quella che, invece, ritiene che non si possa prescindere dai principi del costituzionalismo, che individuano nella gerarchia il criterio ordinatore principe del sistema delle fonti, il quale non può certo tollerare la *soft law* se non come elemento eteronomo⁴.

1M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Law. dir.*, 2003, p. 17.

2R. BIN, *La scarsa neutralità dei neologismi. Riflessioni intorno a soft law e a governance*, in L. Desanti, P. Ferretti, A.D. Manfredini (a cura di), *Per il 70mo Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di università*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 19, parla di «procedure formali tipiche delle istituzioni di governo».

3A. POGGI, *Soft law nell’ordinamento comunitario*, in <http://archivio.rivistaaic.it/materialiconvegni/aic200510/poggi.html>, la quale riprende il pensiero di A. D’ATENA, *L’anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2001, p. 591 e ss.

4A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria ed il diritto statale. Conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *costituzionalismo.it*, 2016, n. 3, p. 285, che ritiene altresì che la *soft law* sia «diritto parametrato sulla efficienza (economica) in contrapposizione al diritto che nasce dal confronto

A ciò si aggiunge la “ambiguità” della locuzione *soft law* nella quale sono ricomprese una molteplicità di atti e documenti non dotati di efficacia obbligatoria autonoma, che svolgono funzioni diverse e che agiscono in ambiti altrettanto differenti.

La genesi del fenomeno, reperita nell’ambito del diritto internazionale⁵, evidenzia la natura eterogenea e non definita della *soft law* identificata in quelle norme «the legally binding character of which has been deliberately and sometimes explicitly denied by their authors, but which nevertheless cannot be considered as being merely morally or politically binding»⁶.

Tale eterogeneità ha poi avuto modo di esprimersi ulteriormente laddove, in seno agli ordinamenti eurounionale e nazionali, con questa locuzione si fa riferimento ad elementi giuridici fra loro diversi, divenendo secondo alcuni

fra forze politiche». Secondo R. BIN, *La scarsa neutralità dei neologismi*, cit., p. 22 e 24 la tipicità delle forme dell’*hard law*, garantisce delle procedure legali attraverso le quali le regole possono imputarsi all’interesse generale, imbrigliando entro stretti confini “l’esuberanza del potere politico” e conferendo in questo modo all’atto prodotto una oggettività che lo rende generale e non frutto della volontà soggettiva di una o più parti soltanto. Ciò costituirebbe uno dei capisaldi dello Stato di diritto, capace di creare una netta distinzione fra atti giuridici obbligatori per la generalità dei consociati e documenti che tali non sono.

5 In ragione del fatto che in quel ambito non esiste un’autorità centrale di legislazione e conseguentemente dal fatto che la produzione normativa è affidata a processi consensuali, che col tempo hanno evidenziato la necessità di individuare procedimenti regolativi più flessibili per la disciplina di temi complessi e soggetti a rapide modificazioni. Così P. COSTANZO, *Hard law e soft law: il senso di una distinzione*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, p.261; sulla genesi internazionalistica del concetto di *soft law* A. DI ROBILANT, *Genealogies of SoftLaw*, in *ScandinavianStudies in Law*, 2013, n. 58, p. 217 e ss.

6 D. THURER, *Soft law*, in R. BERNHARDT, *Enciclopedia of public international law*, 2000, IV, pp. 452-453 e 457-459, il quale sostiene anche che gli effetti della *soft law* in diritto internazionale siano *latu sensu* normativi, in quanto agiscano nel campo della buona fede, laddove cioè le parti espressamente la scelgano per la disciplina di un qualsiasi accordo o atto, o della interpretazione giudiziale laddove i principi da essa espressi non siano presenti in atti formalmente vincolanti o i giudici si trovino ad agire con discrezionalità in presenza di concetti giuridici non perfettamente definiti.

La dottrina internazionalista ha anche individuato le funzioni della *soft law* la quale è un valido strumento preparatorio degli atti dotati di valore vincolante (*pre-law*), è in grado di ricostruire in forma scritta norme consuetudinarie o principi già acquisiti dalla comunità internazionale (cristallizzando una norma *in fieri* o promuovendo la nascita di nuove - *para law*) ed è anche un valido strumento interpretativo di norme positive svolgendo un ruolo spesso integrativo del loro contenuto (*post law*). Sul punto si veda M. DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, cit., p. 26-29, il quale si sofferma anche sul rilievo giuridico degli strumenti di cd. *soft enforcement* che servono a controllare l’osservanza e l’esecuzione della *soft law*.

alquanto vaga e poco descrittiva⁷, secondo altri un insieme di fenomeni raccolti in via residuale «accomunati dal fatto di rappresentare risposte a pressanti esigenze di regolamentazione»⁸.

In particolare l'Unione europea ha fatto ampio uso di tale tipologia di atti e la dottrina comunitarista maggioritaria si è soffermata su tre fondamentali elementi che li definiscono: l'essere *rules of conduct*, il non avere valore formalmente vincolante (*no legally binding force*), ma ciò nonostante non certo privi di effetti giuridici (*legal effects*), essendo comunque capaci di influenzare i comportamenti dei consociati⁹.

A questa categoria vengono dunque ricondotti atti non tipizzati nei Trattati (come le comunicazioni, le raccomandazioni, le dichiarazioni, i codici di condotta), ma cui è stata riconosciuta una rilevanza non indifferente, grazie al ruolo pretorio svolto fin dai primissimi anni Settanta dalla Corte di Giustizia, la quale, pur senza menzionare mai formalmente il termine *soft law*, cominciò a dichiarare ricevibili ricorsi che li assumevano ad oggetto, attribuendo loro di fatto efficacia vincolante e radicandovi la propria giurisdizione¹⁰.

Numerosi commentatori anche recentemente hanno sottolineato come «le ragioni che suggerirebbero l'adozione di queste nuove tecniche di gestione

7 E. MOSTACCI, *La soft law nel Sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, CEDAM, 2008, p. 2.

8 P. COSTANZO, *Hard law e soft law*, cit., p. 262.

9 L. SENDEN, *Soft law in european community law*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, p. 132.

10 *Ex multis* C. Giust. CEE, 4 ottobre 1979, causa C-141/78, *Francia c. Regno Unito*, in *Racc.*, 1979, p. 2923; C. Giust. CEE, 10 luglio 1980, causa C-32/79, *Commissione c. Regno Unito*, in *Racc.*, 1980, p. 189; C. Giust. UE, 18 febbraio 1998, causa C-4/96, *NFPO and Northern Ireland Fishermen's Organization c. Department of Agriculture of Northern Ireland*, in *Racc.*, 1998, p. 684; C. Giust. UE, 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Grimaldi c. Fonds des maladies*, in *Racc.*, 1989, p. 4407. Sul punto per una ricostruzione più precisa sulla giurisprudenza comunitaria si permetta di rinviare a M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti limiti e funzioni*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 18-24.

A fronte dell'attivismo della Corte di Giustizia si deve segnalare con M. ELIANTONIO e O. STEFAN, *The Elusive Legitimacy of EU Soft Law: An Analysis of Consultation and Participation in the Process of Adopting COVID-19 Soft Law in the EU*, in *European Journal of Risk Regulation*, n. 1/2021, p. 164 e ss., che il Parlamento europeo abbia più volte stigmatizzato il carattere espansivo dei poteri della Commissione a fronte del suo ampio utilizzo di strumenti al di fuori di quelli enumerati dai trattati.

del potere vi sarebbe la crisi delle competenze, l'irriducibile diversità dei modelli sociali europei, la crisi di legittimazione dell'UE, la difficile attuabilità del principio di sussidiarietà»¹¹.

Tutto ci determinerebbe la possibilità di affrontare il tema della *soft law* ascrivendola alla categoria delle “fonti di fatto”, poiché pur non potendola considerare fonte in senso formale è innegabile che essa produca in qualche modo diritto.

Per giustificare tale idea dal punto di vista teorico e interpretativo parte della dottrina si rifà alla teoria della “normatività graduale”¹², la quale parte dal presupposto che il diritto possa avere una varietà di effetti giuridici diretti e indiretti, più o meno intensi, poiché «*different norms carry a variety of differing impacts and legal effects*»¹³ e, dunque, le due categorie di *soft* e *hard law* non possono essere considerate distinte, ma parti di un unico insieme in continua evoluzione.

La *soft law* dunque sarebbe già diritto, dotato di una effettività e di una efficacia propria, che dipendono dalla attuazione di doveri generali, come la buona fede, o di obblighi generici, come quello di collaborazione, o dal rinvio da parte di norme di *hard law*, «amplia(ndo) o concretizza(ndo) parametri giuridici, produce(ndo) auto-vincoli di diritto pubblico o privato»¹⁴.

Se dunque spostando l'angolo di visuale indagassimo il fenomeno nei termini della *effettività* e della sua valenza *descrittiva* e non solo (o non più) nei termini della *efficacia* e della *prescrittività*, grazie al sostegno di autorevole dottri-

11 Così F. PACINI, *Ai confini della normatività. Hard law e soft law in “tempi difficili”*, testo provvisorio della relazione al convegno annuale della Associazione del Gruppo di Pisa, Firenze 17-18 Giugno 2022, attualmente disponibile al seguente link https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2022_Convegno_Firenze/Fabio_Pacini_-_Ai_confini_della_normativita.pdf il quale cita G. MARTINICO, *Il soft law nel diritto comparato della pandemia: alcuni spunti critici*, scritto destinato agli atti del Seminario del Gruppo di Pisa “Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato” del 25 marzo 2022, p. 9 del dattiloscritto.

12 C. M. CHINCKIN, *Normative development in The international legal system*, in D. SHELTON (a cura di), *Committed and compliance: the Role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford, , Oxford University Press, 2000, p. 21 e ss, spec. p. 32.

13 R.R. BAXTER, *International law in “her infinite variety”*, in *The International and Comparative Law quarterly*, 1980, vol. 29, n. 4, p. 563.

14 J. LUTHER, *Riconoscimento di potere normativo ad atti non prodotti da poteri-fonte (la soft law)*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 67.

na, si potrebbe concepire l'ordinamento giuridico «gerarchicamente strutturato sotto un duplice punto di vista, avendosi da un lato, una diversa gerarchia fondata sulla diversa *efficacia* normativa che sorregge le diverse manifestazioni di volontà dello Stato (Costituzione, legge, regolamento, ecc.) – e che risulta da una certa cristallizzazione della maggiore o minore forza politica da cui tali manifestazioni erano assistite nel momento storico in cui si sono realizzate – e, dall'altro, una gerarchia delle norme fondata sul carattere strumentale che le une presentano rispetto alle altre»¹⁵. Quest'ultima reperisce il suo fondamento nel *principio di effettività*, per il quale «i comandi giuridici sono riconoscibili come tali a condizione che ricevano un certo quale tasso di osservanza e di accettazione da parte dei consociati» ed istituisce un legame fra diritto e società, divenendo «una tecnica della azione umana, ma non animato dalla autonoma volontà»¹⁶.

Spesso accade infatti che alla produzione delle regole destinate alla disciplina di una particolare situazione (il c.d. *diritto teorico*) non consegua la applicazione delle stesse (il c.d. *diritto vivente*) in singole fattispecie concrete¹⁷. Davanti a questi casi l'ordinamento predispone il più delle volte gli strumenti per reprimere l'inosservanza delle regole, sempre che nel tempo tali inosservanze non si moltiplichino e risultino fra loro collegate. La ripetizione dell'inosservanza alla regola determina evidentemente una sua “delegittimazione”, o quanto meno la contestazione *de facto* della sua validità come regola giuridica, la quale però ripetuta nel tempo può mettere in moto meccanismi invalidanti.

Ciò accade spesso anche per le fonti da cui tali regole giuridiche derivano, le quali possono venire totalmente o parzialmente sostituite da altre fonti produttive di regole invece applicate nel diritto vivente, che, come rilevato dalla stessa autorevole dottrina, possono essere legali, come la consuetudine, ma an-

15 A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto – art. 1-9*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 10, in questo riprendendo lo studio di C. ESPOSITO, *Validità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 59 e ss.

16 R. MENEGHELLI, *Il problema della effettività nella teoria giuridica*, Padova, Cedam, 1975, pp. 162-164.

17 C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 603.

che *extra ordinem*, come i fatti normativi con “effettività legittimante” e applicate per la loro intrinseca influenza persuasiva, sebbene privi di “efficacia legale”¹⁸.

Conseguentemente, se è vero che l'ordinamento statale “definisce se stesso”, perché dichiara quali atti ne fanno parte, è altrettanto vero che l'atto normativo sia comunque una “figura relativa”¹⁹, perché esistono certi atti di autonomia che «non restano completamente fusi nell'unità dell'ordinamento statale, ma tuttavia ne sono elementi»²⁰, «promananti da soggetti diversi dallo Stato che tuttavia per taluni effetti sono compresi tra le fonti del diritto dello Stato»²¹.

L'ordinamento giuridico dunque non è la «somma aritmetica di varie norme. [...], ma un'unità a sé [...] qualche cosa di diverso dei singoli elementi materiali che lo compongono»²², dotato di una forza propria e indipendente dalla volontà del legislatore, un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma anche muove a sua volta le norme in modo evolutivo, tant'è che il variare delle norme e la loro sostituzione è l'effetto di un mutamento sostanziale dell'ordinamento di fatto già avvenuto.

La teoria istituzionale del diritto allora aiuta a comprendere in che modo trovare un fondamento giustificativo della *soft law*, perché se il diritto è lì dove esiste qualsiasi società (o istituzione), che in quanto tale deve darsi un ordine sociale (*ubi societas ibi ius*), allora tanti sono gli ordinamenti quante sono le istituzioni.

Il *principio della pluralità degli ordinamenti* si pone dunque in netta contrapposizione con la dottrina che vede solo nello Stato l'unico organo produttore del diritto, tanto che «la cosiddetta crisi dello Stato moderno implica per

18 Così V. CRISAFULLI, voce *Fonte del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 927-928 e ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1993, p. 147.

19 V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 252.

20 S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario normativo*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 7.

21 V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo*, cit., p. 252.

22 S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1945, p. 10.

l'appunto la tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno una cerchia giuridica indipendente»²³.

Se quindi quello statale è solo uno degli ordinamenti possibili, allora la normatività dell'atto va riconosciuta a tutti gli atti e i fatti il cui elemento essenziale consista nella «novità del precetto»²⁴ nell'effetto innovativo che essi producono, determinando un «mutamento nelle condizioni giuridiche esistenti»²⁵ ed uno sviluppo ed un incremento del sistema.

Come è evidente la teoria istituzionale, come quella della normatività graduata citata poco più sopra, sono valide ai fini del reperimento di un fondamento teorico generale alla *soft law*, che in quanto “fonte di fatto”, può essere annoverata fra le fonti *extra ordinem*, le quali «sono per definizione sempre effettive»²⁶.

Inoltre, sebbene essa richieda un adempimento volontario da parte dei destinatari, essa proviene, oltre che da soggetti privati, anche da istituzioni pubbliche o dalla cooperazione fra pubblico e privato²⁷, creando una «fonte recettiva del fatto»²⁸, che grazie alla sua natura duttile e alla sua persuasività riempie gli spazi lasciati vuoti dall'*hard law*. Essa spesso si pone in alternativa alle fonti legali, riuscendo a prevalere su queste grazie alla sua capacità di pressione²⁹,

23 S. ROMANO, *op. cit.*, p. 93, ma già il concetto era stato enucleato dallo stesso A. in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, p. 97 e ss.

24 V. CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 241, 243. Cfr. anche S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario normativo*, cit., p. 178 assume che il criterio della novità sia reperibile soltanto nelle disposizioni che determinano la fattispecie produttiva di conseguenze giuridiche, dando vita ad un comando o ad una regola non prevista nel sistema.

25 S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1937, p. 228.

26 G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti*, Torino, Utet, 1988, p. 260. Sul punto si veda anche A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria ed il diritto statale*, cit., p. 260 la quale afferma che essa validamente può essere considerata dunque un “fatto suscettibile di incidere sul diritto” e dunque non ignorabile dal punto di vista descrittivo, «uno strumento di produzione giuridica [...] su un piano di fatto, non di rado ai confini fra giuridico e non giuridico».

27 A. ALGOSTINO, *op. cit.*, p. 268, ritiene ciò possa costituire un veicolo per la affermazione di interessi più forti. Analogamente A. SOMMA, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 168-170.

28 A. ALGOSTINO, *op. loc. cit.*

29 Si esprimeva così quanto alle fonti *extra-ordinem* A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto – art. 1-9*, cit., p. 543.

non determinandone l'annullamento in senso gerarchico, ma restringendone gli spazi di manovra.

In questo modo il conflitto fra *soft law* e ordinamento costituzionale, determinato secondo alcuni dal fatto che la sua forma, i processi decisionali che la pongono in essere, ma anche i suoi contenuti, sarebbero potenzialmente «inconciliabili, o comunque estranei, rispetto al costituzionalismo moderno»³⁰, potrebbe essere superato dalla “mitezza del diritto costituzionale”, che richiede la coesistenza di valori e di principi e che ciascuno di essi non assuma carattere assoluto, ma sia reso compatibile con gli altri.

Nell'ottica del pluralismo dunque, la visione che riuscirebbe a rendere compatibile la *soft law* con il costituzionalismo, non sarebbe quella del “conflitto”, ma quella inclusiva dell'integrazione attraverso l'intreccio di valori, l'unica compatibile con la trasformazione che ha investito il diritto come tale³¹.

D'altro canto è stato il progressivo affermarsi del diritto eurounionale ad evidenziare la necessità di un aggiornamento del sistema delle fonti nel senso di affiancare al criterio regolativo gerarchico-piramidale un criterio reticolare, nel quale i centri di potere capaci di porre in essere norme giuridiche non sono più soltanto i singoli Stati e la vincolatività dell'atto e della regola non dipende dal comando, ma dal coordinamento e dalla continuità del processo di formazione, fondato sul consenso reciproco fra le parti.

Questo “nuovo diritto” definito da autorevole dottrina “eterarchico”³² deve necessariamente coesistere con istituti (i.e. strutture ordinamentali) preesistenti ed organizzati in forma strettamente gerarchica, divenendo così complementari, pur esprimendo approcci diversi allo studio del sistema delle fonti.

Analogamente un sistema che voglia fare spazio all'esistenza di “nuove fonti” come la *soft law* non può essere fondato sulla struttura gerarchica, nè organizzarsi esclusivamente in forma reticolare, tenendo conto della funzione di

30 A. ALGOSTINO, *op. cit.*, p. 269.

31 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 12 e 17.

32 G. TEUBNER, *Un droit spontané dans la Société mondiale?*, in A. Morand (a cura di), *Policentricity. The Multiple Scenes of Law*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 197 e ss.

fatto vincolante svolta da questi nuovi atti normativi: non il primo perché non potrebbe chiaramente contenere in sé la *soft law*, non essendo essa una “fonte” gerarchicamente strutturabile³³; non il secondo perché non terrebbe conto di tutte le altre fonti piramidalmente organizzate, la cui esistenza e la cui vincolatività giuridica non può certo essere messa in dubbio da alcuno studio. Nel disordine che regna fra le fonti è necessario che entrambe le strutture convivano insieme³⁴.

2. Le Autorità Indipendenti: natura e impatto con alcuni principi dell'ordinamento costituzionale

È stato recentemente e attentamente osservato che «con riferimento all'ordinamento italiano [...], buona parte del “discorso”, dottrinale e giurisprudenziale, sul *soft law* è stato legato all'affermarsi del ruolo delle autorità indipendenti»³⁵, quale «peculiare modello di azione e di organizzazione amministrativa chiamato a svolgere, in piena indipendenza, compiti di *regolazione* in ambiti caratterizzati da un elevato grado di competenza tecnica»³⁶.

Ciò probabilmente è accaduto anche perché con la grande e indefinita categoria della *soft law* le Autorità Indipendenti condividono il carattere della eterogeneità³⁷, che le definisce e qualifica a tutto tondo quanto alle loro leggi istitutive, che individuano diversi procedimenti di nomina, alla loro composizione, alle funzioni esercitate, alla natura degli atti emessi e alle situazioni giuridiche tutelate.

33 Si utilizza qui volutamente il termine fonte associato alla *soft law* sulla scorta di U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea fra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 364, per il quale «nulla vieta di usare la denominazione “fonte” per indicare fenomeni che non sono inseriti in un ordine verticale o che comunque provengano dal basso e non dall'alto di una trama sociale».

34 U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea*, cit., p. 367 e p. 376-377.

35 F. PACINI, *Ai confini della normatività*, cit., p. 3.

36 Così R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos: le attualità nel diritto*, 2017, 1, p. 3.

37 G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, 2, p. 1 quanto alla *soft law* ci parla della «panopia di atti non tipizzati e non riconducibili entro le tradizionali fonti del diritto (denominati, ad es., dichiarazioni di principi, raccomandazioni, risoluzioni, carte, codici di condotta, linee guida, programmi d'azione, ecc.)».

Come polisemica (e dunque di natura eterogenea) è anche la parola *regolazione*, volta ad assumere in sé tutte le molteplici funzioni svolte dalle Autorità, in quanto rappresenta la «funzione di controllo continuo e focalizzato, esercitato (ma non sempre) da un'Autorità pubblica neutrale, in ordine ad un'attività o un settore cui si attribuisce particolare rilevanza sociale, controllo che si esprime sia in attività positiva (atti di indirizzo, regolamenti, autorizzazioni ecc.), sia in attività successiva di verifica, sia in attività di *moral suasion*, sia in attività propositiva, sia anche in attività di conciliazione, di risoluzione di controversie, di consulenza, di collaborazione», caratterizzata – come si è detto – dal modello *process oriented* (contraddittorio, partecipazione, trasparenza) e da una finalità «programmatica e non per un regime tipico che invece va dedotto dalla specifica struttura dell'atto e dalla disciplina che ne dà il diritto positivo»³⁸.

D'altro canto studiare la *soft law* delle Autorità Indipendenti sembra quasi un passo obbligato perché è evidente che oramai essa assurge al ruolo di “fonte di fatto”, che si impone per forza propria con una vincolatività comunemente riconosciuta per il sol fatto di derivare da soggetti, diversi da quelli che l'ordinamento attribuisce l'“autorità” di porre in essere atti normativi secondo un procedimento stabilito da norme sulla produzione, ma dotati di un grado di “autorevolezza”, per il quale gli atti da loro posti vengano comunemente ritenuti vincolanti dai consociati.

Come gli atti di *soft law*, anche le Autorità sono così diversificate che tutti i tentativi di ricondurle ad unità si sono rivelati ben presto vani, anche quelli che le distinguono base sulle situazioni giuridiche tutelate in Autorità di tutela del mercato e Autorità di garanzia dei diritti fondamentali³⁹, per il sol fatto che ciò presupporrebbe la convinzione che il mercato sia qualcosa di totalmente

38 G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Diritto Amministrativo*, 2016, 3, p. 286.

39 M. MERUSI, M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir., agg. VI*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 143 e ss.

avulso e slegato dai diritti fondamentali e che su questi ultimi esso non abbia alcuna influenza⁴⁰.

Un elemento però può reperirsi in comune fra tutte: il fatto che esse appaiono, ad un primo sguardo, prive di legami politici col Governo e col Parlamento, tanto che nella denominazione spesso utilizzata “Autorità *Amministrative* Indipendenti” risulta preferibile far cadere come in una sincope la qualificazione “amministrative”, che contribuisce sovente a creare nell’immaginario collettivo l’idea di un loro collegamento con la amministrazione, col Governo, o, più in generale, con gli organi di indirizzo politico.

L’esclusione di ogni legame politico è infatti evidenziato dalla alta qualificazione dei loro componenti, “indipendenti” e avulsi da «centri di elaborazione dell’indirizzo politico, siano essi partitici, parlamentari o governativi»⁴¹, dall’interesse perseguito dalle stesse e dalle esigenze che esse sono volte a soddisfare e che sono esclusivamente quelle della materia che devono regolare e per le quali sono state istituite.

Da parte loro i centri di determinazione politica, Parlamento e Governo, paiono aver abdicato a questa loro funzione, dettando in modo alquanto generico e sovente confuso le norme generali istitutive delle Autorità amministrative⁴², così garantendo loro ampi spazi di autonomia normalmente non concessi alle amministrazioni statali per così dire “tradizionali”⁴³.

Ciò contribuisce a quella rivisitazione del concetto di sovranità così come definita nello Stato moderno e intesa «come situazione efficiente di forza materiale impegnata nel compito della costruzione e della garanzia della propria unità e supremazia politica» o, in senso più strettamente giuridico, come «riconduzione di ogni manifestazione di forza politica alla ‘persona’ sovrana dello Stato»⁴⁴. Tale nozione oggi risulta fortemente offuscata dal pluralismo politico

40 M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 50.

41 M. MERUSI, M. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003, p.7.

42 M. MERUSI, M. PASSARO, *Le Autorità Indipendenti*, cit., p. 8.

43 M. MERUSI, M. PASSARO, *op. cit.*, p. 10.

44 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 5-6

e sociale, dalla formazione di centri di potere alternativi allo Stato, sia in senso politico, sia in senso economico, sia in senso sociale e culturale, quali le Autorità indipendenti sono.

Certo, bisogna rammentare anche quella parte della dottrina che si sofferma sulla differenza di non poco momento fra «il diritto che è prodotto da organi che possiedono una legittimazione democratica e ai quali è attribuita la competenza ad intervenire in un determinato ambito e un diritto che si impone in virtù della sua forza persuasiva»⁴⁵, poiché l'effettività di una norma può derivare sia da uno spontaneo «consenso formatosi fra gli appartenenti alla comunità circa l'opportunità o la doverosità di osservare determinate regole», sia da «pressioni di ordine politico, economico, culturale o di altro genere, non escluse quelle derivanti dalla minaccia dell'uso della forza [...] o dalla suggestione di qualunque altro strumento di persuasione palese o occulto»⁴⁶.

Ne deriverebbe che l'adempimento da parte dei destinatari non sarebbe realmente “volontario”, ma determinato dal potere di fatto esercitato dai soggetti che pongono in essere tale diritto, in grado di orientarne facilmente la scelta⁴⁷.

D'altro canto è noto che è proprio l'indipendenza delle Autorità, intesa come assenza di ogni rapporto gerarchico col Governo, a porle in netto contrasto con i paradigmi costituzionali in materia di amministrazione, i quali si fondano sul disposto dell'art. 97 Cost., e determinano la rottura di uno dei capisaldi della forma di governo parlamentare, cioè quello per il quale il rapporto fra Parlamento e amministrazione è sempre mediato dall'Esecutivo, che si assume davanti all'organo rappresentativo della volontà popolare la responsabilità politica degli atti della amministrazione⁴⁸.

45 A. ALGOSTINO, *op. cit.*, p. 265.

46 A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 541.

47 A. ALGOSTINO, *op. cit.*, p. 266, la quale ritiene che il pericolo sia ancor più rilevante se solo si considera che queste prescrizioni non sono frutto di procedure formalizzate che garantiscano l'ascrivibilità del potere ad un orizzonte democratico.

48 M. MERUSI, M. PASSARO, *op. cit.*, p. 82 e analogamente A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *federalismi.it*, 2017, 23, p. 7. Recentemente anche G. ROMAGNOLI, *L'incidenza (sostanziale) dell'azione delle c.d. Autorità Indipendenti sulle dinamiche economi-*

La giustificazione di questa “esenzione” dalla politica e, conseguentemente, dalla responsabilità e dai controlli viene reperita appunto nell’interesse e nelle situazioni giuridiche da tutelare: caratterizzate da un alto tasso di tecnicità o da un particolare rilievo sociale, esse necessariamente richiedono la “neutralizzazione della politica” e dunque un agire amministrativo totalmente indipendente⁴⁹.

Esiste però in dottrina una lettura dei principi costituzionali che consente di ripensare al ruolo e alla posizione delle Autorità attutendone le sovracitate criticità e che ritiene che dall’impianto costituzionale possa trarsi il disegno generale di un’amministrazione svincolata dal potere esecutivo, poiché «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità della amministrazione» e «i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione»⁵⁰. L’amministrazione quindi è sottoposta nella sua attività al principio di legalità, ma non strettamente legata all’indirizzo politico, in modo da non subire il succedersi dei governi e i fisiologici mutamenti di indirizzo.

Tale lettura è peraltro conforme alla *ratio* per la quale esse sono state costituite, quella cioè di introdurre nell’ordinamento un nuovo modello di istituzione alla quale fossero imputate «funzioni non solo preordinate alla cura e al perseguimento degli interessi pubblici, ma anche alla garanzia delle situazioni soggettive coinvolte»⁵¹.

È così che l’indipendenza dei Garanti non è irresponsabilità, ma neutralità, diversa dal paradigma di cui all’art. 97 Cost., che postula invece la imparzialità come canone tipico della azione dell’Amministrazione.

Il carattere della neutralità è infatti considerato dalla dottrina maggioritaria come quel *quid pluris* rispetto alla imparzialità e alla indipendenza, che viene

che dei c.d. Mercati regolamentati e le sue ragioni culturali, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2022, p. 778.

49 M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 50-51.

50 E. MARTINELLI, *Autorità indipendenti e politica*, in *Amministrare*, 2000, 1-2, p. 127.

51 O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2020, p. 118.

richiesto ai membri delle Autorità, affinché l'organo del quale fanno parte si distingua dalla Amministrazione in senso tradizionale: la totale assenza di interessi confliggenti con le funzioni regolatorie cui sono chiamati, l'inesistenza di «alcun condizionamento politico che potrebbe portare a preferire gli uni o gli altri»⁵².

L'altro principio costituzionale posto in costante tensione dalla attività delle Autorità è il principio di legalità, segnatamente sotto il suo profilo sostanziale, più che formale, atteso che, come si accennava poco più sopra, esse trovano il loro primo fondamento di legittimazione nella legge che le istituisce.

Infatti, guardando alle numerose funzioni attribuite dalle leggi istitutive alle Autorità, sovente con norme estremamente generiche e lasche⁵³, parte della dottrina evidenzia come le Autorità amministrative si pongano in netto contrasto con il sistema delle libertà strettamente legato alla riserva di legge, spesso rafforzata dalla riserva di giurisdizione, al principio di legalità e a quello del controllo giurisdizionale sulla attività amministrativa per la tutela di diritti soggettivi e di interessi legittimi⁵⁴.

Di contro vi è chi ritiene invece che la compresenza di una molteplicità di funzioni in capo alle Autorità sia riconducibile alla pluralità di funzioni che l'amministrazione riproduce nel suo seno, non esclusivamente di mera esecuzione della legge, e che ciò determini l'irriducibilità della amministrazione ad un unico modello strettamente assoggettata alle direttive del potere politico⁵⁵.

52 V. CAIANIELLO, *Le autorità amministrative tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, p. 353. D'altro canto la Corte costituzionale, prima di smentirsi nel 2019, si era già espressa nel 1991 con sentenza n. 32 sulla natura neutrale. Cfr. *infra* par. 5.

Deve segnalarsi che in tema di neutralità delle Autorità la giurisprudenza europea si è sempre dimostrata molto decisa. Cfr. C. Giust. UE, 19 ottobre 2016, 19 causa C-425/15, *Ormaetxea Garai e Lorenzo Almendros c. Administración de Estado*; C. Giust. UE 26 luglio 2017, causa C-560/15, *Europa Way srl e Persidera spa c. AG.Com, Ministero dello Sviluppo Economico, Presidenza del Consiglio, Ministero dell'economia e delle finanze*;

53 R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità*, cit., p. 19 e sul punto cfr. anche P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 9 e ss.

54 C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 79.

55 M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti*, cit., p. 91 e M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, cit., p. 37.

D'altro canto è appena il caso di rilevare che proprio la natura estremamente generica delle disposizioni legislative, che le hanno istituite, ha consentito alle Autorità di assumere un ruolo di applicazione diretta delle norme costituzionali, attraverso la “tecnica del bilanciamento” di interessi attuata “caso per caso”, che secondo alcuni le porrebbe su un piano parità con altri organi dell'ordinamento costituzionale (con il Parlamento e la Corte costituzionale innanzitutto)⁵⁶.

Guardando attraverso questa diversa prospettiva l'azione delle Autorità non si palesa più totalmente sradicata dal disegno costituzionale, ma conforme ai valori costituzionali che esse sono tenute a proteggere, poiché paiono agire a stretto contatto con i valori costituzionali.

Pur non di meno, non si può non rilevare già in questa sede che le Autorità Indipendenti, muovendosi in quegli interstizi, invero neppure tanto angusti, lasciati liberi dalle troppo generiche disposizioni legislative che le hanno istituite, agiscono esercitando le loro molteplici funzioni con un ampio margine di discrezionalità. Ciò pone il problema reale del reperimento dei limiti alla attività discrezionale dei Garanti laddove, in particolare, ad essere incisi dalle loro molteplici funzioni normative (o para-normative), giurisdizionali (o para-giurisdizionali) e, più in generale, regolatorie siano i singoli e i loro diritti soggettivi.

3.1 La *soft law* delle Autorità indipendenti: un “diritto *in progress*”

La molteplicità delle funzioni assegnate alle Autorità (normative, para-normative, para-giurisdizionali, ecc.) e la loro tendenza a creare in via di prassi regole per le proprie azioni e ad appropriarsi di poteri non previsti nelle leggi istitutive assumono un valore ancora più pregnante se si considera che esse sommano al potere di “auto-regolamentazione” anche il potere provvedimento, che dunque consente loro di derogare ad atti generali e conduce alla totale svalutazione della distinzione fra atto generale e atto speciale⁵⁷.

56 M. CUNIBERTI, *op. cit.* p. 92 e M. MANETTI, *op. cit.*, p. 185 e

57 M. MARZONA, *L'amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 1988, p. 185 e M. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 96.

Quest'ultimo profilo di confusione fra atti di natura diversa, oltre che fra poteri e funzioni, genera evidenti problemi di compatibilità costituzionale, da un lato perchè, come si diceva, l'attività *sostanzialmente normativa* è esercitata in aree coperte e garantite da riserva di legge; dall'altro perchè la coesistenza di poteri normativi e poteri provvedimentali in capo ad uno stesso soggetto crea evidentemente un *vulnus* al principio della tutela giurisdizionale avverso tali ultimi atti, soprattutto laddove si ricordi che le Autorità sono dotate anche di poteri *sostanzialmente giurisdizionali*.

Illuminante è in proposito quella autorevole dottrina che non ha mancato di rilevare come con tali provvedimenti, che spesso assumono la forma di atti di *soft law*, le «autorità di regolazione hanno per lo più lo scopo di dare un contenuto determinato, o meglio quanto più determinato possibile, ai concetti indeterminati che costellano (e incombono su) l'attività dei regolati», divenendo così «un non diritto che concorre alla certezza del diritto»⁵⁸.

In questi ambiti l'assenza di normatività di questo diritto *soft* (in quanto non formalmente vincolante) diviene sovente una categoria recessiva, poiché in realtà pone «vincoli molto stringenti nei confronti dei soggetti regolati, con l'aggravante dell'impossibilità di applicare gli strumenti di tutela tradizionali avverso tali vincoli»⁵⁹.

Torna allora il problema già sopra menzionato di ricondurre sotto l'egida degli strumenti di tutela dei singoli tali atti che, grazie alla loro natura duttile e alla loro persuasività, riempiono gli spazi lasciati vuoti dall'*hard law*, non foss'altro perchè tali atti sottopongono a forte tensione il principio di legalità nella sua declinazione sostanziale.

58 G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, 2, p. 3 e 5.

59 M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, 2, p. 53. Sul punto anche F. PACINI, *op. cit.*, p. 4 che ritiene che in tale ottica evidentemente il criterio della assenza di normatività sia oramai non dirimente trattandosi «di una normatività che oltrepassa i confini del diritto tradizionale (*le droit est plus grand que la règle de droit*) e che si manifesta in modi, forme e con forza nuovi», in questo citando B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, 2, p. 33.

Per ovviare a questi problemi, le Autorità garantiscono la partecipazione dei destinatari al procedimento di formazione dei loro atti di normazione *soft*. In tal modo, da un lato ovviano alle critiche spesso mosse nei loro confronti in tema di carenza di legittimazione democratica, trovando una legittimazione propria del tutto autonoma e alternativa rispetto a quella politica e creando così un contatto effettivo con la società⁶⁰.

Si tratterebbe dunque di una nuova “legalità di natura procedurale”⁶¹, che consente alle Autorità di trarre la loro legittimazione alla regolazione proprio dal procedimento in sé, dotato di specifiche garanzie di partecipazione, contraddittorio e di consenso⁶².

È bene ricordare che tale legalità procedurale trova un riferimento esplicito anche nella giurisprudenza costituzionale ed in particolare nella sentenza n. 69 del 2017 con la quale la Corte proprio in riferimento al potere di regolazione delle Autorità indipendenti, sulla scorta di giurisprudenza pregressa, ha valorizzato tali «forme di legalità procedurale [...] aperte alla partecipazione di soggetti interessati e di organi tecnici [...] che consentano la collaborazione di più enti o organi [...]» specie se connotati da competenze specialistiche e chiamati a operare secondo criteri tecnici, anche di ordine economico – o anche la partecipazione delle categorie interessate. La possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge [...] vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un

60 M. MANETTI, *op. cit.*, p. 212; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 245; G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, Padova, Cedam, 1994, p. 323. Sebbene debba comunque rilevarsi che questa autolimitazione sia spesso solo apparente perché la negoziazione con i privati si svolge sotto l'egida e il controllo delle Autorità stesse.

61 R. TITOMANLIO, *op. cit.*, p. 19. Si veda in particolare E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 220 ss. Cfr. *contra* P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, cit., p. 303 e ss.

62 F. PACINI, *op. cit.*, p. 4.

inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti»⁶³.

Tale concezione è evidentemente mutuata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato sui poteri normativi delle Autorità Indipendenti, secondo la quale «l'applicazione del principio di legalità può avere carattere meno intenso, in ragione dell'esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da un elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace [...] la de-quotazione del principio di legalità in senso sostanziale — giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori come quelli demandati alle autorità amministrative indipendenti — impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale: il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari»⁶⁴.

Le Autorità dunque attraverso tale procedimento agiscono attraverso una “nuova forma di bilanciamento di interessi”, che si svolge non più “in giudizio” per dirimere un caso concreto, ma “a monte”, prima che la lite abbia luogo, nel momento in cui appunto si pongono «le regole del gioco», dunque nel “momento normativo”⁶⁵.

Ciò si rivela possibile da un lato proprio per la loro “indipendenza-neutralità”, che consente loro di agire nella fase normativa libere da qualsiasi indicazione, condizionamento o direttiva proveniente dalle maggioranze politiche; dall'altro perché le norme saranno tanto più aderenti alla realtà e alla logica in-

63 Corte cost. 22 febbraio 2017, n. 69 punto 7.2 del considerato in diritto.

64 Cons. St., Sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182. Si tratta di un principio oramai consolidato in materia, *ex multis* Cons. St., Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521 e 20 marzo 2015, n. 1532. In dottrina recentemente anche C. SICCARDI, *Organi tecnici e produzione normativa*, testo provvisorio della relazione al convegno annuale della Associazione del Gruppo di Pisa, Firenze 17-18 Giugno 2022, p. 21, attualmente disponibile al seguente link https://www.gruppodipisa.it/images/convegni/2022_Convegno_Firenze/Cecilia_Siccardi_-_Organi_tecnici_e_produzione_normativa.pdf

65 C. TEITGEN-COLLY, *Le institutions de regulation et la Constitution*, in *Rev. de dr. publ. si. pol.*, 1990, p. 157

terna della materia da disciplinare, quanto più essa sia colta dalla «viva voce degli attori sociali abilitati a manifestare le proprie ragioni e i propri interessi e non meri osservatori inerti di processi normativi eteronomi»⁶⁶.

L'innovazione di questo procedimento risiede dunque non tanto nel momento finale che determina l'adozione dell'atto, quanto nel momento iniziale, che prende spunto dalla realtà e dalle esperienze e si rivela del tutto sganciato dalla dinamica politica dei pubblici poteri. Il momento finale invece sarà costituito, come in qualunque procedimento normativo, da un atto di volizione del soggetto regolatore che interpreterà e valuterà gli interessi, li comporrà in unità secondo parametri tecnici ed alla fine delibererà⁶⁷.

Potremmo definire questo “nuovo modo di fare diritto” un “diritto *in progress*”, che culmina certo nell'atto normativo volitivo e dispositivo, capace però di essere rapidamente aggiornato al modificarsi della realtà e degli interessi regolati, senza una formale revisione, in modo che le regole poste non siano soggette a precoce obsolescenza. In altre parole un diritto coerente con i fatti che lo hanno generato, sempre aderente alla realtà e al quale gli operatori presteranno più facilmente osservanza, perché effettivo di per sé, nato attraverso un bilanciamento costante degli interessi in gioco e dunque “ragionevole”⁶⁸.

Ovviamente si è anche ben coscienti che la “legalità procedimentale” porti con sé aspetti problematici di non poco momento, fra cui il più importante è quello determinato dal rischio di una involuzione neocorporativa, laddove nel procedimento eminentemente partecipativo di formazione degli atti riescano a trovare rappresentazione solo gli interessi dei gruppi più forti, capaci di orientare anche preventivamente le scelte dei soggetti regolatori, con soccombenza dei quelli dei più deboli.

66 G. DEMINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 11.

67 G. DEMINICO, *Regole, comando e consenso*, cit., p. 12.

68 Altrove lo si è definito appunto un diritto *soft*, fluido e flessibile per le ragioni menzionate. A tal proposito ci si permette di rinviare a M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, cit., p. 64.

L'unico argine a tali possibili rischi è stato individuato dalla dottrina in prima battuta nella possibilità che lo Stato disciplini preventivamente la fisionomia e la partecipazione al procedimento di formazione di questi atti⁶⁹ e, in seconda battuta, nel controllo *ex post* sugli stessi, ad opera prima degli stessi *stakeholders* che hanno partecipato al procedimento medesimo, poiché il conformarsi della condotta sociale costituisce evidentemente l'unico parametro attraverso il quale valutare la “democraticità” dei regolatori, e in ultima istanza anche della giurisdizione.

3.2 (segue) Le linee guida dell'ANAC e la *moral suasion* della AGCM

Un esempio concreto di queste nuove formule di “diritto *in progress*” sono di certo le *linee guida*, sebbene non si possa mancare di rilevare come il termine sia anche esso di difficile definizione⁷⁰.

In particolare ci si vuole riferire alle *linee guida* emesse da ANAC nell'attuazione del Nuovo Codice sugli Appalti (D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50)⁷¹, come è noto poi successivamente modificato dal decreto cd. “Sblocca Cantieri” (D.L. 18 aprile 2019 n. 32) in senso particolarmente restrittivo⁷².

Recentemente la dottrina per definirle, oltre che ribadire il fatto che esse non possano considerarsi una “categoria giuridica”⁷³ omogenea, poiché non si

69 G. DEMINICO, *op. cit.*, p. 67, 72 e p. 80-86, la quale si sofferma sulla «opportunità di una legge quadro sul potere regolativo delle A.I.», che disciplini in modo omogeneo per tutte le Autorità la partecipazione alla eteronormazione, per evitare disparità di trattamento «tra i partecipanti in ragione delle modalità partecipative adottate, in mancanza di un disegno che tratteggi per grandi linee lo “statuto” del partecipante» (p. 72).

70 C. INGENTO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 4, p. 871 ss.

71 I.A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in Id. (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, Giappichelli, 2016. Cfr. V. GIANNELLI, *Linee guida Anac e “fuga” dall'Esecutivo*, in www.forumcostituzionale.it, 10 settembre 2018.

72 La perdurante validità dell'analisi di queste linee guida è dovuta come è noto alla mancata emanazione del Regolamento Unico in materia, previsto dal D.L. 18 aprile 2019 n. 32, che avrebbe dovuto sostituirle. Si vedano i commenti in dottrina dopo la riforma di C. CHIARELLO, *L'inquadramento delle Linee Guida ANAC nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in *Federalismi.it*, n. 30/2020, p. 50 ss.; G. MARTINO, *Le linee guida non vincolanti dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: soft law with hard effects*, in *Amministrazione in Cammino*, 21 agosto 2020.

73 F. PACINI, *op. cit.*, p. 6.

tratta di «un istituto o una categoria dogmatica, come i regolamenti o gli atti amministrativi generali, (ma) sono un'etichetta di contenitori diversi»⁷⁴, afferma che esse costituiscono «norme speciali, non cogenti, flessibili nell'applicazione, soggette ad aggiornamenti continui e connesse tanto all'evoluzione delle conoscenze scientifiche, quanto delle sue conseguenze sul sistema politico, economico e sociale»⁷⁵.

È noto che il procedimento di formazione le sovraccitate linee guida ANAC rispettano perfettamente il “principio di legalità procedurale”, compendosi secondo delle fasi che prevedono la apertura *online* della consultazione pubblica nella quale i portatori di interesse esprimono le loro osservazioni attraverso un “documento di consultazione pubblica” da redigere in “modalità aperta”⁷⁶.

Conclusa la consultazione pubblica, la proposta di linee guida viene approvata con delibera dell'Autorità unitamente all'Analisi di Impatto della Regolazione (AIR), ovvero una relazione nella quale l'Autorità dà conto in modo altamente preciso di quali saranno le modificazioni in senso sia qualitativo sia quantitativo determinate dall'intervento normativo.

Una volta deliberata, la proposta di linee guida viene trasmessa al Consiglio di Stato, affinché renda il proprio parere. Ciò costituisce una buona pratica, oramai affermata nella prassi fra ANAC e il massimo organo consultivo per gli

74 G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, cit. p. 238.

75 E. D'ORLANDO, F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti supreme e salute*, 2021, 1, p. 60. D'altro canto, riprendendo il canone della eterogeneità tipico della *soft law* delle Autorità Indipendenti, anche l'emergenza sanitaria ha visto il fiorire di numerose linee guida di diversi organi e organismi di natura variamente pubblica. In tema si veda anche C. SICCARDI, *Organi tecnici e produzione normativa*, cit., p. 26-28 e F. PACINI, *op. cit.*, p. 5 e 14-15 il quale citando B. BOSCHETTI, M. D. POLI, *Il ruolo della soft law nella lotta contro il Covid-19*, in B. Boschetti, E. Vendramini (a cura di), *Rapporto sul Futuro e l'innovazione dell'Amministrazione Pubblica 2021*, Milano, EDUCatt, p. 75, parla di un gioco di sponda «dal diritto dell'emergenza verso la *soft regulation* visto dell'emergenza», che ha riconosciuto un «carattere vincolante delle linee guida (d.l. 8.03.2020, n. 11, art. 2, c. 2, lett. d), art. 3, c. 2, lett. d), art. 4, co. 3, lett. d)», oltre a rafforzare gli «obblighi di rispetto di misure di sicurezza contenute in linee guida e protocolli applicabili alle attività private (d.l. 16.05.2020, n. 33, art. 1, c. 14)».

76 Sul punto I.A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation*, cit., p. 52, la quale evidenzia la nuova declinazione del concetto di sovranità che si esprime attraverso questo nuovo procedimento normativo.

atti di normazione secondaria, la quale oltre che ricondurre i loro rapporti al principio di leale collaborazione, può essere anche letta alla luce dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988 quanto al procedimento di approvazione dei regolamenti del Governo, creandosi dunque un interessante parallelismo fra questi ultimi e questi atti di regolazione⁷⁷.

Al parere del Consiglio di Stato segue l'approvazione definitiva delle Linee Guida da parte della Autorità o la proposta di modifica, qualora il parere sia reso con osservazioni o qualora, all'esito della prima consultazione, l'Autorità ritenga che vi siano ancora questioni che richiedano ulteriori approfondimenti, decide di procedere ad una seconda consultazione, incentrata prevalentemente sui punti controversi.

Una volta definitivamente approvate le linee guida con delibera dell'ANAC segue la Verifica di Impatto della Regolazione (VIR), che consiste nel verificare *ex post* se la regolazione determina gli effetti che il regolatore si prefiggeva o se necessita di ulteriori modifiche e adeguamenti alle situazioni concrete e alla quale possono nuovamente partecipare gli *stakeholders* inviando le loro osservazioni, che verranno valutate nella redazione del relativo documento. Il procedimento può concludersi con una conferma dell'atto valutato, una modifica degli aspetti di dettaglio o con l'avvio di un nuovo procedimento AIR destinato all'adozione di un atto di regolazione sostitutivo del precedente.

Il procedimento citato è adottato per tutte le tipologie di Linee Guida, dunque sia per quelle vincolanti emesse con decreto ministeriale, sia per quelle vincolanti e non vincolanti emesse da ANAC.

Invero, risulta perplessa la collocazione in sistema delle tre tipologie di Linee Guida. Quanto a quelle emesse con decreto ministeriale, sebbene grazie alla loro forma siano ricondotte ai regolamenti ministeriali come disciplinati

⁷⁷ Secondo A. NICOTRA, *op.cit.*, p. 45. la "funzione consultiva volontaria" esercitata sulle linee guida come volontà di consolidamento della funzione regolatoria di ANAC, ma anche "complementarità" delle due funzioni: il parere del Consiglio di Stato sarebbe complementare rispetto all'atto di regolazione, perché ne renderebbe "una lettura costituzionalmente orientata", finalizzata al buon esito della riforma e «alla prevenzione del contenzioso, rendendo chiaro il quadro normativo di riferimento per imprese e cittadini».

dall'art. 17 co. 3 della l. n. 400 del 1988, parte della dottrina ha rilevato la «evidente anomalia della soggezione all'approvazione ministeriale di un atto elaborato da un'Autorità che dovrebbe essere indipendente dal potere esecutivo»⁷⁸.

Le Linee Guida vincolanti emesse da ANAC hanno creato maggiori dubbi alla dottrina che immediatamente ne ha criticato la intrinseca contraddizione fra il *nomen*, che riconduceva a raccomandazioni o comunque atti di istruzione, e la effettiva portata cogente e non riusciva a ravvisare in esse le necessarie condizioni di legalità⁷⁹.

Da parte sua il Consiglio di Stato nel definirle ha utilizzato il lemma “atti di regolazione” in questo volendo compendiare sia *valenza certamente generale* con la natura del soggetto emanante dotato di poteri di regolazione, specificando che esse «non sono regolamenti in senso proprio, ma atti amministrativi generali»⁸⁰.

Infine le Linee Guida approvate da ANAC e non vincolanti sono state in via teorica collocate fra le fonti terziarie, in quanto non collocabili fra gli atti amministrativi a contenuto generale, ma sostanzialmente assimilabili alle circolari (fonti c.d. terziarie)⁸¹. Lo stesso Consiglio di Stato le ha definite dapprima strumenti di ‘regolamentazione flessibile’, utilizzando poi espressamente il termine *soft law*⁸².

78 Così G.A. GIUFFRÈ, *Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle “Linee guida” dell’ANAC*, in *federalismi.it*, 27 novembre 2017, p. 7.

79 Cfr. *ex multis* C. DEODATO, *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 2016, p. 1.

80 Cons. St., parere Comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855 (punto II.g.5). Da qui è derivata la dottrina che ha ricollegato nella sostanza le linee guida vincola ai «veri e propri regolamenti, anche perché di essi hanno (e devono avere) le caratteristiche proprie: generalità, astrattezza, idoneità ad innovare nell’ordinamento». In tema F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit., ma anche G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’ANAC: comandi o consigli?*, cit., p. 7-8, il quale afferma che in questo il legislatore ha costituito in favore di ANAC una implicita vera e propria “riserva di regolamento *in parte quibus*” con riferimento allo specifico settore dell’anticorruzione.

81 F. CINTIOLI, *op. cit.* e Cons. St. parere Comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855 (punto II.g.5).

82 Cons. St., parere Comm. spec. n. 1763 del 2016, (punto B. 4.2.) e parere n. 2284 del 2016 (paragrafo 5.2).

La dottrina che formalmente le riconduce alle direttive⁸³ individua in esse una efficacia variabile a seconda della singola fattispecie regolata. Dunque, laddove si limitino alla riproduzione di atti già dotati di una loro propria efficacia normativa, le Linee Guida non vincolanti dovranno essere considerate “fonte regolatrice della fattispecie”, esercitando quella efficacia persuasiva che è tipica dei precedenti. Se, invece, dettano norme puntuali, e non lasciano alcun margine valutativo, allora la piena osservanza si imporrebbe in quanto espresse dal regolatore competente ad indicare le regole tecniche del settore, e la inosservanza potrà integrare quanto meno grave negligenza, a meno che non si provi che tali indicazioni tecniche siano *contra legem*, o che siano inidonee a regolare il caso concreto⁸⁴.

Analoghe considerazioni possono farsi per i poteri di *advocacy* e *moral suasion* di AGCM, i cui atti possono ascrivere certamente alla categoria della *soft law*.

Preliminarmente però è bene ricordare che AGCM è stata definita come la più “pura” fra le Autorità Indipendenti⁸⁵, intendendosi che essa non è sovraccaricata di una serie variegata di funzioni, avendo solo il compito di «ricondurre comportamenti concreti a fattispecie definite dal legislatore»⁸⁶. Certo è però che AGCM non è solo dedita ad una mera attività di interpretazione della legge, ma a tutela della concorrenza agisce sulla scorta di una ampissima discrezionalità garantita dalla legge istitutiva nell'esercizio delle funzioni assegnatele, nonché nell'esercizio dei suoi poteri consultivi e di segnalazione.

Ciò comporta che, sebbene non sia dotata formalmente di poteri normativi, l'*Antitrust* sia capace di incidere con autorevolezza sulla determinazione delle politiche di tutela e promozione della concorrenza e di influenzarle.

83 Come anche Cons. St., parere Comm spec. n. 1763 del 2016, (punto B. 5)

84 G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 7 e E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015, 4, p. 41 e ss..

85 M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 128.

86 M. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 180-181.

La *moral suasion* di AGCM appare infatti particolarmente penetrante, sia perché è esercitata, nei confronti dei privati e nei confronti degli organi di indirizzo politico anche relativamente alle proposte di atti normativi primari e secondari, sia perché è azionata non solo su richiesta delle amministrazioni e degli enti pubblici interessati, ma anche d'ufficio laddove la stessa Autorità lo ritenga opportuno, interpretando così il suo ruolo di «organo di governo tecnico» del settore della concorrenza e del mercato.

A ciò si aggiunga il suo penetrante potere di segnalazione, che si rivela spesso maggiormente incisivo rispetto alla funzione consultiva, esercitato anche questo *motu proprio* o a richiesta degli interessati, sia nei confronti di privati sia nei confronti degli organi del potere politico, nei casi in cui norme di legge o di regolamento o i provvedimenti amministrativi di carattere generale determinino distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato, che non siano giustificate da esigenze di interesse generale.

È evidente allora che il ruolo esercitato da AGCM nella regolazione del settore trascende la attribuzione formale di poteri normativi⁸⁷, poiché la autorevolezza riconosciutale, insieme alla funzione decisoria, consente di poter dire che essa agisca con poteri “sostanzialmente normativi”.

«Certo altra cosa è il seguito che viene dato all'impulso (proveniente da AGCM), e questo dipende dal tipo di segnalazione inviata e dalla rilevanza assegnata al monito in essa contenuto»⁸⁸, nonché dal grado di maturazione del settore cui la segnalazione, il monito, il parere sono rivolti. In tal senso concorda autorevole dottrina che evidenzia come i poteri di *advocacy* dell'Autorità siano tanto più penetranti quanto maggiormente recettive alle questioni *antitrust* si rivelano le istituzioni, nonché quanto maggiore è la sensibilità dell'opinione pubblica relativamente al «disvalore sociale che comportano le restrizioni alla concorrenza»⁸⁹.

87 Concorde M. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 182

88 A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 11.

89 G. TESAURO, M. TODINO, (voce) *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. Dir.*, 2002, p. 132.

Si può quindi certamente affermare che le funzioni così brevemente elencate di AGCM le consentano di svolgere un ruolo di orientamento e regolazione del settore della concorrenza, facilmente ascrivibili alla *soft law* in termini di *para-law*⁹⁰.

4. Tutela giurisdizionale avverso la *soft law* delle Autorità indipendenti: alcuni casi giurisprudenziali recenti

Il tema della problematica collocazione in sistema di questa eterogenea e per molti versi indistinta categoria di atti è necessariamente collegato anche alla necessità di reperire argini allo straripamento dei poteri normativi e paranormativi delle Autorità Indipendenti.

Da quanto sopra affermato solo sommariamente uno di questi argini potrebbe essere individuato nella attività del legislatore, ma esso si rivelerà costan-

90 Si ricordino in particolare due casi del 2017 risolti da AGCM grazie alla sua *moral* suasion. Il primo è quello relativo alla promozione di *iPhone 7*, per il quale, sulla scorta di segnalazioni e di elementi acquisiti d'ufficio, era emerso che nei relativi *claim* pubblicitari, *Apple* ne avesse pubblicizzato la resistenza all'acqua, includendo però una limitazione di garanzia per i danni causati da liquidi. Al fine dunque di rimuovere i profili di possibili scorrettezze, l'Autorità ha inviato una comunicazione a *Apple*, la quale si è dimostrata immediatamente collaborativa, confermando che gli spot pubblicitari ritenuti ingannevoli per il consumatore non sarebbero più andati in onda e aggiornando il sito internet in riferimento alla capacità di resistenza «agli schizzi e alle gocce e alla polvere» dell'*iPhone 7*, nonché i materiali di marketing e supporto, informando inoltre in modo chiaro sulla copertura assicurata dalla garanzia del *device* (MS PS 10700 *Apple iPhone7/Resistenza all'acqua* del 9 giugno 2017).

Il secondo caso di comunicato dall'Autorità e che ha avuto un esito positivo è quello che ha riguardato i c.d. *influencer marketing*, considerata l'ultima e nuova forma di potente pubblicità (Comunicato stampa del 1 dicembre 2017 "Pubblicità trasparente sui *social media*, *influencer* recepiscono le indicazioni AGCM, ma il controllo sul fenomeno proseguirà" disponibile all'indirizzo <http://www.agcm.it/stampa/comunicati/9049pubblicit%C3%A0-trasparente-su-social-media,-influencer-recepiscono-le-indicazioni-agcm-ma-il-monitoraggio-sul-fenomeno-proseguir%C3%A0.html>). Nel luglio 2017 l'AGCM invia a sette *influencer* e undici società titolari di *brand* di grande notorietà alcune lettere, aventi specificatamente ad oggetto alcuni e ben individuati *post* sul *social media Instagram*, sollecitando la necessità della massima trasparenza e chiarezza laddove eventualmente essi fossero messaggi pubblicitari.

Le lettere inviate, ribadendo che i contenuti pubblicitari devono sempre essere riconoscibili e ricordando la portata generale del divieto di pubblicità occulta, che coinvolge dunque anche le comunicazioni effettuate attraverso i *social media*, invitano formalmente dunque gli *influencer* destinatari a rendere immediatamente riconoscibili le finalità promozionali dei *post* attraverso l'inserimento di appositi *hashtag* o diciture. Effetto di queste comunicazioni informali e non tipizzate è stata l'immediata adesione da parte degli *influencer* e dei titolari dei marchi coinvolti, fra l'altro non limitata esclusivamente ai *post* indicati. Inoltre i titolari dei marchi hanno invitato a loro volta i loro *testimonial* per il futuro ad avvertire con chiarezza i loro *followers* delle finalità promozionali dei contenuti diffusi tramite i *social*.

temente fallibile laddove non vengano cristallizzati in formule stringenti i limiti della loro discrezionalità.

Il secondo possibile argine è ovviamente costituito dal controllo giurisdizionale, ma quanto a questo la riflessione merita un maggiore approfondimento necessitato dalla difficoltà di riconoscere quale sia l'effettiva natura dei singoli atti normativi e paranormativi delle Autorità.

In questo ambito non può concordarsi con quella recente dottrina che ritiene che i giudici amministrativi e ordinari abbiano assunto un atteggiamento “conservativo” in favore dell'azione delle Autorità Indipendenti⁹¹. Piuttosto deve rilevarsi che i giudici hanno messo in campo un controllo ad ampio spettro «che coinvolge anche i procedimenti di formazione, imponendo obblighi partecipativi e di motivazione, in funzione compensativa del *deficit* di legittimazione di tali soggetti pubblici», consentendo peraltro con larghezza l'accesso alla giustizia e ammettendo anche ricorsi “diretti” avverso gli atti regolativi⁹² e quelli espressivi del potere di influenza, riconoscendo dunque la capacità degli stessi di produrre «in presenza di opportune garanzie dal punto di vista procedimentale, [...] effetti apprezzabili nell'ordinamento»⁹³, al di là della tradizionale schematicità e rigidità del sistema gerarchizzato delle fonti.

A tal fine, affinché il controllo sia davvero effettivo è necessario che il sindacato sia “forte, pieno ed effettivo” e che abbia riguardo anche alla piena cognizione e qualificazione del fatto, perché al giudice è attribuito lo specifico compito di valutare se il potere attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato⁹⁴.

91 G. ROMAGNOLI, *L'incidenza (sostanziale) dell'azione delle c.d. Autorità Indipendenti*, cit., p. 783 e ss.

92 M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2015, 4, p. 714.

93 A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 11.

94 F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle autorità amministrative indipendenti*, 7 agosto 2017, disponibile in giustizia-amministrativa.it, pp. 6-7 e in tema si veda anche ID., *Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Giust. civ.*, 2015, n. 4.

Infatti, l'elevato grado di complessità tecnica che caratterizza il settore non ha impedito al Supremo Giudice amministrativo di esercitare più volte la piena sindacabilità dei provvedimenti delle Autorità Indipendenti⁹⁵. In tal senso il sindacato del giudice sull'opinabilità del fatto andrà configurato come «sindacato sull'*attendibilità* [...] o meglio, di *maggiore attendibilità* della scelta amministrativa conseguente alle valutazioni di ordine tecnico poste alla base della stessa»⁹⁶: la valutazione giudiziale non dovrà sostituirsi a quella dell'Autorità, ma dovrà verificare che la scelta da quest'ultima effettuata sia la migliore anche in base alla comparazione con le altre possibili.

Sul punto molto recentemente il Consiglio di Stato⁹⁷, chiamato a esprimersi sulla legittimità di una comunicazione di Consob che aveva unilateralmente accertato una fattispecie di controllo societario, ha affermato che la valenza tecnica della regolazione indipendente «impedisce la piena operatività del principio di legalità-garanzia, che assume una valenza debole, non essendo, spesso, possibile assicurare la predeterminazione legislativa delle modalità e del contenuto del potere pubblico». Per «compensare» le mancanze della legalità sostanziale «la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto necessario rafforzare la legalità procedimentale, la quale assume una valenza forte».

La pronuncia dunque, pur ribadendo la applicabilità della «teoria dei poteri impliciti» alle Autorità Indipendenti, dimostra di entrare nel merito delle loro decisioni grazie al *passepourtout* della legalità procedimentale che consente una valutazione delle singole fattispecie sottoposte a controllo di legittimità, e restituisce «almeno in parte, coerenza al sistema, assicurando il recupero delle

95 Cfr. Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2011, n. 1712; Id., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, che ha sancito la *piena* sindacabilità della discrezionalità tecnica, ed inoltre Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302, che ha ritenuto illegittimo un provvedimento Antitrust, perché fondato sull'erroneo presupposto di fatto che il prezzo del servizio offerto dall'*incumbent* fosse inferiore a quello del concorrente; così come Cons. St., sez. III, 2 ottobre 2015, n. 4616, ritiene doverosa una valutazione piena del fatto (nella specie costituito dalle condotte degli operatori economici nelle telecomunicazioni), anche se complesso e costituito da circostanze opinabili.

96 M. CUNIBERTI, *op. cit.*, p. 528.

97 Cons. St., sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972.

garanzie e la prevedibilità oggettiva dei possibili sviluppi provvedimenti, nonostante l'opacità della legge sostanziale di disciplina dei poteri regolatori»⁹⁸.

Appare significativa sul tema anche una sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione⁹⁹, invero meno recente, che invero sostiene la tesi, che in questo lavoro si vuole sostenere.

Chiamata a esprimersi su ricorso *ex art.* 362 co. I cpc. relativamente ad una sentenza del Consiglio di Stato¹⁰⁰ confermativa di un atto di AGCM, che aveva accertato una intesa restrittiva della concorrenza¹⁰¹, la Suprema Corte ha ribadito che è vero che il giudice amministrativo può sindacare solo i vizi di legittimità delle Autorità Garanti, perché se così non fosse il sindacato del giudice «si tradurrebbe [...] (in) un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la sua valutazione a quella della amministrazione». Pur non di meno ha anche chiarito che ciò non vuol dire che «il sindacato sia limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo, restandone esclusa ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto. La pienezza del sindacato giurisdizionale necessariamente comporta che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano essere risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso su posizioni di diritto soggettivo»¹⁰².

Nello specifico caso delle Autorità Indipendenti dunque le SS.UU. hanno enunciato il principio per il quale «Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedi-

98 Cons. St., sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972 (punto 3.1.1. del considerato in diritto). Nel medesimo punto il collegio ritiene opportuno che «il legislatore intervenisse a disciplinare, con misure più pregnanti, modulate alla luce della materia regolata, anche i settori di competenza delle Autorità indipendenti per ridurre l'ambito di operatività dei poteri impliciti e assicurare una più certa compatibilità costituzionale».

99 Corte Cass., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013.

100 Si trattava di Cons. St., 24 settembre 2012 n. 5067.

101 I ricorrenti ritenevano che il Consiglio di Stato non avrebbe dovuto limitarsi a valutare i profili di illogicità estrinseca e di correttezza giuridica della motivazione con cui l'Autorità Garante individua gli estremi di un mercato rilevante, ma avrebbe dovuto spingersi fino alla verifica dei fatti presupposti.

102 Corte Cass., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013 (punto 4.1. del Considerato in diritto).

mento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità - come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza - detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini»¹⁰³.

5. La giurisprudenza costituzionale: fra torsione delle Autorità Garanti in senso esclusivamente amministrativo e incidenza della *soft law* sul giudizio di costituzionalità

Dal canto suo, la giurisprudenza costituzionale si rivela ad oggi alquanto ondivaga in tema di Autorità Indipendenti e ai loro poteri regolatori.

Come sopra si è avuto modo di accennare, nel 1991 la Corte con sentenza n. 32 aveva affermato in modo netto e deciso la natura neutrale dei Garanti. Infatti, in una questione di legittimità costituzionale sollevata in via principale dalla Provincia Autonoma di Bolzano e relativa ad alcune norme della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, la Corte aveva avuto modo di affermare che l'istituzione ai sensi dell'art. 12 della citata legge della Commissione di garanzia non violava alcuna norma dello Statuto, perché essa è un organo "neutrale" che «si inserisce nella dialettica del conflitto fra il datore di lavoro e le forze sindacali per verificare l'esatta applicazione della legge regolatrice del diritto di sciopero in questo settore»¹⁰⁴.

¹⁰³ Corte Cass., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013 (punto 4.3. del Considerato in diritto). Deve segnalarsi che il filone giurisprudenziale era già stato sommariamente espresso da Corte Cass., sez. VI, 16 gennaio 2013, n. 5327, nella quale le valutazioni tecniche di AGCM relative alla esistenza delle intese restrittive della concorrenza sono considerate "prova privilegiata". Cfr. critico sul citato principio di diritto che comporterebbe la percezione dell'indipendenza delle Autorità come elemento di amplificazione del loro potere di influenza G. ROMAGNOLI, *op.cit.*, p. 777 e ss.

¹⁰⁴ Corte cost., 17 gennaio 1991, n. 32 (punto 4.1 del considerato in diritto). Cfr. nota 52.

Questa giurisprudenza appare oggi smentita dalla stessa Corte nella nota sentenza n. 13 del 2019¹⁰⁵, con la quale la Corte ha negato ad AGCM l'accesso al giudizio di costituzionalità nella qualità di giudice *a quo*.

In generale può dirsi che la pronuncia, oltre che a riaprire il tema relativo alle “zone franche” dell'accesso alla giustizia costituzionale, comporta anche la ridefinizione da parte del giudice delle leggi della natura delle Autorità indipendenti tutte, manifestando nelle sue motivazioni una evidente torsione in senso esclusivamente amministrativo delle stesse¹⁰⁶.

Invero deve segnalarsi che se la dottrina da lungo tempo si interroga sulla possibilità di riconoscere alle Autorità Indipendenti natura di *giudice a quo* spesso risolvendosi in senso positivo¹⁰⁷, la giurisprudenza costituzionale si è dimostrata spesso ondivaga sull'allargamento dell'accesso al giudizio in via incidentale, sia dal punto di visto oggettivo sia dal punto di vista soggettivo¹⁰⁸.

In particolare dal punto di vista soggettivo, la Corte non ha esitato ad estendere la nozione di giudice *a quo* anche in casi particolarmente dubbi, come alla Commissione giurisdizionale per il personale della Camera dei Deputati, che evidentemente esercita l'autodichia riservata agli organi parlamentari¹⁰⁹, e al

105 Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13.

106 Ciò in considerazione del fatto che sovente AGCM è considerata a paradigma per tutte le indagini che riguardano i Garanti. Sul punto O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n. 13 del 2019*, in *federalismi.it*, 2020, 36, p. 112.

107 G. AMATO, *Conclusioni*, in AA.VV., *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma, Istituto poligrafico Zecca dello Stato, 1996; F. TIRIO, *Aspetti costituzionalistici del mercato (la libertà di concorrenza tra Corte costituzionale e Autorità garante)*, in R. Bin, C. Pinelli (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996; A. RUGGERI, *Introduzione*, in R. Balduzzi, P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 4; F. CECAMORE, *L'autorità indipendente come giudice a quo nel giudizio in via incidentale*, *ivi*, p. 138; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli organi a quo. Profili problematici e prospettive di riforma*, Napoli, Jovene, 2012; V. MARCENÒ, G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 105; G. SORICELLI, *Il “giudice a quo” oltre la giurisdizione. Il caso delle autorità amministrative indipendenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021. spec. p. 258 e ss.

108 Sotto il profilo oggettivo, proprio per evitare “zone franche” della giustizia costituzionale, il giudizio pare essersi esteso anche aldilà dell'originaria giurisprudenza che negava l'accesso in caso di giudizi instaurati al solo fine di sollevare la questione di costituzionalità. Si pensi per esempio alle questioni sollevate sulle leggi elettorali e dunque da ultimo a Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1 e 9 febbraio 2017, n. 35.

109 Corte cost., 12 ottobre 2017, 213.

collegio arbitrale, cui sono attribuite da atti di natura privata funzioni sostanzialmente giurisdizionali, le cui decisioni sono impugnabili davanti agli organi giurisdizionali esattamente come quelle delle Autorità Indipendenti¹¹⁰.

Grazie alla copiosa giurisprudenza costituzionale sulla possibilità di riconoscere la legittimazione «ai limitati fini del processo costituzionale» ad organi non appartenenti all'ordine giudiziario, anche allo scopo di sussumere nel giudizio di costituzionalità segmenti della legislazione che, diversamente, difficilmente avrebbero potuto essere sottoposti al controllo, parte della dottrina aveva ritenuto che, sulla scorta di una valutazione caso per caso, le Autorità Indipendenti potessero essere considerate come giudici *a quibus*¹¹¹.

La pronuncia del 2019 invece, nel dichiarare l'inammissibilità della questione sollevata da AGCM, motiva la decisione sulla base di una ferrea e generale ricostruzione della natura delle Autorità fondata sull'art. 97 Cost., dimenticandone del tutto la *ratio* istitutiva fondata sull'esigenza di prevedere segmenti di azione pubblica sottratti al controllo governativo, e, dunque, all'indirizzo politico, in settori ritenuti sensibili per la valenza costituzionale dei diritti e degli interessi coinvolti.

Inoltre, è stato correttamente rilevato che la torsione in senso esclusivamente amministrativo della natura delle Autorità confonde «la differenza ontologica tra l'indipendenza come neutralità, propria delle Autorità, e l'imparzialità dell'amministrazione»¹¹².

La Corte invece ritiene che AGCM, «al pari di tutte le amministrazioni», sia portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della

110 Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376; 19 luglio 2013, n. 223; 9 maggio 2014, 123. In dottrina *ex plurimis* P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997; G. REPETTO, *Il canone della incidentalità costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2017; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

111 O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità*, cit., p. 117.

112 O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità*, cit., p. 118.

Ciò è evidente dalla lettera del punto 8 del considerato in diritto della sentenza in commento «natura del potere attribuito all'Autorità» consiste nell'esercizio di una «funzione amministrativa discrezionale», che presuppone la «ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco» (punto 8 del cons. in dir.).

concorrenza e del mercato, e quindi non sia in posizione di indifferenza e terzietà rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale e i procedimenti che dinanzi ad essa si svolgono vengono consequenzialmente assimilati ai classici procedimenti amministrativi¹¹³.

D'altro canto appare inconferente affermare che AGCM non possa essere giudice *a quo* “al limitato fine” in ragione del fatto che le sue decisioni sono «sottoposte al vaglio del giudice amministrativo, al pari di qualsiasi altro provvedimento», poiché è stata la stessa giurisprudenza costituzionale sovraccitata ad ammettere le questioni di legittimità costituzionale sollevate da arbitri e dalla sezione disciplinare del CSM, le decisioni dei quali sono analogamente impugnabili davanti alla giurisdizione¹¹⁴.

Inoltre appare del tutto tautologico il rilievo per il quale, poiché la struttura del giudizio di costituzionalità è di tipo incidentale allora il remittente non può obiettare che «ove non fosse riconosciuta la sua legittimazione, «la possibilità di sottoporre la suddetta previsione al sindacato di costituzionalità sarebbe rimessa solo alla eventuale iniziativa giurisdizionale, del tutto discrezionale, del soggetto privato segnalante, peraltro parte non necessaria del procedimento»¹¹⁵, semplicemente perché ciò equivarrebbe ad abdicare e rinnegare tutta la sua giurisprudenza in tema di superamento delle cosiddette “zone d'ombra”¹¹⁶, difficilmente assoggettabili al sindacato di costituzionalità.

Se questo è lo stato della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di accesso al sindacato di costituzionalità dei Garanti, si deve ascrivere all'attuale atteggiamento ondivago della Corte la sentenza n. 20 del 2019¹¹⁷, depositata poco dopo la menzionata sentenza n. 13 dello stesso anno, nella quale

113 Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, punto 8 del considerato in diritto. Mentre al punto 6 del considerato in diritto la Corte equipara la posizione di AGCM a quella del p.m., al quale non è mai stato riconosciuta la posizione di giudice *a quo*, in quanto parte del giudizio e portatore di un interesse specifico.

114 Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, punto 5 del considerato in diritto.

115 Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, punto 7 del considerato in diritto.

116 Sul tema in generale si veda R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, cit.

invece sono offerti interessanti spunti di riflessione relativi alla rilevanza degli atti *soft law* ed in particolare delle “Linee Guida” e di quelli di *moral suasion*.

La questione aveva ad oggetto gli obblighi di pubblicazione reddituale imposti alle Amministrazioni per i propri dirigenti senza alcuna distinzione (nonché del coniuge non separato e dei parenti fino al secondo grado) dall’art. 14 *ter* del D. Lgs. 14 marzo 2013 n. 33, la cui normativa per così dire di attuazione era costituita dalle Linee Guida emesse da ANAC con delibera n. 241 del 8 marzo 2017.

Le menzionate Linee Guida, che, sebbene avessero natura non vincolante, erano state sospese da ANAC nella attesa della definizione del giudizio di costituzionalità, segnalavano già che tali obblighi imposti alla amministrazione avrebbero reso «più gravosi gli adempimenti in capo alle amministrazioni a fronte di un risultato, in termini di maggiore trasparenza certamente trascurabile». Le medesime criticità erano poi anche state fatte presenti in una nota congiunta (dunque atto di *moral suasion*) dei presidenti di ANAC e dell’Autorità Garante della Privacy del 30 ottobre 2014 inviata al Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione.

Il caso e la relativa pronuncia si segnalano dunque per due elementi che interessano a questo studio e che coinvolgono l’impatto e l’influenza che questi atti di *soft law* hanno avuto, sebbene sottotraccia, nella definizione del giudizio

117 Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20. La pronuncia è stata molto commentata sotto diversi punti vista per i molteplici aspetti giuridici che coinvolge, dalla trasparenza della amministrazione al rapporto fra fonti interne e fonti UE, *ex plurimis* A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto intero con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *Consultaonline* 23 febbraio 2019, O. POLICINO, G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Carte e tra Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 2 p. 434-436; O. POLICINO, F. RESTA, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in *Agenda Digitale*, 24 febbraio 2019; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all’orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, 4 marzo 2019; V. Fanti, *La trasparenza amministrativa fra principi costituzionali e valori dell’ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale (n.20/2019)*, in *federalismi.it*, 2020, 5, p. 34 e ss. e si permetta di rinviare anche a M.E. BUCALO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. Autorità indipendenti, soft law e giudizio di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 2, p. 437-440

in via incidentale poi concluso con la dichiarazione di incostituzionalità della disposizione impugnata.

Il primo aspetto attiene all'incidenza della declaratoria di incostituzionalità sulle Linee Guida, già sospese da ANAC, che vengono evidentemente travolte dal giudicato costituzionale. Ciò attesta la rilevanza giuridica di questi atti, che, sebbene non formalmente vincolanti, costituiscono comunque e di fatto normativa di attuazione di fonti primarie.

Il secondo aspetto, anch'esso indirettamente, ma evidentemente, coinvolto nella pronuncia in esame, è quello relativo alla capacità persuasiva esercitata dagli atti di *soft law* delle Autorità Indipendenti. Questa particolarissima forza, non ascrivibile ad alcuna delle caratteristiche formali riconosciute alle fonti del diritto, è normalmente in grado di orientare il comportamento di tutti i soggetti incisi dall'applicazione dei summenzionati atti, i quali ne riconoscono la vincolatività sostanziale e dunque un effetto che può essere definito para-normativo. In altri casi, gli atti di *soft law* in generale, e specificatamente quelli che potremmo definire espressivi della *moral suasion* di questi enti, sono in grado di indirizzare anche le decisioni degli attori istituzionali, influenzandone le scelte normative.

In questo caso, atti di *soft law* (le citate Linee guida non vincolanti di ANAC) e di *moral suasion* (l'atto di segnalazione e la nota congiunta più volte menzionati sopra) sembrano assumere un ruolo rilevante nell'argomentare della Corte costituzionale, certamente supportandone le argomentazioni, se non proprio orientandone la decisione¹¹⁸.

118 Si veda per esempio il punto 5.3.1 del Considerato in diritto della sentenza in commento laddove la Corte evidenzia che la pubblicazione così massiccia di dati non agevola la ricerca di quelli più significativi ai fini dell'informazione veritiera per scopi anticorrittivi, generando «opacità per confusione». sembra riprendere, quasi letteralmente, la menzionata nota congiunta dei Presidenti delle due autorità che sostenevano che «[l]a divulgazione *on-line* di una quantità spesso ingestibile di dati comporta infatti dei rischi di alterazione, manipolazione, riproduzione per fini diversi, che potrebbero frustrare quelle esigenze di informazione veritiera», al fine di evitare che il reperimento casuale dei dati stimoli la mera curiosità di chi svolge la ricerca.

Al punto 5.3.2 del considerato in diritto il Giudice delle leggi, nell'indicare la necessità della predisposizione di efficaci strumenti di elaborazione dei dati e differenziazione nella loro

Le considerazioni appena svolte relativamente alla giurisprudenza costituzionale evidenziano dunque un atteggiamento non perfettamente lineare del Giudice delle Leggi a fronte del peso sempre più rilevante che nell'ordinamento hanno le Autorità e le loro funzioni normative e para-normative.

In particolare e da ultimo, tale atteggiamento ha avuto modo di esprimersi soprattutto quanto alla natura dei Garanti, oggi resa incerta dalla sentenza n. 13 del 2019. A fronte di questo deve invece segnalarsi, sebbene sottotraccia, la maggiore attenzione che la Corte riserva ai loro atti, anche di *moral suasion*, come dimostrato dalla sentenza 20 del 2019, ma anche n. 69 del 2017¹¹⁹.

pubblicazione in base al grado di esposizione dell'incarico al rischio corruttivo e all'ambito delle funzioni svolte dai diversi dirigenti, pare fare esplicito riferimento all'atto di segnalazione di ANAC n. 6 del 20 dicembre 2017, che suggeriva al Parlamento e al Governo di prevedere misure di trasparenza differenti da quelle previste per i titolari di organi politici e di indirizzo e che, all'interno dello stesso ruolo dirigenziale, tenessero conto «della graduazione degli obblighi di pubblicazione in relazione al ruolo, alle responsabilità e alla carica ricoperta dai dirigenti».

119 Cfr. par. 3.1.

GABRIELE SERRA

Magistrato T.A.R.

g.serra@giustizia-amministrativa.it

**IL BILANCIAMENTO TRA IL DIRITTO D'ACCESSO AI
DOCUMENTI NELLE PROCEDURE DI GARA E I SEGRETI
TECNICI E COMMERCIALI: NATURA DELL'ATTIVITÀ
AMMINISTRATIVA E TECNICHE DI TUTELA**

**THE BALANCE BETWEEN THE RIGHT TO ACCESS TO
ADMINISTRATIVE DOCUMENTS OF PUBLIC PROCEDURES AND
TECHNICAL AND TRADE SECRETS: ADMINISTRATIVE ACTIVITY
NATURE AND LEGAL PROTECTION TECHNIQUES**

SINTESI

Il contributo analizza il rapporto tra il diritto d'accesso ai documenti amministrativi di una procedura ad evidenza pubblica per esigenze difensive e le esigenze di riservatezza derivanti dall'esigenza di proteggere informazioni di un concorrente che contengano segreti tecnici e commerciali, che è oggetto della disciplina di cui all'art. 53, comma 5, lett. a) e comma 6 del D.lgs. n. 50/2016. Poste alcune brevi premesse sulla disciplina in questione, lo scritto analizza in particolare i due aspetti maggiormente oggetto di problematiche interpretative: quali siano i presupposti e gli oneri delle parti che richiedano l'accesso e che oppongano le esigenze di riservatezza e quale sia la natura dell'attività che l'amministrazione deve compiere (se sia discrezionale o meno) e quali conseguenze ne discendano in punto di ampiezza della tutela giurisdizionale. L'analisi del formante giurisprudenziale mostrerà diverse criticità nelle tesi maggiormente applicate dalle corti nazionali, richiedendo perciò una analisi critica sulla base dei concetti generali e fondamentali della materia, che porteranno a riconoscere, da un lato, come non sia richiesto all'istante una prova particolarmente stringente in ordine alle necessità difensive del documento, dall'altro e soprattutto, come l'attività dell'amministrazione non sia discrezionale in senso pro-

prio, non dovendo l'amministrazione bilanciare in concreto interessi pubblici e privati, con conseguente pienezza della tutela giurisdizionale, anche in punto di ordine di esibizione del documento.

ABSTRACT

The paper analyses the relationship between the right to access to administrative documents of a public procedure for defensive needs and the confidentiality needs arising from the need to protect information of a competitor containing technical and trade secrets, which is provided by art. 53, paragraph 5, letter a) and paragraph 6 of Legislative Decree no. 50/2016. After some brief premises on the legislative discipline, the paper analyzes in particular the two aspects most subject to interpretative problems: what are the assumptions and obligations of the parties requesting access and opposing the need for confidentiality and what is the nature of the activity that the administration must perform (whether it is discretionary or not) and what are the consequences in terms of breadth of judicial protection. The analysis of the case law will show several critical points in the theses mainly applied by the national courts, thus requiring a critical analysis on the basis of the general and fundamental concepts of the subject, which will lead to recognising that the applicant is not required to provide particularly stringent proof of the document's defensive requirements, and, more important, that the activity of the administration is not technically discretionary, since the administration does not have the power to balance public and private interests, with the consequent fullness of judicial protection, including the judicial exhibition order of the document to the applicant.

PAROLE CHIAVE: accesso documenti, gara, segreti tecnici e commerciali, bilanciamento, discrezionalità

KEYWORDS: access to administrative documents, public procedures, technical and trade secrets, balancing, administrative discretion

INDICE: 1. Premessa. 2. L'accesso ai documenti ai sensi dell'art. 53 Codice dei Contratti. Introduzione. 3. Recenti percorsi giurisprudenziali sul rapporto tra accesso e riservatezza aziendale. 4. Gli oneri probatori del controinteressato e del richiedente l'accesso. 5. La natura dell'attività dell'amministrazione. Breve premessa generale sulla valutazione delle istanze di accesso. 6. L'attività nella valutazione dell'istanza di

accesso all'offerta tecnica del concorrente. 7. Conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale. 8. Conclusioni.

1. Premessa

Il tema dell'accesso ai documenti amministrativi delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici disciplinate dal D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei Contratti Pubblici) si presenta ormai particolarmente vasto, essendosene colti i numerosi profili problematici, anche alla luce dell'ormai acquisita molteplicità di tipologie di diritti d'accesso ai documenti amministrativi nell'ordinamento¹.

In via di premessa, si impone dunque di chiarire ciò di cui questo contributo si occuperà e quali questioni invece non saranno affrontate.

Oggetto dell'analisi sarà unicamente la questione, se si vuole più classica, del rapporto tra l'accesso a fini difensivi, esercitato da un partecipante alla procedura ad evidenza pubblica non aggiudicatario, avente ad oggetto l'offerta tecnica dell'aggiudicatario e la presenza in essa di segreti tecnici o commerciali, che l'aggiudicatario intenda mantenere riservati a tutela della propria individualità aziendale, oggetto della specifica disciplina posta dall'art. 53, comma 5, lett. a) e comma 6 del Codice dei Contratti.

Il tema assume particolare rilievo anche alla luce della copiosa giurisprudenza spesso chiamata a pronunciarsi sul rapporto tra le due norme, ancorché, come la ricerca sembra dimostrare, con affermazioni non sempre coerenti con le coordinate e i concetti di fondamentali che involgono la materia.

In particolare, nell'esaminare i recenti assunti giurisprudenziali che hanno affrontato il problema ora esposto, appaiono di interesse le affermazioni rese in tema di procedimento e presupposti per determinare la prevalenza tra diritto

¹ In tema v. M. LIPARI, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, in *Federalismi.it*, n. 17/2019; V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, n. 11/2018; F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, p. 743; A. SIMONATI, *I diritti di accesso a contenuto generale: spunti per un'analisi in parallelo*, in *Dir. Econ.*, n. 1/2022, pp. 201-218.

d'accesso e riservatezza aziendale e, soprattutto, circa la natura dell'attività che l'amministrazione è chiamata a compiere in merito a tale giudizio, cui si correlano evidentemente i margini di tutela riconosciuti agli operatori economici, anche in sede giurisdizionale.

Esulano invece dalla presente indagine altre recenti questioni interpretative che si sono poste in merito all'accesso ai documenti relativi alle procedure di affidamento di contratti pubblici e che sono anche state oggetto di un recente intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Ci si riferisce, all'evidenza, alle seguenti questioni: a) la configurabilità, in capo al concorrente, utilmente collocatosi in graduatoria, all'esito di una procedura ad evidenza pubblica per la selezione del contraente, di un interesse giuridicamente protetto per accedere ai documenti della fase esecutiva delle prestazioni, al fine di sollecitare la stazione appaltante a provocare la risoluzione del contratto per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente interpello dell'istante per il nuovo affidamento del contratto, secondo le regole dello scorrimento della graduatoria; b) l'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato agli atti relativi alle procedure ad evidenza pubblica, e alle successive fasi esecutive; c) la questione, connessa ma di portata più generale, relativa al dovere - per la stazione appaltante, in fase procedimentale, e per il giudice, in fase processuale - di accogliere comunque l'istanza di accesso, formulata e motivata unicamente ai sensi della L. n. 241/1990, qualora dovessero sussistere i requisiti per l'esercizio dell'accesso civico generalizzato².

² Tale questione, neppure incidentalmente rilevante per la presente trattazione, è stata risolta dalla citata decisione n. 10/2020 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel senso di ritenere che «la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento». Su questo principio di diritto v. A. BERTI, *Note a margine della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Solo per completezza, vale qui appena ricordare, anche per il rilievo incidentale che potranno avere nella presente trattazione, che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha, da un lato, ritenuto ammissibile l'istanza di accesso agli atti della fase esecutiva del contratto, *«purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale»* e, dall'altro, l'applicabilità della disciplina dell'accesso civico generalizzato, di cui al D.lgs. 14 marzo 2013 n. 33 (Decreto Trasparenza), *«ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza»*³.

Del pari, non sarà esaminata la questione relativa al termine per la proposizione dell'istanza di accesso da parte del concorrente agli atti della procedura e della correlata questione relativa alla decorrenza del termine, dimidiato, per l'impugnazione dell'aggiudicazione, scrutinata (e risolta) da altra recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴.

In ultimo, neppure sarà oggetto dell'analisi la questione, che parrebbe rimasta aperta anche a seguito della sentenza della citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020, circa l'esercizio del diritto di accesso agli atti (sia della pro-

3 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10, in *Foro Amministrativo (I)*, 2020, 4, p. 722, con nota di A. GRIGANI, *Commento ad una prima lettura della sentenza 2 aprile 2020, n. 10 del Consiglio di Stato sull'accesso agli atti nelle procedure ad evidenza pubblica*. Sul tema è particolarmente ampia anche la bibliografia. Si v., ad es., P. ADAMI, *L'accesso civico agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2018, 242-263; G. ARIEMMA, *Le diverse forme di accesso nell'ordinamento italiano: il rapporto tra accesso ordinario e accesso civico generalizzato in materia di contratti pubblici*, in *Riv. giur. eur.*, 2020, 89-125; A. BELLINI, *L'accesso civico generalizzato in materia di appalti alla luce della Plenaria n. 10/2020*, in *Rass. Am. Stato*, 2020, 2, 80-91; A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fini ai dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, 2020, 16, 48-78; S. MASTROIANNI, *L'integrazione tra la disciplina del diritto di accesso ordinario e quella dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti: l'Adunanza Plenaria dice no a buchi neri nel principio di trasparenza*, in *GiustAm.it*, n. 4/2020; D. MINELLI, *L'ambito di applicazione dell'accesso civico e documentale nella fase esecutiva dei contratti pubblici*, in *App. contr.*, 2020, 7-8, 21-24.

4 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 2 luglio 2020, n. 12, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 3/2021, p. 609 e ss., con nota di L. BERTONAZZI, *La decorrenza del termine per ricorrere contro l'aggiudicazione*.

cedura ad evidenza pubblica che della fase esecutiva del contratto) da parte dei soggetti estranei o esclusi dalla gara⁵.

2. L'accesso ai documenti ai sensi dell'art. 53 del Codice dei Contratti. Introduzione

Senza svolgere premesse che, per quanto pertinenti, non sarebbero davvero rilevanti per la trattazione, si impone di esordire con alcune coordinate generali sulla disciplina dell'art. 53, del Codice dei Contratti, che regola specificamente l'accesso ai documenti nella materia delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, riproducendo, sostanzialmente e per quanto qui rileva, il contenuto del previgente art. 13 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163⁶.

La norma in discorso si apre proprio con la, invero rilevante per la trattazione, descrizione del rapporto tra la disciplina sull'accesso ai documenti di gara da essa prevista e gli artt. 22 e ss. della Legge 7 agosto 1990 n. 241, che disciplinano a livello generale l'accesso ai documenti amministrativi nel procedimento amministrativo, chiarendo che le norme della legge generale sul procedimento si applicano anche alle procedure di gara, salvo quanto espressamente previsto dal Codice dei Contratti, introducendo perciò alcune regole proprie, qualificabili come speciali⁷.

In merito al rapporto tra le due normative quindi, la giurisprudenza ha ritenuto che la disciplina dell'accesso agli atti di gara costituisce un «*microsistema normativo*» collegato alla peculiarità del settore considerato, pur inquadrandosi nell'alveo delle coordinate generali dell'accesso documentale⁸; con la conseguenza che il rapporto tra le due normative non deve essere letto in termini di alternatività, ma di complementarietà e, perciò, le acquisizioni in materia di ac-

5 Cfr. V. MIRRA, *Diritto d'accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio?*, in *Urb. e App.*, 2020, 5, pp. 680 e ss.

6 Cfr. M. LIPARI, *Informazione dei candidati e degli offerenti e accesso agli atti di gara*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. III, p. 341. Sull'art. 13 del previgente Codice dei Contratti v. M. OCCHIENA, *Commento all'art. 13*, in L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, pp. 196 ss.

7 M. LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 352.

8 Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3079; CGARS, Sez. Giur., 23 settembre 2016, n. 324, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

cesso documentale della l. n. 241/1990 saranno applicabili anche alla materia *de qua* se non oggetto di specifica deroga⁹.

L'art. 53 del Codice, nel dettare le peculiari regole sull'accesso nella materia dei contratti pubblici, descrive, al comma 2, alcune fattispecie nelle quali l'accesso ai documenti di gara viene differito, a seconda della specifica tipologia di documenti, alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte ovvero all'intervento dell'aggiudicazione¹⁰; a tali ipotesi di differimento dell'accesso seguono poi quattro ipotesi di documenti esclusi in via assoluta dall'accesso, disciplinate dal comma 5¹¹.

Come anticipato, ai fini della presente trattazione rileva l'ipotesi disciplinata dalla lettera a) del comma 5 della norma, che prevede una esclusione assoluta del diritto di accesso in relazione «*alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali*»¹².

9 Cfr. R. MICALIZZI, *L'accesso agli atti nelle procedure di evidenza pubblica*, in *Dir. Econ.*, n. 1/2022, p. 286; in giurisprudenza Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2014, n. 1446, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 5, 1678 ss., con nota di A. GUALDANI, *L'accesso agli atti di gara da parte di un'impresa non concorrente*.

10 I casi di differimento sono: «a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare; c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione; d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione» In argomento vd. L. MINERVINI, *Accesso agli atti e procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici*, in *Foro Amm. (II)*, fasc. 5, p. 971-975. Vd. anche R. MICALIZZI, *op. cit.*, p. 287 ss.

11 Il divieto di accesso è riferito, oltre che a quella delle informazioni contenenti segreti tecnici e commerciali, oggetto del lavoro, a «a) (...); b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale», sulle quali vd. M. LIPARI, *Informazione dei candidati*, *cit.*, pp. 367-377.

12 Sul rapporto tra accesso e riservatezza aziendale, stante l'ampiezza dei contributi, oltre a quelli richiamati nel prosieguo della trattazione, si possono v. anche A. AVINO, *L'accesso ai documenti di gara tra esigenze di riservatezza e necessità difensive*, in *Urb. e app.*, 2018, pp. 692-698; M. TRIMARCHI, *Commento all'art. 53*, in L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, p. 539 ss.; A. MALANDRINO, *Il diritto di accesso ai documenti nelle gare d'appalto e la tutela di in-*

In merito alla *ratio* di tale eccezione, si è rilevato come la stessa sia «posta a tutela della riservatezza aziendale, al fine di evitare che gli operatori economici in diretta concorrenza si servano dell'accesso per acquisire informazioni riservate sul know-how del concorrente, costituenti segreti tecnici e commerciali, e ottenere così un indebito vantaggio e ha una natura assoluta perché, nel bilanciamento tra gli opposti interessi, il legislatore ha privilegiato quello, prevalente, della riservatezza, a tutela di un leale gioco concorrenziale, delle caratteristiche essenziali dell'offerta quali beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa»¹³.

Quanto all'*ubi consistam* del segreto tecnico o commerciale, il quadro ermeneutico appare sufficientemente consolidato, avendo la giurisprudenza chiarito che l'esistenza di un segreto tecnico o commerciale deve essere dimostrata in coerenza con la definizione normativa contenuta nell'art. 98 del D.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30 (Codice della proprietà industriale), che richiede, ai fini della tutela, che le informazioni aziendali e commerciali e le esperienze sulle applicazioni tecnico industriali rispondano a requisiti di segretezza e rilevanza economica e siano soggette, da parte del legittimo detentore, a misure di protezione ragionevolmente adeguate¹⁴.

Ne discende che «non qualsiasi elemento di originalità del servizio offerto è riconducibile entro la categoria dei segreti tecnici o commerciali, perché è inevitabile che ogni operatore possieda elementi che differenziano la propria organizzazione e la propria offerta in una procedura di tipo comparativo, ma la qualifica di segreto tecnico o commerciale deve essere ri-

teressi commerciali legittimi e della concorrenza, in *Foro Amm.-C.d.S.*, 2013, 7-8, 1803 ss.; M. LONGO, L'accesso agli atti di gara e il bilanciamento tra tutela della riservatezza e il diritto all'accesso alla documentazione suscettibile di rivelare il know-how di un'impresa, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, 9, 1992 ss.; F. DE CLEMENTI, La tutela delle informazioni segrete nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica fra consolidamento giurisprudenziale e prospettive di riforma, in *Amministrativ@mente*, n. 9/2014.

13 Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

14 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 64/2020, *cit.*; in termini T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 24 gennaio 2022, n. 145, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che afferma che «in altre parole, è agli specifici caratteri di cui all'art. 98 del Codice della proprietà industriale che la dichiarazione "motivata e comprovata" circa l'esistenza di un segreto commerciale deve fare riferimento, non potendo viceversa l'operatore limitarsi ad una mera e indimostrata affermazione tesa a ricomprendere certe informazioni nel patrimonio aziendale o nella peculiarità dell'offerta».

servata ad elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che trovino applicazione in una serie indeterminata di appalti, e siano in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano mai a conoscenza»¹⁵.

In merito peraltro, la dottrina ha evidenziato come, alla luce delle prassi aziendali, costituiscano indici sulla base dei quali provare un segreto commerciale, l'esistenza di contratti di riservatezza o *non disclosure agreement*, l'esistenza di contratti di cessione o di licenza dei segreti commerciali (c.d. contratti di *know how*) ovvero la stipulazione di patti di non concorrenza¹⁶.

L'unica deroga a questa eccezione assoluta è prevista nel comma 6 dell'art. 53 del Codice, in relazione all'accesso documentale, c.d. difensivo, del concorrente in ordine alle informazioni contenute nell'offerta tecnica o nelle giustificazioni di altro concorrente, necessarie per la tutela in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto¹⁷.

Si apre così il delicato rapporto tra l'esigenza di accedere ai documenti di gara, in particolare all'altrui offerta tecnica, da parte del concorrente che intenda esercitare i propri diritti di azione giurisdizionale e le esigenze di riservatezza di un operatore economico che voglia mantenere riservato il proprio *know how* aziendale.

3. Recenti percorsi giurisprudenziali sul rapporto tra accesso e riservatezza aziendale

Così tracciate le coordinate ermeneutiche di carattere generale sulla disciplina speciale contenuta nel Codice dei Contratti in merito all'accesso ai documenti di gara, può ora compiersi un'analisi del formante giurisprudenziale sviluppatosi in merito al rapporto tra l'esclusione del diritto d'accesso di cui all'art. 53, comma 5, lett. a) del Codice dei Contratti, come visto volto a tutelare i se-

¹⁵ T.A.R. Lazio Roma, Sez. V, 15 febbraio 2022, n. 1872; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 11 agosto 2021, n. 9363, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶ Cfr. V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale: una conciliazione impossibile?*, in *Urb. e App.*, n. 2/2020, p. 176

¹⁷ Ecco che allora l'eccezione di cui al comma 5 lett. a) non ha in realtà natura assoluta, ma relativa, in quanto destinata comunque a cedere di fronte ad una istanza di accesso difensivo con le caratteristiche descritte dal comma 6 dell'art. 53. Cfr. L. MINERVINI, *op. cit.*, p. 976.

greti tecnici e commerciali degli offerenti, e il successivo comma 6, che riconosce comunque l'accesso se necessario a garantire la tutela in giudizio degli interessi del richiedente.

Senza svolgere una analisi diacronicamente risalente, stante il rilievo nomofilattico, si ritiene di poter muovere proprio da quanto affermato dalla già citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020, che ha ritenuto di ribadire che l'esclusione del diritto d'accesso in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali abbia natura assoluta, qualificando però la necessità di difesa in giudizio di un altro concorrente come «*unica eccezione all'eccezione ammessa*»¹⁸.

La piana lettura del passaggio motivazionale citato non è stata però in grado di sciogliere diversi dubbi interpretativi e, in particolare, in primo luogo, quelli relativi al concreto atteggiarsi degli oneri delle parti e, quindi, che cosa debba intendersi per motivata e comprovata dichiarazione sulla sussistenza del segreto e, da contraltare, che cosa debba intendersi per necessità di difesa in giudizio degli interessi del richiedente. In seconda battuta, che tipo di valutazione deve compiere la pubblica amministrazione nel decidere se accordare o meno l'accesso o, in altri termini, se la natura dell'attività sia discrezionale o meno e quali conseguenze ne discendano in punto di ampiezza della tutela giurisdizionale.

4. Gli oneri probatori del controinteressato e del richiedente l'accesso

Venendo ad esaminare i profili attinenti al concreto rapporto tra segreto per esigenze di riservatezza aziendale del controinteressato e le esigenze di difesa in giudizio dell'istante, la giurisprudenza successiva alla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria ha fornito alcuni spunti rispetto all'interpretazione dell'onere gravante sul controinteressato e su quello del ricorrente.

18 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2020, *cit.*, in part. punti 27.4-27.6.

In tale direzione, la giurisprudenza ribadisce, a livello generale, come il limite all'accessibilità del contenuto dell'offerta tecnica del partecipante alla gara sia subordinato all'espressa manifestazione di interesse da parte dell'impresa interessata, la quale deve quindi allegare la dichiarazione motivata richiesta dall'art. 53, comma 5, lett. a) idonea a comprovare la sussistenza del segreto, in mancanza della quale dunque non può neppure discorrersi di limitazione all'accesso¹⁹. Con maggiore impegno esplicativo, il Consiglio di Stato afferma che *«l'aggiudicatario non può paralizzare l'istanza di accesso agli atti del concorrente assumendo che siano in essi contenuti segreti "commerciali e industriali"; la sua opposizione deve essere adeguatamente circostanziata: è indispensabile, cioè, la precisa indicazione dei punti in cui sono contenute le informazioni che si vuol mantenere segrete, nonché la dimostrazione delle ragioni per le quali non vanno diffuse»*²⁰.

Peraltro, la più recente giurisprudenza sembra aver avallato la tesi interpretativa per cui tale motivata opposizione all'accesso con indicazione dei segreti tecnici e commerciali non debba essere necessariamente resa, a pena di decadenza, dall'impresa in sede di presentazione dell'offerta,²¹ ritenendo che la sede in cui la parte interessata al mantenimento del segreto ha manifestato le

19 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1 luglio 2020, n. 4220, in www.giustizia-amministrativa.it.

20 Cons. Stato, Sez. V, 25 ottobre 2021 n. 7141. Cfr. anche T.A.R. Napoli, Sez. VI, 4 maggio 2021, n. 2971, secondo cui *«sussiste un preciso onere in capo all'interessato di dimostrare l'effettiva sussistenza di un segreto industriale e commerciale da salvaguardare, che si affianca all'onere della Stazione appaltante di valutare in modo motivato le argomentazioni presentate, al fine di verificare l'effettiva operatività del regime di segretezza da opporre al richiedente l'accesso agli atti della gara. Del resto, la decisione di partecipare, alla gara implica in nuce e ab initio la volontà di consentire il pieno disvelamento della domanda di partecipazione, delle caratteristiche dell'offerta formulata e financo di quelli che, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, costituiscono segreti tecnici o commerciali (in quest'ultimo caso, beninteso, allorquando ciò si renda necessario per l'esperimento di un'azione giurisdizionale avverso gli atti della procedura, a mente dell'art. 53, comma 5, lett. a, e comma 6, d.lgs. n. 50/2016)»*. In termini anche TAR Sardegna, Sez. I, 27.09.2021, n. 656; TAR Sardegna, Sez. I, 7.10.2021, n. 689, tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it.

21 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 2016, n. 3431, in www.giustizia-amministrativa.it, per cui *«la tutela del segreto tecnico o commerciale non può essere a sua volta opposta, per la prima volta, in sede di opposizione all'istanza di accesso, dovendo essere tale indicazione oggetto di esplicita dichiarazione resa in sede di offerta, come si desume: - sul piano letterale, dai riferimenti effettuati alle "informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte", e dalla dichiarazione, anch'essa resa dall' "offerente", in ordine al dato che le stesse costituiscono segreto tecnico o commerciale; - sul piano della ragionevolezza interpretativa, dal fatto che tale indicazione non può costituire un impedimento frapposto ex post dall'aggiudicatario, a tutela della posizione conseguita, nei confronti dell'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale da parte degli altri concorrenti»*. In senso conforme anche la già citata Cons. Stato, n. 4220/2020, cit.

sottostanti ragioni giustificative non rilevi quale pre-condizione per l'opposizione del segreto; la motivata dichiarazione di opposizione all'accesso può quindi intervenire anche successivamente alla presentazione dell'offerta e in sede di opposizione all'istanza di accesso, ancorché tale circostanza fattuale possa assumere tuttavia rilievo quale criterio di valutazione della meritevolezza dell'opposizione all'accesso²².

Chiarito perciò in questi termini l'onere probatorio gravante sul controinteressato all'accesso, la giurisprudenza, in coerenza col dato normativo, evidenzia però come la legge non ponga una regola di esclusione basata su una presunzione assoluta valevole *ex ante*, essendo necessario poi verificare le esigenze sottese all'istanza di accesso: *«ne consegue che, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio»*²³.

Anche la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato pare muoversi nella medesima direzione in merito all'interesse sotteso all'accesso, poiché, nel richiamare il giudizio di concreta necessità, declinato in termini di stretta indispensabilità, evidenzia che *«la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale (anche da parte di chi vi abbia concreto ed obiettivo interesse) non legittima un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia»*²⁴.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato dunque interpreta la norma di cui all'art. 53, comma 6 del Codice dei Contratti, ove prevede che *«è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto»*, in termini particolarmente stringenti e di-

22 Cfr. Cons. Stato, Sez. III, ord. 26 ottobre 2021, n. 7173, in *GiustiziaInsieme.it*, con nota di M. SFORNA, *Limiti all'accesso agli atti di gara e al potere acquisitivo del giudice in presenza di segreti tecnici o commerciali e tutela brevettuale* (nota a Cons. Stato, Sez. III, 26.10.2021, n. 7173).

23 Cons. Stato, n. 4220/2020, *cit.*

24 Cons. Stato, Sez. III, 31 maggio 2021, n. 4158; Cons. Stato, Sez. IV, 28 aprile 2021 n. 3418; Cons. Stato, Sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6463, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

chiaratamente restrittivi, ritenendo corretto che la stazione appaltante operi una valutazione di «*stretta indispensabilità*» della documentazione ai fini della difesa in giudizio dell'istante.

A tale impostazione giurisprudenziale debbono tuttavia muoversi le prime critiche, in quanto confonde due diversi piani nei quali si dipana l'accesso c.d. defensionale e lo scrutinio che deve essere condotto.

In tal senso, è senz'altro vero che la formulazione di cui all'art. 53, comma 6 del Codice dei Contratti sia formulato in termini più stringenti di quanto non preveda la regola generale in tema di accesso defensionale di cui all'art. 24, comma 7, l. n. 241/1990, ma non nei termini in cui tale maggiore restrittività viene declinata dal Consiglio di Stato.

Invero, la norma speciale sull'accesso nei contratti pubblici è più restrittiva di quella generale in punto di finalità difensiva per cui sia consentito l'accesso, ma non già di grado di approfondimento del bisogno per cui tale accesso sia esercitato.

A ben vedere, a fronte di una disciplina generale che prevede la possibilità di accedere ai documenti anche prevalendo sulle esigenze di riservatezza per la «*cura o la difesa dei propri interessi giuridici*» (art. 24, comma 7 l. n. 241/1990), non richiedendo perciò, come peraltro noto, che tali attività si esplichino necessariamente sul piano giurisdizionale²⁵, l'art. 53, comma 6 del Codice dei Contratti prevede la prevalenza dell'accesso difensivo anche sulla riservatezza aziendale solo se necessario per esigenze di difesa giudiziali in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale l'offerta tecnica è stata presentata²⁶.

Dunque, sotto questo profilo, lo scrutinio dell'amministrazione e del giudice dell'accesso sarà senz'altro più stringente di quello previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo, dovendosi verificare che i documenti

25 Cfr. tra i tanti R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, VII ed., 2013-2014, p. 856 e giurisprudenza ivi richiamata.

26 Cfr. L. MINERVINI, *op. cit.*, p. 979, che la definisce una speciale figura di accesso c.d. "difensivo".

non siano finalizzati ad una generica cura degli interessi dell'istante, bensì che si pongano in nesso funzionale con la difesa in giudizio che l'istante ha proposto o deve proporre relativamente alla procedura di affidamento di cui il controinteressato è stato aggiudicatario.

Chiarito ciò però, non è allora condivisibile scrutinare in termini di stretta indispensabilità l'esigenza di accesso ai documenti ai fini della difesa in giudizio, poiché tale affermazione introduce nella norma un ulteriore requisito non previsto, che viene erroneamente mutuato da quanto previsto dall'art. 24, comma 7 l. 241/1990 con esclusivo riferimento al bilanciamento tra accesso defensionale ed esigenze di riservatezza relative ai dati sensibili²⁷, locuzione che peraltro deve considerarsi oggi sostituita da quella dei dati particolari, che, ai sensi dell'art. 9, paragrafo 1, del regolamento UE 27 aprile 2016 n. 679, sono quelli che *«rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona»*.

Come si vede, tra essi non rientrano i dati idonei a rivelare segreti tecnici o commerciali e, perciò, deve essere condivisa la posizione giurisprudenziale di primo grado che, su tali basi, rileva dunque che l'opposizione spiegata dal controinteressato rispetto ad una istanza di accesso ad offerta tecnica presentata in sede di gara non imponga una valutazione di stretta indispensabilità per assicurare la prevalenza del diritto di accesso sul contrapposto diritto alla riservatezza aziendale²⁸.

Pur non rilevando come il principio si ponga in contrasto con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, tale orientamento ha efficacemente chiarito che *«l'accoglimento dell'istanza di accesso postula solo la necessità, da valutare in astratto,*

²⁷ Ai sensi dell'art. 4 del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 tali erano *«i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale»*. La norma è stata abrogata dall'art. 27, comma 1, lett. a), n. 1 del D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

²⁸ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 11 agosto 2021, n. 9363, in www.giustizia-amministrativa.it.

della conoscenza dell'offerta tecnica rispetto alla difesa in giudizio del concorrente che vanta la pretesa ostensiva, senza possibilità di invocare il più stringente parametro della stretta indispensabilità, come adombra invece l'amministrazione laddove contesta la mancata dimostrazione di un'adeguata intensità dell'interesse ostensivo da parte della ricorrente, poiché tale parametro non si estende ai segreti industriali e commerciali»²⁹.

Dunque, deve ritenersi che l'utilità dell'accesso al contenuto delle offerte tecniche, anche nelle parti contenenti segreti tecnici o commerciali, debba essere valutato in termini di necessità, come previsto in via generale dall'art. 24, comma 7 della L. n. 241/1990 per l'accesso defensionale in rapporto con le esigenze di riservatezza, ma non di stretta indispensabilità, come previsto dal secondo periodo della medesima norma in relazione ai più pregnanti dati sensibili e giudiziari; il maggior rigore della disciplina di cui all'art. 53, comma 6 del Codice si coglie invece solo sul piano del fine per cui è necessario l'accesso, *i.e.* la difesa in giudizio in relazione alla procedura in cui è presentata l'offerta a cui si chiede di accedere e non la generica cura o difesa dell'interesse dell'istante³⁰.

In merito alla raggiunta conclusione circa la necessità di difesa in giudizio, possono svolgersi due ultime considerazioni, una di carattere positivo e una di carattere negativo.

La prima, posto che la norma richiede un interesse difensivo di natura giurisdizionale, deve rilevarsi che tale difesa in giudizio si può esplicare mediante la proposizione di una domanda di annullamento degli atti della procedura ovvero di una domanda di risarcimento del danno, anche eventualmente proposta in via autonoma³¹, pur specificandosi che, in merito all'eventuale esigenza difensiva inerente ad una domanda di annullamento, che ciò imponga «*un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta, ovvero sia un giudizio prognostico che non può prescindere dalle eventuali preclusioni processuali in cui sia incorso il richiedente*»³².

29 TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 24 gennaio 2022, n. 145, in www.giustizia-amministrativa.it

30 In senso conforme cfr. V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale*, cit., p. 179.

31 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6993, in www.giustizia-amministrativa.it.

32 Cons. Stato, Sez. III, 15 luglio 2014 n. 3688, in www.giustizia-amministrativa.it.

Inoltre, con riferimento alla valutazione, più di merito, di utilità della documentazione ai fini difensivi, il Consiglio di Stato ha avuto cura di precisare, da un lato, che essa *«va valutata ex parte actoris, e non ex parte iudicis: in altre parole, l'utilità dei documenti oggetto dell'istanza di accesso deve essere apprezzata nel prisma delle facoltà difensive della parte richiedente, suscettibili di sviluppare le loro modalità esplicative (attraverso lo strumento, ad esempio dei motivi aggiunti) proprio sulla scorta della conoscenza dei documenti oggetto di accesso, e non nell'ottica dell'esercizio del sindacato giurisdizionale, necessariamente ancorato alle censure così come cristallizzate nella domanda di annullamento già articolata (ed in funzione del quale sono contemplati dall'ordinamento processuale i poteri istruttori del giudice)»*, dall'altro che tale utilità *«deve intendersi nel senso della "pertinenza" degli stessi rispetto al thema decidendum delineato con la domanda di annullamento, e non nel senso più ristretto di idoneità degli stessi a determinare l'accoglimento della medesima domanda»*³³.

La considerazione di carattere, per così dire, negativo, attiene al concludente rilievo per cui tali esigenze di difesa in giudizio dovranno necessariamente essere allegate dall'istante solo al fine di ottenere l'accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicatario (*rectius*: a quelle parti di offerta tecnica) che contengano segreti tecnici e commerciali che siano rimasti comprovati sulla base della motivata dichiarazione dell'impresa controinteressata.

Di tal che, in assenza di dichiarazione ovvero in presenza di dichiarazione generica e comunque inidonea alla prova del segreto tecnico o commerciale, come sopra delineato, l'istante avrà senz'altro diritto ad accedere alla documentazione anche se non comprova l'esigenza di difesa in giudizio in relazione all'appalto per cui è causa³⁴.

5. La natura dell'attività dell'amministrazione. Breve premessa generale sulla valutazione delle istanze di accesso

³³ Cons. Stato, Sez. III, 11 ottobre 2017, n. 4724, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁴ Cfr. V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale*, cit., p. 180, ove l'A. richiama, quali interessi diversi dall'annullamento della aggiudicazione, la domanda risarcitoria in sede civile per concorrenza sleale, l'esercizio dell'azione penale o per sollecitare l'esercizio di poteri di autotutela.

Chiariti gli oneri gravanti sulle parti, può ora esaminarsi il correlato e successivo profilo inerente alla natura dell'attività che la stazione appaltante deve svolgere nel valutare l'accessibilità dell'offerta tecnica.

Senza voler svolgere in questa sede alcuna ampia digressione generale sull'istituto del diritto d'accesso documentale e sull'accesso civico generalizzato³⁵, preme solo enucleare alcune brevi premesse, sulla scorta degli insegnamenti della dottrina, in merito alla diversa natura dell'attività che l'amministrazione è chiamata a compiere, in generale, nel rapporto tra accesso c.d. documentale e riservatezza, ai sensi dell'art. 24, comma 7 della l. n. 241/1990 e nel rapporto tra accesso civico generalizzato e riservatezza, *ex art. 5 bis* del Decreto Trasparenza.

Invero, pur presentando le due figure tratti comuni, ai nostri fini è particolarmente utile rilevare come il legislatore, con le due disposizioni ora citate, abbia dettato una diversa disciplina dei casi di limitazione del diritto di accesso, la quale, come rilevato in dottrina, è rivelatrice di una diversa composizione sul piano sostanziale dell'eventuale conflitto dell'interesse alla conoscenza con altri interessi³⁶.

Muovendo dai dati normativi, da un lato, l'art. 24, comma 7 della l. n. 241/1990, contempla una precisa disciplina del rapporto tra accesso difensivo e riservatezza, prevedendo chiaramente che *«deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici»*; dall'altro, l'art. 5 *bis* del Decreto Trasparenza prevede invece che l'accesso civico generalizzato debba essere negato dall'amministrazione quando ciò sia *«necessario per evitare un pregiudizio concreto»*

35 In generale, per una ricostruzione delle forme del diritto d'accesso e dell'evoluzione sulla trasparenza amministrativa, v. ad es. A. SIMONATI, *I principi in materia di accesso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 1209 ss.; ID., *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. Amm.*, 2018, pp. 311-336 A. ROMANO, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 910 ss.; A. CORRADO, *La trasparenza nella legislazione italiana*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 1407 ss.

36 F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *Federalismi.it*, n. 10/19, p. 15.

agli interessi pubblici descritti al comma 1 ovvero agli interessi privati descritti al comma 2 della norma.

Proprio in ragione della chiara diversità di formulazione letterale delle due discipline, la dottrina ha efficacemente rilevato allora che in relazione al rapporto tra accesso procedimentale con finalità difensiva e tutela della riservatezza, il bilanciamento risulta già effettuato dall'art. 24, comma 7 l. 241/1990; dunque «*nell'ipotesi dell'accesso gerarchicamente detto difensivo, la regola di composizione di un ipotetico conflitto è dunque fissata direttamente dal legislatore e non è pertanto più rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione; con la conseguenza che l'Amministrazione non ha più il potere discrezionale di stabilire essa quale sia l'interesse prevalente nel caso concreto*»³⁷.

Diversamente, nella disciplina dettata in materia di accesso civico generalizzato, la costruzione dell'art. 5 *bis* del Decreto Trasparenza, che valorizza l'esame di un pregiudizio concreto da parte dell'amministrazione, è evidentemente costruita nel senso di affidare all'amministrazione la ponderazione e il contemperamento degli interessi, tipicamente espressione di un potere discrezionale³⁸: «*è l'amministrazione che deve decidere se la conoscenza pregiudichi un contrapposto interesse, pubblico o privato che sia; il che significa apprezzare e ponderare i diversi interessi per giungere alla conclusione che il diniego è necessario per evitare il pregiudizio dell'interesse ritenuto prevalente dal legislatore*»³⁹.

37 F. FRANCIOSI, *op. cit.*, pp. 18-19

38 Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 72 ss, ora in M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. I, Milano, 2000, per il quale, come noto nella discrezionalità amministrativa riveste un ruolo centrale la ponderazione e il bilanciamento di interessi che l'amministrazione deve compiere per determinare il contenuto dell'atto, in particolare tra l'interesse pubblico che deve necessariamente perseguire e gli altri interessi, pubblici o privati, coinvolti nella fattispecie.

39 F. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 16. L'A. rileva come tale ricostruzione sia confermata anche dalle Linee Guida ANAC determinazione n. 1309 del 28/12/2016 in GU serie gen. N 7 del 10/1/2017, che affermano in merito che «una generale e preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma (ha) rinviato a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla disclosure generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento. L'amministrazione, cioè, è tenuta a verificare, una volta accertata l'assenza di eccezioni assolute, se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore» e dalla giurisprudenza Cons. Stato, Sezione consultiva atti normativi, parere 24/2/2016 n. 515, per cui «in mancanza di criteri più dettagliati per la valutazione del pregiudizio che la pubblicazione potrebbe arrecare agli interessi tutelati, le amministrazioni potrebbero essere

Tale impostazione, oltre che discendere dalla piana lettura delle norme di diritto positivo, trova una sua precisa *ratio* proprio nella diversità di presupposti che sono alla base delle due diverse tipologie di accesso e, in particolare, della legittimazione diffusa e immotivata sottesa all'istituto dell'accesso civico generalizzato, per cui dunque non è possibile operare a monte un bilanciamento di meritevolezza da parte della legge, ma deve ciò essere riguardato nel caso concreto da parte dell'amministrazione⁴⁰.

Muovendo proprio da tale ricostruzione, altra dottrina ha allora esaminato le conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale dell'impostazione descritta, in particolare con riferimento all'istituto dell'accesso civico generalizzato, ricordando che il rito sull'accesso ai documenti amministrativi, di cui all'art. 116 cod. proc. amm., attribuisce al giudice, previo accertamento della illegittimità del diniego, il potere di procedere al suo annullamento e di accertare il diritto ad avere i dati o i documenti ordinando, di conseguenza, all'amministrazione l'ostensione richiesta, anche in parte, se ritiene che vi siano interessi da tutelare⁴¹.

Pur essendo tale rito applicabile anche ai casi di diniego all'accesso civico generalizzato, tale accorta dottrina ha rilevato che, tuttavia, proprio a fronte del riconoscimento della natura discrezionale dell'attività dell'amministrazione, il giudice amministrativo non sempre potrà *«sostituirsi all'amministrazione (a dispetto del potere di accertamento riconosciuto dal rito dell'accesso ex art. 116 c.p.a.), ostando a ciò l'art. 34, comma 2, cpa, (che prevede che il giudice amministrativo non si pronunci su po-*

indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza».

40 In senso conforme ancora F. FRANCIOSI, *op. cit.*, p.17: *«si correla al fatto che non è necessario vantare la titolarità di una situazione soggettiva qualificata per poter agire e che si può agire uti cives perché le forme e i limiti della protezione di tale interesse sono quelle consentite e riconosciute nei confronti del merito delle decisioni amministrative, ovvero quelle proprie dell'interesse semplice. Salva sempre la possibilità che nello specifico del caso concreto il mancato rispetto delle garanzie procedurali o la violazione dei limiti intrinseci alla spendita della discrezionalità amministrativa consentano di sostanziale la situazione in termini d'interesse legittimo, in presenza di interessi sufficientemente differenziati. L'esistenza di un potere di scelta dell'amministrazione su quale interesse debba ritenersi prevalente esclude in ogni caso la possibilità di configurare in termini di diritto e obbligo il rapporto tra richiedente l'accesso e amministrazione»*.

41 Cfr. A. CORRADO, *L'accesso civico e i poteri del giudice amministrativo: alla ricerca di una azione in materia di accesso generalizzato*, in *Federalismi.it*, n. 10/2020, p. 171.

teri non ancora esercitati), potendo, in caso di discrezionalità dell'amministrazione, solo verificare la correttezza dell'esercizio del potere»⁴².

Dunque, anche esaminando alcune sentenze pronunciate dal giudice amministrativo proprio in materia di accesso civico generalizzato, tale dottrina ricostruisce la particolare tutela dell'istante, a fronte dell'inerzia o di un diniego dell'amministrazione all'accesso civico, nel senso che il giudice amministrativo *«quando verifica che la valutazione degli interessi contrapposti non è stata fatta correttamente ovvero che la fase procedimentale partecipativa non è stata completata, procede ad annullare il diniego impugnato rinviando all'amministrazione per rieditare l'attività amministrativa e ordinando alla stessa di ripronunciarsi sull'istanza ricevuta»⁴³.*

6. L'attività nella valutazione dell'istanza di accesso all'offerta tecnica del concorrente

Poste tali coordinate generali, può ora esaminarsi la giurisprudenza che ha definito i termini e la natura della valutazione che la stazione appaltante compie laddove sia chiamata a verificare la sussistenza dei presupposti perché sia validamente negato l'accesso per la presenza di segreti tecnici o commerciali ovvero se, pur in presenza di motivata dichiarazione del controinteressato, debba prevalere l'accesso difensivo.

In primo luogo, la giurisprudenza ritiene che la *«stazione appaltante deve coinvolgere, in rispetto del contraddittorio, il concorrente controinteressato, nelle forme di cui alla disciplina generale del procedimento amministrativo, e richiede una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell'apprezzamento dell'effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza»*, di poi, dette argomentazioni *«dovranno essere criticamente considerate e soppesate dalla stazione appaltante, nell'ambito di una valutazione discrezionale a quest'ultima rimessa»⁴⁴.*

Sul punto, con motivazioni che appaiono invero tratlative, la giurisprudenza, anche di primo grado, conferma come la valutazione in merito alla di-

42 A. CORRADO, *op. ult. cit.*, p. 164.

43 A. CORRADO, *op. ult. cit.*, pp. 183-184.

44 Cons. Stato, n. 4220/2020, *cit.*

chiarazione di sussistenza di un segreto commerciale o industriale debba essere oggetto di un autonomo e discrezionale apprezzamento da parte della stazione appaltante, sotto il profilo della validità e della pertinenza delle ragioni prospettate a sostegno dell'opposto diniego, spettando ad essa decidere, in modo adeguatamente motivato e sulla base di un'idonea istruttoria, se le esigenze palesate dall'aggiudicatario integrino un effettivo segreto commerciale tale da poter essere opposto alla richiesta di accesso⁴⁵.

Per dirla con le parole del Consiglio di Stato, si impone alla stazione appaltante *«una motivata valutazione delle argomentazioni offerte, ai fini dell'apprezzamento della effettiva rilevanza per l'operatività del regime di segretezza»*⁴⁶, in adempimento dell'obbligo di controllo della fondatezza della dichiarazione dell'impresa controinteressata circa la sussistenza di specifici ambiti di segretezza industriale e commerciale.

Tale impostazione appare giustificata, come risulta ancora in giurisprudenza, da una visione del rapporto tra accesso difensivo e riservatezza aziendale per cui *«il bilanciamento tra i valori in gioco – trasparenza da un lato e riservatezza dall'altro - entrambi di rango costituzionale, non viene operato a monte dal legislatore, ma demandato di volta in volta alla stazione appaltante, la quale dovrà elaborare il relativo giudizio tenendo conto del modo in cui i confliggenti interessi si atteggiavano concretamente nel caso di specie»*⁴⁷.

La tesi così esposta non è tuttavia condivisibile, proprio alla luce delle coordinate ermeneutiche generali che si sono sopra tracciate.

Infatti, anche nella disciplina normativa di cui all'art. 53 del Codice, in particolare nel rapporto tra l'esclusione di cui al comma 1, lett. a) e le esigenze di difesa in giudizio di cui al comma 6, è rinvenibile il medesimo schema che emerge nell'ambito dell'art. 24, comma 7, l. 241/1990 e dunque, in realtà, il bi-

45 Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. II, 30 gennaio 2020, n. 437; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 22 giugno 2021, n. 1526; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 24 gennaio 2022, n. 145, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina si esprime in questi termini L. MINERVINI, *op. cit.*

46 Cons. Stato, sez. III, 16 febbraio 2021, n. 1437, in www.giustizia-amministrativa.it.

47 TAR Sardegna, Sez. I, 15 febbraio 2021, n. 96, in www.giustizia-amministrativa.it.

lanciamiento tra riservatezza aziendale e accesso difensivo è già svolto a monte (anche) dal legislatore degli appalti in favore dell'accesso, sempre che emerga, a fronte della comprovata sussistenza del segreto tecnico o commerciale, la necessità dell'informazione ai fini della difesa dell'istante nel giudizio di annullamento dell'aggiudicazione del controinteressato (o del risarcimento per equivalente per mancata aggiudicazione)⁴⁸.

Il modello, dunque, è del tutto diverso da quello, già sopra delineato, in tema di accesso civico generalizzato di cui all'art. 5 *bis* del D.lgs. n. 33/2013, in cui l'amministrazione è tenuta a verificare il pregiudizio concreto all'interesse protetto alla riservatezza, con ciò avendo visto che trattasi effettivamente di una valutazione discrezionale in senso tecnico, intesa come ponderazione tra interessi in conflitto⁴⁹.

La conclusione pare oggi ancor di più avvalorata dalla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2020, che ha riconosciuto, come detto in apertura (*supra* par. 1) la piena applicabilità della disciplina dell'accesso civico generalizzato anche alla materia dei contratti pubblici, in quanto, essendo applicabili contestualmente le due diverse tipologie di accesso, quello difensivo *ex art.* 53, comma 6 e quello civico generalizzato *ex art.* 5 del D.lgs. n. 33/2013, sarebbe priva di base giuridica l'equiparazione della natura dell'attività dell'amministrazione, che si è visto essere diversa nell'ambito dei

48 In giurisprudenza applica questa tesi TAR Marche, Ancona, Sez. I, 6 febbraio 2015, n. 116, in *www.giustizia-amministrativa.it*, per cui «il bilanciamento tra il diritto di accesso dei soggetti interessati e il diritto alla riservatezza non è stato rimesso alla potestà regolamentare e alla discrezionalità delle singole amministrazioni, ma è stato regolamento compiutamente dalla legge che, nel prevedere la tutela della riservatezza del terzo ha fatto d'altra parte salvo il diritto degli interessati alla visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per difendere i propri interessi».

49 Tali profili sono pienamente colti e valorizzati da V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale*, cit., p. 177, ove l'A. afferma, anche alla luce della circostanza per cui l'amministrazione non può, d'ufficio, valutare la sussistenza di eventuali informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali, ma è necessaria la comprovata dichiarazione dell'offerente in merito, che «dunque, non sono le singole stazioni appaltanti a ponderare accesso e riservatezza. A ben vedere, questa ponderazione è già nella legge: il diritto alla segretezza aziendale è prevalente rispetto all'accesso agli atti di gara, a condizione che le ragioni dell'opposizione siano motivate e comprovate. Infatti, la valutazione della stazione appaltante implica una mera verifica circa la sussistenza dei presupposti per il rigetto dell'istanza e non un bilanciamento degli interessi ovvero l'esercizio di un potere discrezionale».

rapporti tra accesso documentale *ex* l. 241/1990 e accesso civico generalizzato *ex* art. 5 D.lgs. n. 33/2013.

In altre parole, l'accesso difensivo disciplinato dal Codice dei Contratti è del tutto sovrapponibile alla disciplina dell'accesso difensivo contenuta nell'art. 24, comma 7 della l. n. 241/1990, con la sola, per quanto rilevante, differenza che l'istante, per superare le qualificate esigenze di riservatezza aziendale consacrate in informazioni dell'offerta contenenti segreti tecnici o commerciali, non può limitarsi ad allegare la necessità di curare i propri interessi giuridici, dovendo fornire la più rilevante prova della necessità dell'informazione al fine di esercitare il proprio diritto di difesa nell'esercizio dell'azione di annullamento dell'aggiudicazione ottenuta dal controinteressato⁵⁰.

La lettura qui offerta è coerente anche con ulteriori acquisizioni ermeneutiche svolte da altra sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, laddove si è occupata di analizzare i rapporti tra l'istituto dell'accesso documentale difensivo *ex* art. 24, comma 7, l. n. 241/1990 e gli strumenti di acquisizione probatoria disciplinati dal codice di procedura civile⁵¹.

La sentenza infatti, per quanto qui rileva, ha riconosciuto che «*all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso, due anime che vi convivono, dando luogo a due fattispecie particolari, di cui una (e cioè quella relativa all'accesso cd. difensivo) può addirittura operare quale eccezione al catalogo di esclusioni previste per l'altra (e cioè, l'accesso partecipativo)*»⁵².

Tali assunti, seguendo la linea di pensiero qui esposta, sono pienamente applicabili anche alla materia dei contratti pubblici, in cui si delinea un sistema per cui, ove l'accesso sia esercitato solo con finalità partecipative, esso soggiacerà sempre al limite della riservatezza aziendale, mentre laddove l'accesso esercitato dal concorrente sia quello difensivo, con la particolare caratteristica della

⁵⁰ Il che, ad esempio, come anche anticipato, è da escludersi in capo al terzo classificato nella gara che non dimostri di poter divenire aggiudicatario.

⁵¹ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 19, in *GiustiziaInsieme.it*, 25 novembre 2020, con nota di M.R. CALDERARO, *Diritto d'accesso e acquisizione probatoria processuale (nota a Adunanza Plenaria n. 19/2020)*.

⁵² In part. par. 9.1.

difesa in giudizio relativa alla gara specifica per cui è esercitato, esso prevarrà sulla riservatezza connessa ai segreti tecnici o commerciali contenuti nell'offerta tecnica del concorrente.

Ciò che pare essere frutto dell'equivoco in cui incorre la giurisprudenza che richiama la natura ampiamente discrezionale della valutazione che dovrebbe essere compiuta dalla stazione appaltante, è l'erronea premessa per cui solo una ricostruzione siffatta consentirebbe di affermare che il giudizio che l'amministrazione compie si fonda sugli elementi che in concreto le parti offrono e che dunque l'amministrazione sarebbe chiamata a bilanciare.

Tuttavia, non pare condivisibile il postulato così descritto, che è appunto un equivoco, in quanto la circostanza che il legislatore abbia operato a monte il bilanciamento tra accesso difensivo e riservatezza, anche aziendale, con prevalenza del primo, non significa che l'amministrazione non debba verificare in concreto la sussistenza dei presupposti perché siano effettivamente configurabili e sussistenti, in prima battuta, il segreto tecnico o commerciale da proteggere sulla base della motivata dichiarazione dell'offerente; in caso di risposta affermativa, la successiva verifica, sempre evidentemente in concreto, circa l'effettiva necessità della conoscenza dell'informazione che sarebbe coperta da segreto al fine della difesa in giudizio rispetto quindi alle possibili censure che l'istante/ricorrente intenda muovere all'aggiudicazione⁵³.

Sotto questo profilo, il Consiglio di Stato ha recentemente rilevato, proprio in merito alla valutazione circa la sussistenza del segreto tecnico o commerciale, che *«la verifica (...) implica un inevitabile margine di “affidamento” alla di-*

53 In termini generali rispetto all'accesso procedimentale difensivo ex l. n. 241/1990, è conforme la posizione di F. FRANCARIO, *op. cit.*, pp. 19-20: «è convincimento diffuso che il conflitto debba essere risolto ogni volta nello specifico del caso concreto attraverso un opportuno bilanciamento degli interessi, che spetterebbe ovviamente effettuare in primis all'amministrazione, e in secundis al giudice, ogni qual volta all'interesse alla conoscenza vengano opposte esigenze di privacy delle persone fisiche o giuridiche (imprese). Un tale convincimento è però erroneo in quanto in realtà il legislatore attribuisce all'amministrazione questo potere di bilanciamento, in via generale, solo nell'ipotesi dell'accesso civico generalizzato. Al di fuori di questa ipotesi, opera direttamente egli stesso la composizione del conflitto individuando l'interesse prevalente e lasciando all'amministrazione il bilanciamento solo nell'ipotesi eccezionale del contrasto con interessi super sensibili e non nella generalità delle ipotesi».

chiarazione della parte interessata, cui spetta in via prioritaria apprezzare la relazione tra le informazioni riservate ed il suo specifico background esperienziale e ideativo: dichiarazione che non si sottrae, comunque, al sindacato del giudice amministrativo, inteso ad accertarne l'attendibilità, anche sulla scorta delle deduzioni della parte interessata ad ottenere la più ampia disponibilità di quelle informazioni, e rafforzato dall'accesso diretto alle stesse (solo) da parte del giudice, che consente ad esso di valutarne l'effettiva riconducibilità al patrimonio tecnico e commerciale esclusivo dell'impresa cui ineriscono»⁵⁴.

In ciò deve consistere la verifica concreta demandata all'amministrazione, ma, accertata, in fatto, la sussistenza di entrambi gli elementi normativi descritti dall'art. 53 del Codice, *i.e.* il segreto da un lato e l'esigenza difensiva della specifica informazione dall'altro, l'amministrazione non è chiamata ad una ponderazione, ad un bilanciamento, tra interessi, che condurrebbe perciò a una scelta tra quale far prevalere e quale sacrificare ed entro che limiti, che è il *proprium* della discrezionalità amministrativa, bensì dovrà consentire l'accesso, perché tale bilanciamento è operato dal legislatore; d'altronde, così ben si spiega la già citata ricostruzione dell'Adunanza Plenaria per cui l'accesso difensivo costituisce una eccezione all'eccezione della riservatezza per sussistenza di un segreto tecnico o commerciale.

Né può dirsi che tale ricostruzione sarebbe sconfessata dalla condivisibile impostazione per cui, posto che l'esclusione dall'accesso di cui alla lett. a) dell'art. 53 è riferita alle «*informazioni*» e non all'offerta nel suo complesso, l'amministrazione, anche laddove il segreto sussista e non prevalga l'esigenza di difesa per omessa prova della necessità della conoscenza dell'informazione stessa, dovrà comunque consentire l'accesso parziale all'offerta, anche mediante l'adozione di cautele, quale la tecnica dell'oscuramento⁵⁵.

⁵⁴ Cons. Stato, ord. n. 7173/2021, *cit.*

⁵⁵ Sul punto v., anche per richiami giurisprudenziali, V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale*, *cit.*, pp. 173-174. Nell' giurisprudenza più recente si v. TAR Lombardia, Milano, n. 145/2022, *cit.*, ove si legge che «*le esigenze di segretezza tecnica o commerciale sono meritevoli di tutela solo per le singole informazioni - da oscurare - sottoposte a tutela brevettuale o a privativa industriale o commerciale, che siano puntualmente e motivatamente indicate dall'impresa controinteressata*».

Invero, la tecnica in esame non si pone quale conseguenza della natura discrezionale dell'attività dell'amministrazione nell'operare un bilanciamento tra esigenza di accesso e riservatezza, bensì unicamente nel senso di verificare l'eventuale prevalenza della riservatezza aziendale comprovata rispetto alla non provata necessità dell'informazione coperta da segreto; ma laddove tale necessità – lo si ribadisce, della specifica informazione e non già dell'offerta nel suo complesso – risultasse provata, l'amministrazione non potrebbe procedere all'oscuramento, neppure parziale, della citata informazione contenente segreti tecnici e commerciali.

In altre parole, la valutazione di quali informazioni oscurare non è rimessa alla valutazione discrezionale, sulla base di un prudentiale bilanciamento, dell'amministrazione, bensì trova la sua fonte e piena disciplina nella legge: se l'informazione (o le informazioni) che contengono segreti tecnici o commerciali comprovati non risultano essere necessarie per la difesa in giudizio per mancanza di prova offerta dall'istante, l'amministrazione procederà ad oscurarla, consentendo l'accesso alle altre parti dell'offerta per cui tale prova di sussistenza del segreto non è fornita, viceversa se risultasse provata la necessità difensiva giurisdizionale di tali informazioni, l'accesso dovrà essere integralmente consentito, senza oscuramento alcuno.

7. Conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale

Le conseguenze di tale impostazione sono di notevole portata sotto il profilo del sindacato giurisdizionale che deve considerarsi ammesso in relazione al provvedimento adottato dall'amministrazione in merito all'istanza di accesso difensivo proposta⁵⁶.

Sulla scorta di quanto già rilevato in termini generali infatti, la ricostruzione dell'attività dell'amministrazione in termini di ponderazione discrezionale e bilanciamento concreto tra accesso e riservatezza, segnatamente tra accesso

⁵⁶ Esse peraltro appaiono abbastanza ignorate dalla stessa giurisprudenza che pure valorizza la natura discrezionale del potere dell'amministrazione, la quale non si preoccupa dell'eventuale limitazione al sindacato del giudice che ciò comporterebbe.

difensivo giudiziale e riservatezza aziendale, aprirebbe la strada ad un sindacato del giudice amministrativo che non potrebbe verificare pienamente la legittimità dell'attività amministrativa, ostando a ciò il già citato divieto di pronunciarsi su poteri amministrativi (discrezionali) non ancora esercitati, *ex art. 34, comma 2 cod. proc. amm.*

Il che tuttavia, come sopra argomentato, non rappresenta la reale natura del potere attribuito all'amministrazione in relazione all'esame di una istanza di accesso defensionale proposta dal concorrente al fine di impugnare l'altrui aggiudicazione, *ex art. 53, comma 6 Codice dei Contratti*, il quale interesse, se effettivamente sussistente in termini di necessità dell'informazione, pur coperta da segreto tecnico o commerciale, è considerato già dal legislatore prevalente e l'amministrazione è chiamata solo a verificare la sussistenza, per quanto in concreto, del presupposto normativo; dalla cui accertata ricorrenza però non deriva in capo all'amministrazione un potere discrezionale di decisione tra più scelte tutte legittime, bensì unicamente quello di accordare preferenza all'accesso difensivo.

Sono dunque, nel caso del rapporto tra segreto tecnico o commerciale e accesso difensivo, pienamente esercitabili tutti i poteri che il rito sull'accesso *ex art. 116 cod. proc. amm.* accorda al giudice amministrativo, rientrando tale rapporto nell'ambito della tradizionale configurazione del diritto d'accesso ai documenti amministrativi originariamente descritto dalla legge generale sul procedimento amministrativo, seppur con la limitazione sulla necessità di difesa in giudizio rispetto alla procedura di gara, sul quale il rito sull'accesso è stato proprio costruito e che, al più, si può rivelare non pienamente esplicabile, come sopra analizzato, alla sola figura, di successiva introduzione, dell'accesso civico generalizzato⁵⁷.

⁵⁷ In giurisprudenza, proprio in relazione ad una istanza di accesso civico generalizzato proposta per ottenere copia dell'offerta tecnica ed economica e del piano finanziario dell'aggiudicataria da parte di una società che, pur essendo stata invitata alla procedura di gara, non aveva presentato alcuna offerta, ritenuta applicabile tale disciplina anche alla materia dei contratti pubblici e rilevato come l'amministrazione si fosse limitata ad un diniego generico, non congruamente motivato, si è affermato che «*non è allo stato possibile ordinare l'esibizione dei documenti richiesti, spet-*

Per ancor meglio comprenderne la rilevanza della questione, può farsi riferimento ad una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha affrontato la problematica in discorso, ancorché non con riferimento alla disciplina italiana, la quale ha enunciato due principi di diritto, l'uno riferibile all'attività dell'amministrazione, l'altro al sindacato giurisdizionale.

Con il primo, la Corte ritiene che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a effettuare un bilanciamento tra il diritto del richiedente a una buona amministrazione e il diritto del concorrente alla tutela delle sue informazioni riservate in modo che la sua decisione di rifiuto o la sua decisione di rigetto siano motivate e il diritto ad un ricorso efficace di cui beneficia un offerente escluso non venga privato di effetto utile; con il secondo, la Corte afferma che il giudice nazionale è tenuto a effettuare un bilanciamento tra il diritto del richiedente di beneficiare di un ricorso effettivo e il diritto del suo concorrente alla tutela delle sue informazioni riservate e dei suoi segreti commerciali.

A tal fine, detto giudice, che deve necessariamente disporre delle informazioni richieste, comprese le informazioni riservate e i segreti commerciali, per essere in grado di pronunciarsi con piena cognizione di causa sulla comunicabilità di dette informazioni, deve procedere a un esame di tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti. Esso deve inoltre poter annullare la decisione di rifiuto o la decisione recante rigetto del ricorso amministrativo se queste ultime sono illegittime e, se del caso, rinviare la causa dinanzi all'amministrazione aggiudicatrice, o adottare esso stesso una nuova decisione qualora il suo diritto nazionale lo autorizzi a farlo⁵⁸.

*tando viceversa all'Autorità che detiene la documentazione stabilire motivatamente se – e in che misura – vi ostino concretamente i vincoli posti dalla disciplina applicabile» onerando così l'amministrazione «di una nuova valutazione dell'accesso, anche di quello civico, con interpello delle imprese interessate e con eventuale successiva valutazione di un rilascio anche parziale, per le parti dei documenti non coperti da esigenze di riservatezza ai sensi del comma 2 dell'art. 5 bis sopra citato oppure dell'art. 24 della legge 241/1990» (TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 45). In tema v. ancora A. CORRADO, *L'accesso civico e i poteri del giudice amministrativo*, op. cit., p. 186.*

58 Cfr. Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 7 settembre 2021, n. C-927/19, in *Urb. e App.*, n. 1/2022, pp. 38 e ss., con nota di S. VITALI, *Trasparenza amministrativa e accesso agli atti riservati nelle procedure ad evidenza pubblica*.

Ora, è vero che il primo principio di diritto enunciato sembrerebbe affermare, come appare essersi fatto in dottrina, che l'attività dell'amministrazione sia quella di un vero e proprio bilanciamento tra interessi⁵⁹.

Ma, invero, la Corte non pare muoversi nell'ambito di una autonoma valutazione discrezionale dell'amministrazione, bensì nel senso di valorizzare il ruolo della motivazione della decisione dell'amministrazione in merito agli elementi che la stessa ha valutato per consentire o negare l'accesso⁶⁰; di tal che, appare a chi scrive che essa non intenda affatto affermare che l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale autonomo e ad essa riservato.

Ma, in ogni caso, anche a voler ritenere che la Corte demandi il bilanciamento in concreto all'amministrazione, si deve ricordare come ciò non abbia diretta rilevanza per il nostro ordinamento, in quanto il diritto sovranazionale fa comunque salve le disposizioni nazionali cui è soggetta l'amministrazione aggiudicatrice che, per le ragioni ampiamente esposte, individuano chiaramente la prevalenza già in astratto del diritto d'accesso difensivo⁶¹.

Ancor di più, per quanto qui rileva, vale porre l'accento sulla circostanza per cui la Corte, nell'affermare che il giudice deve conoscere pienamente della

59 Cfr. S. VITALI, *op. ult. cit.*, p. 46. Anche A. MAGLIARI, *Diritto d'accesso agli atti di gara e tutela della riservatezza*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2022, p. 85, che afferma chiaramente che «non sfuggirà come nel diritto europeo la mancanza di una definizione positiva delle regole del bilanciamento abbia portato la Corte di Giustizia UE ad accordare una tendenziale prevalenza al diritto alla riservatezza tecnica su quello d'accesso (anche nella sua declinazione defensionale), e ad affidare all'amministrazione aggiudicatrice il compito di operare, caso per caso, il giudizio di bilanciamento tra le due esigenze, individuando altresì alcune soluzioni pratiche volte ad assicurare un effettivo contemperamento tra opposti interessi». L'A. peraltro, nel far ciò e in senso adesivo con l'impostazione qui proposta, sottolinea come una tale impostazione sia distinta da quella prescelta dal legislatore nazionale: «stando alla lettera della normativa nazionale, deve ritenersi precluso all'amministrazione il potere (discrezionale) di determinare la soluzione più appropriata al caso concreto all'esito di una ponderazione tra gli interessi in gioco» (p. 84).

60 Ciò è ben evidente nel passaggio motivazionale in cui la Corte afferma che «al fine di effettuare il bilanciamento (...) un'amministrazione aggiudicatrice deve indicare chiaramente i motivi per i quali ritiene che le informazioni alle quali è chiesto l'accesso o, quanto meno, alcune di esse, siano riservate», proseguendo che «l'amministrazione aggiudicatrice deve non solo motivare la sua decisione di trattare determinati dati come riservati, ma deve altresì comunicare in una forma neutra, per quanto possibile e purché una siffatta comunicazione sia tale da preservare la natura riservata degli elementi specifici di tali dati per i quali una protezione è giustificata a tale titolo, il loro contenuto essenziale all'offerente che li richiede, e più in particolare il contenuto dei dati concernenti gli aspetti determinanti della sua decisione e dell'offerta selezionata» (par. 122 e 123).

61 In termini A. MAGLIARI, *op. cit.*, p. 86.

questione a lui sottoposta, verificando tutti gli elementi oggetto di scrutinio e, in particolare, la dichiarazione sulla sussistenza del segreto tecnico o commerciale, rimette alla normativa dei singoli Stati membri la necessità che, in caso di annullamento della decisione dell'amministrazione, sia l'amministrazione a doversi ripronunciare ovvero possa il giudice stesso decidere sull'ostensibilità dell'informazione.

Proprio da tale ultimo passaggio si coglie la assoluta rilevanza, pure non pienamente colta e indagata dalla giurisprudenza nazionale, della qualificazione della natura dell'attività dell'amministrazione, in quanto è quest'ultima, nel nostro sistema di giustizia amministrativa, a determinare se il sindacato del giudice possa estendersi o meno a conoscere della fondatezza dell'istanza del privato, in questo caso di accesso, come si è sopra visto.

E, per tutte le ragioni illustrate in precedenza, nel nostro ordinamento deve propendersi, ad avviso di chi scrive, per un sindacato pieno del giudice amministrativo in relazione al rapporto tra accesso difensivo e riservatezza aziendale (diversamente che in relazione al rapporto tra accesso civico generalizzato e segreto), stante la natura dell'attività che l'amministrazione è chiamata a compiere, essendo già svolto a monte dal legislatore il bilanciamento, in astratto, tra interesse alla difesa in giudizio e riservatezza aziendale⁶².

62 In argomento, si deve segnalare la già citata recente ordinanza n. 7173/2021 della III Sezione del Consiglio di Stato, che, ha, in primo luogo, accolto l'istanza istruttoria della ricorrente, rilevando che l'offerta tecnica costituisce documento essenziale sul quale basa il provvedimento di aggiudicazione impugnato, rilevante ai sensi dell'art. 46 comma 2 c.p.a. e che «*non si tratta dunque di acquisire documenti estranei al procedimento, o in possesso di altre amministrazioni o di terzi, quanto di documenti detenuti dall'amministrazione, afferenti il procedimento che ha condotto all'atto impugnato e oggetto di valutazioni istruttorie rilevanti ai fini del tenore finale dello stesso, necessari ai fini del giudizio*»; considerata la possibile presenza di segreti tecnici e commerciali in essa contenuti, ne ha ordinato il deposito integrale, dando poi mandato alla segreteria di provvedere ad oscurare «*le sole parti che secondo le comprovate dichiarazioni della controinteressata costituiscono segreto tecnico o commerciale, prima di porre il documento telematicamente a disposizione dell'appellante e di tutti gli altri contraddittori*». A fronte dell'oscuramento integrale da parte della segreteria, operato in ragione della opposizione così formulata dall'aggiudicataria, il Consiglio di Stato ha accolto la contestazione della ricorrente, in quanto la dichiarazione dell'aggiudicataria era meramente generica e non comprovata, assegnando a questo punto tuttavia un termine di trenta giorni alla stessa aggiudicataria «*per depositare agli atti di causa una relazione con l'individuazione motivata e puntuale delle parti dell'offerta tecnica da oscurare, di cui doveva essere depositata una copia con tali parti omissate, prescrivendo che, in caso di mancato adempimento nei termini indicati, si sarebbe provveduto all'integrale rilascio all'appellante della documentazione*

8. Conclusioni

All'esito dell'indagine che si è cercato di condurre, si può evidenziare come la pur sicura specialità della disciplina dettata dal legislatore in tema di bilanciamento tra riservatezza aziendale, *i.e.* tra le informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali, e l'accesso all'offerta tecnica del concorrente, non porti con sé anche una deviazione rispetto alle categorie generali dell'istituto, secondo lo schema delineato dalla legge generale sul procedimento amministrativo.

Da un lato infatti, la specialità si coglie sotto il profilo oggettivo, in quanto l'accesso può essere prevalente sulla riservatezza aziendale solo per la difesa in giudizio in relazione alla procedura nella quale l'offerta è stata presentata e, sotto il profilo soggettivo, per il fatto che l'accesso difensivo può essere esercitato solo da un partecipante alla gara, che dimostri peraltro l'utilità della documentazione in relazione al giudizio che ha promosso o che intende promuovere avverso l'altrui aggiudicazione (o per ottenere il risarcimento del danno per equivalente).

Ma tale specialità, d'altro lato, si è cercato di dimostrare che non possa essere veicolo per l'introduzione di ulteriori e diversi presupposti per la valutazione dell'istanza d'accesso difensivo, quale la stretta indispensabilità della documentazione ai fini della difesa in giudizio.

Nonché, e soprattutto, essa si è visto come essa non possa condurre a delineare una diversa natura dell'attività dell'amministrazione nella valutazione della prevalenza dell'interesse all'accesso o alla riservatezza, rimettendola alla sua discrezionalità in senso proprio, quale bilanciamento di interessi.

tecnica». Infine, sulla base della relazione dettagliata depositata dall'aggiudicataria in relazione alle informazioni costituenti segreti tecnici e commerciali, ha ritenuto di accogliere l'istanza istruttoria formulata dalla ricorrente, non ritenendo integrati i requisiti per disporre l'oscuramento delle parti dell'offerta tecnica. Tuttavia, nel far ciò, si premura di specificare preliminarmente che non viene in rilievo il rapporto tra esigenza di riservatezza del concorrente e interesse all'accesso difensivo, bensì il potere officioso del giudice atto a «garantire la completezza istruttoria del giudizio di merito, con particolare riguardo alla acquisizione al relativo compendio probatorio dei documenti di cui all'art. 46, comma 2, c.p.a., e non – se non in via meramente mediata – a soddisfare l'interesse ostensivo di una delle parti del giudizio, in funzione della difesa in giudizio degli interessi di cui essa è soggettivamente portatrice».

Anche dunque prescindendo dalla questione in merito alla natura giuridica dell'accesso, che la dottrina esaminata nel lavoro evidentemente riconduce al diritto soggettivo, proprio in ragione dell'affermazione di un bilanciamento operato a monte dal legislatore nell'accesso procedimentale difensivo, a differenza che nell'accesso civico generalizzato⁶³, ciò che preme in questa sede maggiormente evidenziare è proprio la necessità di escludere che l'amministrazione compia alcuna scelta di opportunità nel valutare se e in che limiti concedere l'accesso anche a informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali.

L'amministrazione è, invece, chiamata a verificare, con una indagine certamente in concreto, la sussistenza o meno dei presupposti normativi perché possa operare, in prima battuta, l'eccezione alla regola dell'accessibilità anche dell'offerta tecnica del concorrente in relazione alle informazioni che contengano segreti tecnici o commerciali; in seconda battuta, valutare l'operatività ! dell'eccezione all'eccezione", *i.e.* la necessità (anche) di tali informazioni contenenti i segreti da parte dell'istante per svolgere le proprie difese in giudizio in relazione alla gara a cui ha partecipato.

Con la conseguenza, sul piano della tutela giurisdizionale, che il sindacato del giudice amministrativo non dovrà arrestarsi ad una mera valutazione circa la non irragionevolezza della valutazione dell'amministrazione e, soprattutto, potrà pienamente esplicarsi il potere del giudice amministrativo di cui all'art. 116, comma 4 cod. proc. amm., potendo già il giudice ordinare all'amministrazione l'esibizione dei documenti e non dovendo rimettere all'esercizio del potere discrezionale della p.a. tale valutazione.

63 Sul punto ad es. F. FRANCIOSI, *op. cit.*, pp. 25-27, ove l'A. evidenzia la sussistenza delle ragioni che militano verso l'affermazione chiara, in superamento alla posizione a suo tempo sostenuta dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 18 aprile 2006, n. 6, della natura di diritto soggettivo dell'accesso difensivo ai sensi della l. n. 241/1990, in contrapposizione con l'accesso civico generalizzato di cui al D.lgs. n. 33/2013, sottoposto alla valutazione discrezionale della p.a. e riconducibile all'interesse legittimo, evidenziando proprio come le diverse discipline che le governano, anche in punto di tutela giurisdizionale, debbano condurre al superamento dell'affermazione della citata sentenza della Plenaria per cui il dibattito sulla natura giuridica dell'accesso non avrebbe «*conseguenze ai fini dell'identificazione della disciplina applicabile al giudizio avverso le determinazioni concernenti l'accesso*». In senso conforme v. anche V. MIRRA, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale*, *cit.*, p. 175.

Solo tali conclusioni, per dirla con Dworkin, consentono di «*prendere i diritti sul serio*»⁶⁴, tanto con riferimento all'accesso difensivo, quanto con riferimento alla riservatezza aziendale.

⁶⁴ Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 2010.

EDOARDO GIARDINO

Professore associato di diritto amministrativo presso la LUMSA

e.giardino@lumsa.it

LO SVILUPPO DELLE INFRASTRUTTURE PRIORITARIE: I RITARDI, I LIMITI E LE PROSPETTIVE DI RIFORMA

DEVELOPMENT OF PRIORITY INFRASTRUCTURE: DELAYS, LIMITS AND REFORM PROSPECTS

SINTESI

Il contributo è volto ad esaminare l'evoluzione normativa che ha interessato lo sviluppo delle infrastrutture prioritarie, attraverso un'analisi, da un lato, dei persistenti ostacoli che precludono lo sviluppo infrastrutturale e, dall'altro, dei possibili rimedi che favoriscono, altresì, il superamento delle disuguaglianze sociali.

ABSTRACT

The contribution is aimed at examining the regulatory evolution that has affected the development of priority infrastructures, through an analysis, on the one hand, of the persistent obstacles that preclude infrastructural development and, on the other, of the possible remedies that also favor the overcoming of social inequalities.

PAROLE CHIAVE: infrastrutture prioritarie – evoluzione normativa – limiti – rimedi – sviluppo.

KEYWORDS: priority infrastructures – regulatory evolution – limits – remedies – development.

Indice: 1. Le infrastrutture tra autonomia concettuale e rilevanza finalistica. L'incidenza delle infrastrutture sullo sviluppo economico. 2. Le infrastrutture strategiche nella normativa previgente: la natura derogatoria della disciplina. 3. Dalla natura strategica al carattere prioritario delle infrastrutture. 4. La programmazione degli investimenti infrastrutturali: le opere prioritarie, le risorse disponibili e i costi pre pandemici. 5. Lo sviluppo infrastrutturale e il divario tra Nord e Sud. 6. La crisi pandemica e la diversità di cittadinanza: il bisogno di infrastrutture per modernizzare la società ed ovviare alle disuguaglianze. 7. Lo sviluppo infrastrutturale e la salvaguardia dell'ambiente: la tutela sistemica e non frazionata tra valori e diritti. 8. La realizzazione delle infrastrutture e l'inclusione procedimentale: tra conservazione e innovazione. Dalla burocrazia difensiva all'amministrazione decidente. 9. Gli imperituri ostacoli e i possibili rimedi.

1. Le infrastrutture tra autonomia concettuale e rilevanza finalistica. L'incidenza delle infrastrutture sullo sviluppo economico

Sebbene maturata, progressivamente, nel quadro di una legislazione tormentata¹, giacché perennemente mutevole e complessa², l'espressione 'infrastruttura' ha assunto rilevanza quando il legislatore ha scelto di declinarla al plurale³, con essa intendendo la realizzazione di opere e lavori di preminente interesse nazionale, quindi, funzionali alla modernizzazione della società.

Le infrastrutture, così, sul piano definitorio, postulano tanto le opere quanto i lavori pubblici, rappresentando con le prime la dimensione statica, ossia l'esito dell'intervento, con i secondi, invece, la dimensione dinamica, quindi, il momento della realizzazione⁴. Del resto, se la nozione di opera rievoca "il risultato di una attività costruttiva o creativa"⁵, quella di lavoro "allude alla attività creativa, allo sforzo che l'uomo pone in essere per raggiungere un determinato risultato"⁶.

1 M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, 70.

2 Più in generale, secondo M.S. GIANNINI (*Punti fermi in tema di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1986 e Id., *Scritti*, vol. VIII, Milano, 2006, 645) "(n)on si conoscono precedenti di disordine legislativo di tale ampiezza ed intrico e soprattutto in un settore tanto delicato per gli interessi di imprese e di lavoratori che impegna". In argomento, cfr. S. CASSESE, *I vincoli amministrativi alle grandi opere pubbliche*, in *Foro amm.* 1989, 447 ss.

3 A. MARI, *Infrastrutture*, in *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di S. CASSESE), vol. IV, Milano, 2006, 3134.

4 *Ibidem*.

5 G. ROEHRSEN, *Lavori pubblici*, in *Nov.mo Dig. It.*, vol. IX, Torino, 1963, 482. Secondo l'Autore gli elementi costitutivi della nozione di opera pubblica sono: "uno soggettivo, consistente nella natura pubblica del soggetto che esegue l'opera; uno finalistico, consistente nella destinazione dell'opera; uno oggettivo, consistente nella natura immobiliare della cosa. Spesso affiora un quarto elemento, quando si afferma che nell'opera pubblica è insita l'idea di una cosa creata dall'uomo" (Id., *op. ult. cit.*, 483). Sulla nozione di opera pubblica, cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 55-56, per il quale detta nozione è "una nozione legale, come correntemente si dice: è un'opera di ingegneria di modificazione durevole del mondo fisico, di costo elevato, per la cui realizzazione si seguono procedimenti amministrativi determinati. Sviluppando gli elementi di questa sintesi, si può precisare: a) l'opera pubblica è spesso una costruzione (...), ma può essere anche una distruzione (...), una modificazione della natura (...), un grande restauro, una riforestazione, una ricostruzione paesaggistica. Nella grandissima maggioranza dei casi ha come risultato la costituzione, modificazione o distruzione di cose immobili; in genere si nega che possa riguardare cose mobili, universalità e pertinenze; b) occorre che richieda l'applicazione di scienze di ingegneria; altrimenti è una di quelle opere dette, nel gergo, di modesta entità (...)"

6 G. ROEHRSEN, *Lavori pubblici*, cit., 482. Per l'Autore, gli elementi costitutivi della nozione di lavoro pubblico sono i seguenti: "quello soggettivo, quello finalistico e quello oggettivo (natura immobiliare della cosa sulla quale viene eseguito il lavoro" (Id., *op. ult. cit.*, 483). In argomento,

Si tratta di nozioni che, pur conservando una loro autonomia concettuale, tuttavia, risultano legate da un nesso finalistico, che, a volte in un diverso atteggiarsi, le rende sovente parti costitutive di un'unica fattispecie⁷.

Il termine 'infrastruttura', invero, ha una origine non del tutto risalente, se si considera che nella lingua inglese, lo stesso appare nell'*Oxford Dictionary* del 1927, onde indicare “*the tunnels, bridges, culverts and 'infrastructure' work generally of French railroads*”⁸.

Detta locuzione, ricomprendendo fenomeni diversi ma legati da caratteri comuni, postula un sistema⁹ che ha elevato, e non poco, la qualità di vita individuale e collettiva nonché, più in generale, la civiltà della società, favorendo l'effettività di molteplici pretese costituzionalmente tutelate.

Di qui, l'incidenza dello sviluppo infrastrutturale sulla crescita economica della collettività, ciò determinandosi indirettamente, se lo stesso si traduce nella realizzazione di opere di urbanizzazione primaria (volte a soddisfare bisogni primari di gruppi non estesi della società), ovvero direttamente, se lo stesso, invece, favorisce la costruzione di opere pubbliche, che, per la loro vasta inciden-

cfr. A. POLICE, *Sull'evoluzione del concetto di opera pubblica*, in *Foro amm.*, 1989, 447 ss.; M. A. CARNEVALE VENCHI, *Opere pubbliche (ordinamento)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 332 ss.; M. PALLOTTINO, *Opere e lavori pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 340, il quale precisa che è “opinione quasi unanime che l'opera pubblica e il lavoro pubblico nella legislazione siano sostanzialmente indistinti e usati in modo promiscuo, e che i caratteri distintivi di essi consistano negli elementi oggettivo, soggettivo e finalistico, comprensivo quest'ultimo (...) anche dell'ipotesi della contribuzione o del finanziamento pubblico di un'opera o di un lavoro privato”.

7 G. ROEHRSEN, *Lavori pubblici*, cit., 482. Sulla non corrispondenza piena tra la nozione di infrastruttura e quella di opera pubblica, cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 54 ss., per il quale: “Approntamenti infrastrutturali che non siano opere pubbliche sono possibili se si realizzino ad opera e a spese non di pubblici poteri; evento raro nella nostra epoca, anche in paesi diversi dai nostri. Se a provvedere sono pubblici poteri, gli approntamenti infrastrutturali sono opere pubbliche. Non è vero l'inverso, in quanto vi sono opere pubbliche che non sono approntamenti infrastrutturali”.

8 G. AZZONE-A. BALDUCCI-P. SECCHI (a cura di), *Infrastrutture e città. Innovazione, coesione sociale e digitalizzazione*, Milano, 2020, 17. Si osserva, altresì, che il termine infrastrutture “addirittura nel 1954, viene ripreso in documenti ufficiali della NATO per indicare installazioni per la difesa che includono autostrade, ponti, ferrovie, aeroporti e basi militari ma anche servizi di comunicazione, per la distribuzione dell'energia, l'irrigazione, il controllo delle acque, così come le strutture di stoccaggio di carburante di altri materiali” (*Ibidem*).

9 A. AMIN e n. THRIFT, *Seeing Like a City*, Cambridge, Polity Press, 2016, trad. it. *Vedere come una città*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2019, *passim*.

za, incidono, significativamente, sulle strutture economiche di intere regioni, se non dell'intero territorio nazionale. Si tratta, in quest'ultimo caso, della realizzazione "di quelle opere pubbliche che talora vistosamente si impongono all'attenzione di noi spettatori del nostro tempo"¹⁰.

Tutto questo, riflettendo la nota "influenza delle istituzioni sull'economia"¹¹, determina conseguenze economiche derivanti o dalla o con la realizzazione dell'opera, giacché, nell'un caso, l'esistenza dell'opera favorisce e condiziona l'esercizio di rilevanti attività economiche, nell'altro caso, invece, è la realizzazione in sé dell'opera stessa che produce sviluppo¹². E ciò perché tali attività "comportano (...) circolazione di capitali, sovente ingentissimi, (...) (nonché) possibilità di lavoro, per imprese di vario genere e per lavoratori"¹³.

A riprova dell'indefettibilità sistemica dello sviluppo infrastrutturale l'ordinamento si dota, quindi, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (oggi Ministero delle Infrastrutture e mobilità sostenibili (MIMS)), cui ascrive "le funzioni e i compiti spettanti allo Stato in materia di identificazione delle linee fondamentali dell'assetto del territorio con riferimento alle reti infrastrutturali e al sistema delle città e delle aree metropolitane; reti infrastrutturali e opere di competenza statale; politiche urbane e dell'edilizia abitativa; opere marittime e infrastrutture idrauliche; trasporti e viabilità"¹⁴.

Tale Ministero, in particolare, svolgerà le funzioni e i compiti di spettanza statale nelle seguenti aree funzionali: a) programmazione, finanziamento, realizzazione e gestione delle reti infrastrutturali di interesse nazionale, ivi comprese le reti elettriche, idrauliche e acquedottistiche, e delle altre opere pubbliche di

10 Così M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 72, il quale altresì ritiene necessario distinguere "la parte concernente l'impiego di procedimenti relativi a fine di realizzazione di *opere strutturali* da quella a fine di realizzazione di *infrastrutture*. La prima è uno strumento di incentivazione di attività imprenditoriali (...)" (Id., *op. ult. cit.*, 71).

11 L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli, 2016, 34. Sempre sul rapporto tra Stato ed economia, cfr. S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2001, 96 ss.

12 M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 72.

13 *Ibidem*.

14 Art. 41, co. 1, del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300.

competenza dello Stato, ad eccezione di quelle in materia di difesa; qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; costruzioni nelle zone sismiche¹⁵.

L'ordinamento, in tal modo, giungerà a vincolare teleologicamente la realizzazione delle infrastrutture, orientandole esplicitamente, attraverso una disciplina per molti versi derogatoria, alla modernizzazione ed allo sviluppo del Paese¹⁶.

Così intese, le infrastrutture, nel loro significato, assumono vieppiù rilevanza, laddove i concetti di opera e, soprattutto, di lavoro pubblico (la cui nozione invero “aveva dominato la scena degli anni Novanta”¹⁷), si ritraggono, divenendo, delle stesse infrastrutture, un mero corollario¹⁸.

2. Le infrastrutture strategiche nella normativa previgente: la natura derogatoria della disciplina.

Le infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale trovano compiuta disciplina, prima, nel d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190¹⁹ e, dopo, nel previgente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163²⁰. Quest'ultimo, infatti, abrogando, all'art. 256, il precedente decreto, disciplinava

15 Art. 42, co. 1, d.lgs. n. 300/1999.

16 V. art. 1, co. 1, della l. 21 dicembre 2001, n. 443 (comma abrogato dall'art. 217 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

17 Cfr. A. MARI, *Le infrastrutture*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. CASSESE), *Diritto amministrativo speciale*, Tomo II, Milano, 2003, 1864.

18 A. MARI, *Infrastrutture*, in *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di S. CASSESE), cit., 3135.

19 Recante “Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443 per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale”. E' utile, pertanto, precisare che proprio “(a)ll'inizio del XXI secolo, il legislatore ha introdotto *ex novo* una disciplina speciale per programmare individuare e realizzare le infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale (legge 21 dicembre 2001, n. 443, cosiddetta legge obiettivo), da inserire nel <<Programma infrastrutture strategiche>> (PIS), allegato annualmente al Documento di economia e finanza. Tali infrastrutture sono state assoggettate a una procedura di approvazione e attuazione più snella e veloce di quella ordinaria ed era previsto che fossero sostenute finanziariamente da risorse pubbliche approvate e allocate dal Comitato interministeriale per la programmazione economica-CIPE” (S. SCREPANTI, *Le politiche infrastrutturali*, in *La nuova costituzione economica* (a cura di S. CASSESE), Bari-Roma, 2021, 38).

20 Recante “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”.

la progettazione, l'approvazione dei progetti e la realizzazione di siffatte infrastrutture, altresì, note, per la loro rilevanza, quali “grandi opere”²¹.

Ciò rifletteva la significativa e diffusa arretratezza infrastrutturale, per superare la quale si è ritenuto necessario dotare l'ordinamento di una disciplina, che agevolasse la realizzazione di opere che risultassero di preminente interesse nazionale²².

Del resto, se, da un lato, l'utilizzo del termine ‘strategico’ assume una valenza non già giuridica quanto economico-programmatica²³, dall'altro, la stessa formula “opera di preminente interesse nazionale”, invero, non costituisce una novità, avendola l'ordinamento già utilizzata “sia per attrarre alla competenza statale la realizzazione di opere di interesse regionale o locale (come nel caso del d.p.r. n. 683/1977 della l. n. 99/1988), sia per far fronte a situazioni di emergenza (art. 27, l. n. 67/1988)”²⁴.

La riconduzione allo Stato di funzioni amministrative in materia di lavori pubblici ha alimentato, nel tempo, rivendicazioni regionali, che sono sfociate in un conflitto, ivi trovando soluzione nella giurisprudenza costituzionale e, in particolare, nella nota sentenza 1 ottobre 2003, n. 303, la quale, nel segno di una visione dinamica del principio di sussidiarietà²⁵, ha ritenuto che <<la man-

21 Cfr. L. MINGANTI, *Art. 161*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati* (a cura di A. CARULLO e G. IUDICA), Padova, 2012, 1183.

22 *Ibidem*.

23 L. MINGANTI, *op. ult. cit.*, 1186.

24 L. MINGANTI, *op. ult. cit.*, 1186-1187.

25 Infatti, secondo la Corte costituzionale: “Un elemento di flessibilità è indubbiamente contenuto nell'art. 118, primo comma, Cost., il quale si riferisce esplicitamente alle funzioni amministrative, ma introduce per queste un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida, come si chiarirà subito appresso, la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. È del resto coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà che essa agisca come *subsidiium* quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata un'attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato. Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad

cata inclusione dei "lavori pubblici" nella elencazione dell'art. 117 Cost. (...) non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti. (...) Accanto alla primitiva dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai Comuni, è resa, infatti, attiva una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente ad essa di operare non più come *ratio* ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie. (...) Ciò impone di annettere ai principi di sussidiarietà e adeguatezza una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà>>²⁶.

affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto" (Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 303). V., inoltre, Corte cost., 16 luglio 2004, n. 233; Id., 2 marzo 2005, n. 82; Id., 1 giugno 2006, n. 214; Id., 23 novembre 2007, n. 401.

²⁶Si è, quindi, precisato che: "Una volta stabilito che, nelle materie di competenza statale esclusiva o concorrente, in virtù dell'art. 118, primo comma, la legge può attribuire allo Stato funzioni amministrative e riconosciuto che, in ossequio ai canoni fondanti dello Stato di diritto, essa è anche abilitata a organizzarle e regolarle, al fine di renderne l'esercizio permanentemente raffrontabile a un parametro legale, resta da chiarire che i principi di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel Titolo V e possono giustificare una deroga solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata. (...) Ecco dunque dove si fonda una concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà e dell'adeguatezza. Si comprende infatti come tali principi non possano operare quali mere formule verbali capaci con la loro sola evocazione di modificare a vantaggio della legge nazionale il riparto costituzionalmente stabilito, perché ciò equivarrebbe a negare la stessa rigidità della Costituzione. E si comprende anche come essi non possano assumere la funzione che aveva un tempo l'interesse nazionale, la cui sola allegazione non è ora sufficiente a giustificare l'esercizio da parte dello Stato di una funzione di cui non sia titolare in base all'art. 117 Cost. Nel nuovo Titolo V l'equazione elementare interesse nazionale

Al riguardo, l'art. 161 del d.lgs. n. 163/2006 contemplava lo strumento dell'intesa generale quadro²⁷ nonché la partecipazione delle regioni e delle province autonome, con le modalità indicate nelle stesse intese, alle attività di progettazione, affidamento dei lavori e monitoraggio, in accordo alle normative vigenti e alle eventuali leggi regionali allo scopo emanate (co. 1). Inoltre, l'approvazione dei progetti delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale, di quelle private sempre di preminente interesse nazionale e degli insediamenti produttivi strategici avveniva, d'intesa tra lo Stato e le regioni, nell'ambito del CIPE²⁸ allargato ai presidenti delle regioni e delle province autonome interessate (co. 2)²⁹.

Si inverava, così, una legislazione derogatoria, dal carattere acceleratorio e semplificatorio, volta a colmare un'arretratezza infrastrutturale causata, essenzialmente, dalla scarsità di risorse economiche e, soprattutto, da una disciplina esasperatamente rigida ed aggravata³⁰. Quanto detto rifletteva i limiti di una disciplina ordinaria per nulla funzionale alle esigenze di una società moderna,

= competenza statale, che nella prassi legislativa previgente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale" (Corte cost., n. 303/2003).

27L'intesa generale quadro "delineata quale strumento fondamentale per l'individuazione delle opere di interesse regionale concorrente con il preminente interesse nazionale e la loro concreta attuazione, rappresentando la manifestazione di un modulo convenzionale attraverso il quale si coordinano le azioni di varie P.A. programmando un intervento e definendo le sfere di funzioni amministrative esercitabili dall'amministrazione, rispettivamente, statale e regionale, rappresentava un nuovo istituto rientrante nella categoria degli accordi tra P.A., presentando un particolare alcuni elementi di strumenti tipici della programmazione negoziata (...)" (L. MINGANTI, *Art. 194, in Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati* (a cura di A. CARULLO – G. IUDICA), Milano, 2018, 1368). Cfr, inoltre, F. CINTIOLI, *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza n. 303/03*, in www.forumcostituzionale.it.

28 Oggi CIPESS (Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile).

29E' stato osservato che la previsione del CIPE, integrato con i presidenti delle Regioni e province autonome di volta in volta interessate dalle singole infrastrutture e insediamenti produttivi, ha "almeno il significato di consentire l'approvazione dei progetti nella sede istituzionale del CIPE allargato, ossia di un comitato interministeriale che registra, al suo interno, la presenza dei vertici istituzionali degli EE.L.L. interessati dalle infrastrutture strategiche in corso di approvazione. La previsione di un dissenso da formulare nella sede istituzionale del CIPE allargato risponde, infatti, alla necessità di una accelerazione della tempistica procedimentale, diretta ad individuare, fin da principio, possibili soluzioni e metodi di immediata composizione del contrasto sul progetto, soprattutto al fine di evitare aggravamenti procedurali" (L. MINGANTI, *op. ult. cit.*, 1369-1370).

nella consapevolezza – rievocando M.S. Giannini – che “la pratica permanente delle deroghe sia il primo segnale della inaccettabilità del derogato”³¹.

Di qui, un portato derogatorio che riguardava, in particolare: la concentrazione delle funzioni, principalmente, in capo al CIPE e, secondariamente, in capo al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; l'iter approvativo dei progetti preliminare e definitivo, delle varianti e della valutazione di impatto ambientale; la limitazione delle modalità di realizzazione delle infrastrutture strategiche (*id est* la concessione di costruzione e gestione nonché l'affidamento unitario a contraente generale); la figura del contraente generale ed il relativo sistema di qualificazione.

La scelta di potenziare il ruolo del CIPE postulava la valorizzazione delle sue competenze tecnico-economiche, a differenza delle funzioni ascritte al Ministero in ragione delle relative competenze amministrativo-ingegneristiche³². Più segnatamente, si conferiva al CIPE la funzione di vigilanza sullo stato di avanzamento delle opere nonché di approvazione dei progetti preliminari e definitivi di tutti gli interventi.

Circa l'assegnazione dei fondi, a ben vedere, il ruolo conferito al Ministero si rivelava limitato alla distribuzione delle sole risorse integrative ai soggetti aggiudicatari, restando in capo allo stesso un mero potere di proposta nei confronti del CIPE per l'attribuzione, ai soggetti aggiudicatari, delle risorse finanziarie integrative, previa approvazione del progetto preliminare e nei limiti delle disponibilità³³.

In tal guisa, si concentravano in capo al CIPE “tutti i poteri decisori (di individuazione delle opere da inserire nel programma, di approvazione dei progetti, di vigilanza sulle attività realizzative, di allocazione dei fondi), rimanendo

30Cfr. Corte dei Conti, Sez. contr., del. 28 gennaio 2005 n. 8/05/G, *Indagine sullo stato di attuazione della Legge-obiettivo (legge 21 dicembre 2001, n. 443) in materia di infrastrutture ed insediamenti strategici*, 6.

31 M.S. GIANNINI, *Punti fermi in tema di opere pubbliche*, cit., 641.

32 Cfr. M. TARICIOTTI, *Art. 200*, in *Codice dei contratti pubblici* (a cura di R. GAROFOLI – G. FERRARI), Tomo II, Roma, 2017, 2794.

33M. TARICIOTTI, *Art. 200*, cit., 2794.

attribuite al Ministero le funzioni di generale coordinamento procedimentale; nel bilanciamento delle potestà connesse all'esecuzione delle grandi opere"³⁴.

E, del pari, significativa si rivelava la disciplina delle modalità di realizzazione e del contraente generale. Con le predette modalità, infatti, si favoriva il coinvolgimento del capitale privato nella realizzazione delle infrastrutture, attraverso, quindi, modalità procedurali derogatorie rispetto alla disciplina generale³⁵. Con il contraente generale, invece, si prevedeva un modulo tipicamente funzionale alla realizzazione di una grande opera ed implicante la coesistenza di plurime professionalità volte ad assicurare altrettante plurime attività costitutive. Trattavasi di una significativa innovazione, che si traduceva in una modalità di affidamento di carattere speciale e strumentale, volta alla realizzazione non già di qualsiasi opera, ma delle sole grandi infrastrutture³⁶.

3. Dalla natura strategica al carattere prioritario delle infrastrutture

L'applicazione della suddetta disciplina speciale, tuttavia, non ha sortito gli esiti auspicati, se si considera, oltre al numero ridotto delle opere previste nel programma di cui alla legge n. 443/2001, che a distanza di dieci anni

³⁴ *Ibidem. b*

³⁵ Cfr. M. TARICIOTTI, *Art. 200*, cit., 2797; D. GALLI, *Lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Normativa speciale per i lavori pubblici. Settori speciali* (a cura di R. DE NICTOLIS), vol. II, Milano, Giuffrè, 2007, 303.

³⁶ Cfr. D. GALLI, *op. ult. cit.*, 341; M. TARICIOTTI, *Art. 200*, cit., 2799, la quale osserva che l'istituto del contraente generale "già all'epoca non era del tutto nuovo nel panorama giuridico. Per l'attuazione del programma infrastrutturale dell'alta velocità ferroviaria (opera strategica di preminente interesse nazionale per definizione), l'atto di assentimento della concessione per la progettazione, costruzione e sfruttamento economico della rete stipulato nel 1991 da Ferrovie dello Stato e Tav spa (...) aveva infatti espressamente previsto che la concessionaria avrebbe dovuto a sua volta avvalersi, per ciascuna delle tratte programmate di un contraente generale incaricato di portare complessivamente a compimento l'opera (chiavi in mano) mediante l'affidamento della progettazione e delle attività *stricto sensu* realizzative ad imprese consorziate o imprese terze, assicurando elevati *standards* qualitativi, a fronte di un corrispettivo forfettario stabilito in sede di atto integrativo. In quella occasione tuttavia i contraenti generali furono selezionati senza alcun confronto concorrenziale, con affidamento diretto a strutture imprenditoriali complesse, che avrebbero poi assunto la forma organizzativa consortile, espressione dei principali gruppi industriali italiani attivi nel settore delle costruzioni". In argomento, cfr. Cons. Stato, Sez. II, parere 19 giugno 1991, n. 570; Cons. Stato, Ad. Gen., 1° ottobre 1993, n. 95; F. FRACCHIA, *Progetto alta velocità e trasformazione dell'ente Ferrovie dello Stato in società per azioni*, in *Foro it.*, 1994, IV, 67; S. AMOROSINO, *Il sistema delle ferrovie ad alta velocità nell'esperienza amministrativa italiana*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 195 ss.

dall'entrata in vigore della stessa legge, risultava solo: il 32% delle opere ultimato; il 30% in fase di progettazione ed il 30% in fase di aggiudicazione o di esecuzione³⁷.

In altri termini, emergeva un quadro insoddisfacente, le cui ragioni possono rinvenirsi nella perdurante eccessiva lunghezza dei tempi di realizzazione dell'infrastruttura, a sua volta causata – come rilevato dall'allegato al Documento di Economia e Finanza presentato nell'aprile nel 2016 - essenzialmente da: << (a) carenze di progettazione, che portano a realizzare progetti di qualità insufficienti e troppo onerosi (...) (b) incertezza dei finanziamenti, dovuta all'incertezza sulle disponibilità finanziarie, ma anche alla necessità di reperire risorse a causa dell'aumento dei costi delle opere ed ai contenziosi in fase di aggiudicazione ed esecuzione dei lavori (...) (c) rapporti conflittuali con i territori e dovuti anche all'incertezza sull'utilità>>³⁸.

Più in generale, si è ritenuto che il ritardo infrastrutturale del Paese sia stato causato non tanto dalla carenza di infrastrutture materiali, quanto dallo squilibrio modale e dalle scarse capacità delle infrastrutture esistenti di servire la domanda, in virtù dell'inadeguata accessibilità ai principali nodi del sistema economico nazionale nonché dell'insufficienza dei collegamenti di ultimo miglio rispetto alle infrastrutture puntuali (porti e aeroporti).

Si delinea, così, una nuova politica infrastrutturale, che postula un approccio nuovo, volto a ridisegnare il ruolo delle infrastrutture, da intendersi come strumento teso a soddisfare la domanda di mobilità di passeggeri e merci

37 Cfr. Relazione annuale Presidente AVCP 2012, in *www.anticorruzione.it*; L. MINGANTI, *op. ult. cit.*, 1365.

38Cfr. M. TARICIOTTI, *Art. 200*, cit., 2792. In argomento, cfr. inoltre S. SCREPANTI, *Le politiche infrastrutturali*, cit., 38, secondo la quale: “La programmazione della legge obiettivo è risultata, però, inefficace dal punto di vista attuativo: la maggior parte delle infrastrutture strategiche, infatti, è stata realizzata in netto ritardo rispetto al cronoprogramma dei lavori o è rimasta incompiuta. Ciò essenzialmente a causa dell'assenza di confini di normativi della nozione di infrastruttura strategica, che ha determinato l'ampliarsi incontrollato della lista di opere prioritarie, a cui peraltro non sempre è corrisposta una valutazione positiva del CIPE, con conseguente mancanza di copertura finanziaria. L'inefficacia della programmazione della legge obiettivo è stata aggravata dall'assenza di un metodo certo per la valutazione del fabbisogno infrastrutturale nel lungo periodo, nonché dalla carenza di rigorosi criteri per valutare l'utilità del singolo progetto da finanziare in via prioritaria”.

ed a connettere le aree dinamiche e propulsive del Paese, attraverso interventi utili e proporzionati agli effettivi fabbisogni territoriali³⁹.

Tutto questo ha indotto il legislatore, con il varo del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a superare la specialità della normativa, preferendo, in tal guisa, ricondurre le infrastrutture nell'alveo della disciplina ordinaria, salvo quanto previsto (artt. 200-203) in ordine alla loro pianificazione e programmazione.

Si recupera, così, un <<regime normativo “unico”, senza binari normativi accelerati per la realizzazione di particolari opere pubbliche>>, laddove <<anche il fulcro del potere decisionale si sposta significativamente dal CIPE (oggi CIPESS) al Ministero delle Infrastrutture e di trasporti (oggi Ministero delle Infrastrutture e mobilità sostenibili), e soprattutto, all'ANAC>>⁴⁰.

Di qui, la dequotazione della natura strategica e la valorizzazione, invece, del carattere prioritario dell'infrastruttura, onde perseguire – come emerge dall'allegato al Documento di Economia e Finanza presentato nell'aprile del 2016 – le seguenti finalità: “1) la realizzazione di infrastrutture utili, snelle e condivise, attraverso una pianificazione unitaria, la programmazione e il monitoraggio degli interventi, nonché il miglioramento della qualità della progettazione; 2) lo sviluppo urbano sostenibile, attraverso la c.d. <<cura del ferro>>, l'accessibilità alle aree urbane e metropolitane, la qualità e l'efficienza del trasporto pubblico locale, la sostenibilità del trasporto urbano e le tecnologie per

³⁹Cfr. Documento di Economia e Finanze 2016 Allegato “Strategie per le infrastrutture di trasporto e logistica”, in www.dt.mef.gov.it, 43.

⁴⁰A. NAPOLEONE, *Art. 203*, in *Il codice dei Contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50* (a cura di F. GARELLA – M. MARIANI), Torino, 2016, 454. V. anche M. TARICIOTTI, *Art. 200*, cit., 2791. Sulle criticità operative del CIPE, cfr. S. SCREPANTI, *L'intervento pubblico per il sostegno, la promozione e il rilancio degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche*, in *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia* (a cura di F. BASSANINI - G. NAPOLITANO - L. TORCHIA), Bologna, 2021, 36, per la quale: “Il concreto funzionamento del Comitato interministeriale per la programmazione economica (Cipe) si è spesso tradotto, peraltro, in un fattore di rallentamento e di incertezza rispetto all'avvio e al finanziamento delle opere e, dunque, un ostacolo per gli operatori coinvolti a vario titolo nella realizzazione degli investimenti. Il legislatore, pertanto, è, da ultimo, intervenuto con c.d. decreto Semplificazioni, prevedendo, tra l'altro, la proroga fino al 2022 della possibilità che le varianti da apportare al progetto definitivo già approvato dal Cipe, siano approvate esclusivamente dal soggetto aggiudicatore, ma sembra necessario intervenire con misure strutturali e di più ampio respiro”.

città intelligenti; 3) la valorizzazione del patrimonio esistente, attraverso la programmazione degli interventi di manutenzione, il miglioramento del servizio e della sicurezza, l'efficientamento e il potenziamento tecnologico, l'incentivo allo sviluppo di sistemi intelligenti di trasporto (ITS) e l'efficienza del trasporto aereo; 4) l'integrazione modale e l'intermodalità, attraverso l'accessibilità ai nodi e l'interconnessione alle reti, il riequilibrio della domanda verso mobilità sostenibili, la promozione dell'intermodalità"⁴¹.

Dal vigente Codice dei contratti pubblici emergono, così, non poche novità di ordine soggettivo e oggettivo, rispettivamente concernenti i soggetti titolari della funzione e le relative modalità operative. In particolare, a differenza della previgente normativa, laddove l'ordinamento ascriveva al CIPE il potere di qualificare come strategica l'infrastruttura nonché di subordinarla al consequenziale regime speciale, gli artt. 200 ss. centralizzano, a tal fine, il ruolo del Ministero.

Più segnatamente, le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese sono valutati e, conseguentemente, inseriti negli appositi strumenti di pianificazione e programmazione dal Ministero⁴².

In sede di prima individuazione delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari, il Ministro, in particolare, effettua una ricognizione di tutti gli interventi già compresi negli strumenti di pianificazione e programmazione, comunque denominati, vigenti alla data di entrata in vigore del predetto codice. All'esito di tale ricognizione, il Ministro propone l'elenco degli interventi da inserire nel primo documento pluriennale di pianificazione, il cui contenuto tiene conto di quanto indicato dall'articolo 201, comma 3, che sostituisce tutti i predetti strumenti.

La ricognizione deve, in ogni caso, comprendere gli interventi per i quali vi sono obbligazioni giuridiche vincolanti, le quali coincidono tanto con quelle relative agli interventi in relazione ai quali sia già intervenuta l'approvazione del

⁴¹Cfr. M. TARICIOTTI, *op. ult. cit.*, 2791-2792.

⁴²Art. 200, co. 1, d.lgs. n. 50/2016.

contratto all'esito della procedura di affidamento della realizzazione dell'opera, quanto con quelle oggetto di accordi internazionali sottoscritti dall'Italia⁴³.

Al riguardo, il Codice contempla due strumenti di pianificazione e programmazione per le infrastrutture e gli insediamenti prioritari: il Piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL) ed il Documento pluriennale di pianificazione (DPP)⁴⁴.

Ebbene, il PGTL, reca le linee strategiche delle politiche della mobilità delle persone e delle merci nonché dello sviluppo infrastrutturale del Paese ed è adottato ogni tre anni, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del CIPE (oggi CIPESS), acquisito il parere della Conferenza unificata e sentite le Commissioni parlamentari competenti⁴⁵.

Il DPP, invece, di competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, oltre a quanto stabilito dal comma 2 dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 228 del 2011, contiene l'elenco delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese, inclusi gli interventi relativi al settore dei trasporti e della logistica, la cui progettazione di fattibilità è valutata meritevole di finanziamento, da realizzarsi in coerenza con il PGTL. Il DPP tiene conto dei piani operativi per ciascuna area tematica nazionale definiti dalla Cabina di regia di cui all'articolo 1, comma 703, lettera c), della legge 23 dicembre 2014, n. 190⁴⁶.

Il DPP è redatto ai sensi dell'articolo 10, comma 8, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 ed è approvato secondo le procedure e nel rispetto della tempistica di cui all'articolo 2, commi 5 e 6, del decreto legislativo n. 228 del 2011, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 e le Commissioni parlamentari competenti⁴⁷.

⁴³Art. 200, co. 3, d.lgs. n. 50/2016.

⁴⁴Cfr. art. 201, co. 1, d.lgs. n. 50/2016.

⁴⁵Art. 201, co. 2, d.lgs. n. 50/2016.

⁴⁶Art. 201, co. 3, d.lgs. n. 50/2016.

⁴⁷Art. 201, co. 4, d.lgs. n. 50/2016. Tuttavia, permangono non poche aporie, in quanto “(s)e i soggetti coinvolti nell’approvazione del PGTL sono chiaramente identificati, non altrettanto

Il Codice, inoltre, ascrive un potere di iniziativa⁴⁸ alle Regioni, alle Province autonome, alle Città Metropolitane e agli altri enti competenti⁴⁹, i quali, infatti, possono trasmettere al Ministero proposte di infrastrutture e insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese ai fini dell'inserimento nel DPP, dando priorità al completamento delle opere incompiute, comprendenti il progetto di fattibilità, redatto secondo quanto previsto dal decreto di cui all'articolo 23, comma 3 e corredate dalla documentazione indicata dalle linee guida di cui all'articolo 8 del decreto legislativo n. 228 del 2011⁵⁰. Al riguardo, il Ministero, verifica la fondatezza della valutazione *ex ante* dell'intervento effettuata dal soggetto proponente, la coerenza complessiva dell'intervento proposto nonché la sua funzionalità anche rispetto al raggiungimento degli obiettivi indicati nel PGTL e, qualora lo ritenga prioritario, può procedere al suo inserimento nel DPP⁵¹.

può dirsi per l'esatta sequenza dell'iter procedimentale nell'ambito del quale sono chiamati ad intervenire. Non è cioè chiaro se la deliberazione del CIPE debba avere ad oggetto la proposta del Ministero e quali siano i momenti nell'ambito dei quali vanno acquisiti gli ulteriori pareri. Oltre alla sequenza procedimentale non è neppure chiaro cosa essi siano chiamati esattamente a valutare. In altri termini, non sono affatto univoci i limiti ai poteri che il CIPE, la conferenza unificata e la Commissioni parlamentari sono chiamati ad esercitare" (M. TARICIOTTI, *Art. 201*, cit., 2822).

48Cfr. L. MINGANTI, *op. ult. cit.*, 1407.

49Si osserva che "nella locuzione <<altri enti competenti>> (...) possano rientrare diverse altre amministrazioni pubbliche fra le quali, anche rammentando le tipologie di oo.pp. inserite in passato nel Programma CIPE delle infrastrutture strategiche: Consorzi di bonifica, Autorità di bacino, Autorità di sistema portuale, ed altre" (L. MINGANTI, *op. ult. cit.*, 1407).

50 L'art. 201, co. 5, del d.lgs. n. 50/2016, in tal modo determina che dette proposte "non riguardano solamente gli interventi relativi al settore dei trasporti e della logistica, come previsto originariamente, ma riguardano in generale le infrastrutture e gli insediamenti prioritari, purché meritevoli di finanziamento" (L. MINGANTI, *op. ult. cit.*, 1407-1408). Al riguardo, cfr. P.L. PORTALURI, *Infrastrutture e insediamenti prioritari*, in *La nuova disciplina degli appalti pubblici* (a cura di R. GAROFOLI – G. FERRARI), Roma, 2017, 10061 ss.

51Art. 201, co. 5, d.lgs. n. 50/2016. Più in generale, dal raffronto con la previgente disciplina emerge che quest'ultima contemplava un assetto puntuale di disposizioni funzionali all'approvazione e realizzazione delle opere strategiche, da cui derivava, da una parte, una compiuta disciplina delle prerogative degli enti diversamente coinvolti e, dall'altra, una sufficiente perimetrazione dei poteri decisionali e dei relativi limiti. Nel vigente art. 201 "si rinvencono invece ampie sfere di discrezionalità, valorizzate anche dalle scelte semantiche adottate dall'articolo (...) (201). Quanto appena detto vale con riferimento all'art.201, comma 3, laddove con riferimento all'elenco degli interventi da inserire nel DPP si riferisce alla progettazione di fattibilità <<valutata meritevole di riferimento>>; vale altresì con riferimento al comma 5, nella parte in cui affida al Ministero un'ampia potestà discrezionale nella valutazione delle proposte pervenute dagli enti territoriali; riguarda, in modo ancor più evidente la previsione di cui al comma 10.

Una significativa innovazione ha, inoltre, riguardato le modalità realizzative delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari, laddove la norma, ampliandone il novero, ha previsto, al comma 1 dell'art. 201, che la realizzazione delle opere e delle infrastrutture sia oggetto di: a) concessione di costruzione e gestione; b) affidamento unitario a contraente generale; c) finanza di progetto; d) qualunque altra forma di affidamento prevista dal presente codice compatibile con la tipologia dell'opera da realizzare.

Palese risulta, pertanto, la differenza rispetto alla previgente disciplina, laddove l'art. 173 del d.lgs. n. 163/2006 contemplava, quali modalità realizzative, solo (a) la concessione di costruzione e gestione e (b) l'affidamento unitario a contraente generale, così derogando al previgente art. 53 che, a sua volta, rinveniva dette modalità nell'appalto, nella concessione, nella sponsorizzazione e nella realizzazione in economia, senza tacere la locazione finanziaria di cui all'art. 160 *bis*.

Si supera, così, un assetto previsionale derogatorio in ragione di un sistema, che invece consente l'utilizzo di una qualunque delle forme di affidamento previste dal Codice, purché compatibili con la tipologia dell'opera da realizzare⁵².

Quest'ultimo in particolare definisce in modo assai blando i presupposti per il reinserimento di ogni singolo intervento in ciascun DPP così come affida l'inserimento o l'espunzione di opere dal DPP al di fuori della tempistica specifica di approvazione del DPP medesimo" (M. TARICIOTTI, *Art. 201*, cit., 2825).

52Cfr. M. TARICIOTTI, *Art. 200*, cit., 2791. E' stato osservato che "(g)li strumenti programmatici di cui all'art. 201 del Codice non sono però operativi e, dal 2016 a oggi, la programmazione delle infrastrutture di trasporto e logistica e l'elenco delle opere prioritarie sono ancora contenuti negli allegati ai documenti annuali di economica e finanza. In tali atti di programmazione, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha comunque adottato un nuovo approccio strategico, caratterizzato da una pianificazione di lungo periodo in base a una stima dei fabbisogni infrastrutturali fino al 2030 e da un nuovo metodo per la valutazione ex ante degli investimenti in opere pubbliche e per la selezione delle opere prioritarie. Oltre ad una programmazione pubblica generale, lo Stato ha progressivamente sviluppato strategie infrastrutturali settoriali, in cui ha individuato specifici obiettivi e priorità di investimento, in linea peraltro con le politiche dell'Unione europea, soprattutto in materia di reti transeuropee. Si tratta, in particolare, di pianificazione o di documenti programmatici pluriennali, tra cui, ad esempio, il <<Piano nazionale aeroporti>>, il <<Piano nazionale per i porti e la logistica>>, la <<Strategia energetica nazionale> e la <<Strategia nazionale per la banda ultra-larga>>, a cui va aggiunto il <<Programma nazionale integrato energia (PNIEC) e il <<Piano 2020 per un'Italia ad alta velocità>> previsto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per il rilancio del paese in

Per quanto concerne, infine, il finanziamento di siffatti interventi, allo scopo di migliorare la capacità di programmazione e riprogrammazione della spesa per la realizzazione delle infrastrutture di preminente interesse nazionale, sono istituiti, nello stato di previsione del suddetto Ministero: a) il Fondo per la progettazione di fattibilità delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese nonché per la *project review* delle infrastrutture già finanziate; b) il Fondo da ripartire per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese⁵³.

L'individuazione delle risorse assegnate ai suddetti fondi è definita con uno o più decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (oggi Ministro delle Infrastrutture e mobilità sostenibili) di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere del CIPE (oggi CIPESS)⁵⁴. E senza tacere la promozione degli investimenti privati realizzata attraverso il ricorso alla finanza di progetto ed alle società a partecipazione pubblica, laddove un ruolo prioritario è svolto da Cassa depositi e prestiti (CDP), una società per azioni,

concomitanza con l'emergenza sanitaria da Covid-19. In definitiva, la programmazione pubblica si è evoluta secondo una prospettiva di individuazione strategica, stabile e di lungo periodo delle priorità di investimento. Una completa attuazione degli strumenti programmatici pluriennali e una maggiore integrazione tra le priorità infrastrutturali e le diverse fonti di finanziamento potrebbero accrescere l'interesse dei privati verso i progetti infrastrutturali necessari per lo sviluppo del paese" (così S. SCREPANTI, *Le politiche infrastrutturali*, cit. 39).

53 Art. 202, co. 1, d.lgs. n. 50/2016. E' necessario, altresì, osservare che il fondo di cui alla suddetta lett. a) "è naturalmente finalizzato a sostenere le spese delle progettazione delle infrastrutture in parola, e sarà quindi di entità più contenuta e di più agile gestione del fondo (...) (di cui alla suddetta lett. b)) come si può evidenziare dal fatto che mentre per il primo l'assegnazione di risorse è effettuato con semplice d. del M.I.T., per il secondo il d. sempre del M.I.T., deve essere assunto di concerto con il M.E.F. Sempre con d. M.I.T. sono stabiliti i criteri per l'ammissione a finanziamento del fondo (...) (di cui alla suddetta lett. a)). L'istituzione di un fondo unico per la progettazione di fattibilità e di uno per la progettazione di fattibilità e di uno per la realizzazione delle opere ha, fra gli altri, lo scopo di contrastare la segmentazione delle fonti di finanziamento delle oo.pp." (L. MINGANTI, *op. ult. cit.*, 1408).

54 Art. 202, co. 3, d.lgs. n. 50/2016. Giova, altresì, aggiungere che l'art. 42, co. 2, d.l. n. 76/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 120/2020, ha inserito, nell'art. 202 del d.lgs. n. 50/2016, il comma 8 *bis*, secondo cui: "Per i finanziamenti approvati dal Comitato interministeriale per la programmazione economica senza contestuale approvazione dei progetti, con particolare riferimento a quelli approvati ai sensi dell'articolo 5 della legge 26 febbraio 1992, n. 211, l'utilizzo di eventuali ribassi di gara o risorse liberatesi in corso d'opera è autorizzato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti previa richiesta e istruttoria presentate dal soggetto attuatore, e contestuale individuazione degli interventi da finanziare nell'ambito della medesima opera in cui i ribassi e le risorse si sono determinate. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti rende informativa al CIPE in merito a tali autorizzazioni".

questa, controllata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e partecipata da molteplici fondazioni di origine bancaria. Tutto questo riflette l'agire di uno Stato non più solo imprenditore, regolatore e finanziatore (o investitore), quanto altresì promotore, tale perché volto a promuovere gli investimenti dei privati, vieppiù a seguito delle note crisi finanziarie, che hanno legittimato un intervento pubblico teso ad orientare i capitali privati su progetti e investimenti d'interesse pubblico di lungo termine⁵⁵.

Si può, pertanto, ritenere che mentre nella previgente disciplina le infrastrutture strategiche risultavano tali giacché soggette ad un novero di norme che ascrivevano alle stesse il tratto della specialità in ordine a differenti profili (si considerino i soggetti coinvolti e le relative procedure previste), nella vigente normativa, invece, la priorità delle infrastrutture è data, oltre che dalla previsione delle stesse negli atti di pianificazione e di programmazione, altresì, proprio dal sistema di finanziamento, quindi, dalle fonti all'uopo previste⁵⁶.

4. La programmazione degli investimenti infrastrutturali: le opere prioritarie, le risorse disponibili e i costi pre pandemici

55 Così S. SCREPANTI, *Le politiche infrastrutturali*, cit., 49, per la quale, più in generale: "Le partecipazioni pubbliche rappresentano, dunque, uno strumento multifunzionale per indirizzare e sostenere gli strumenti d'interesse pubblico nel settore delle infrastrutture e delle opere pubbliche" (Id., *op. ult. cit.*, 47-48). Sullo Stato promotore, cfr. A. TONETTO, *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2016, 573 ss. Più in generale, sul ruolo economico dello Stato, cfr. J. STIGLITZ, *The Economic Role of the State*, Oxford, 1989, *passim*. Sulla regolazione condizionale delle Autorità indipendenti, cfr. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti* (a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI), Bologna, 1996, 55 ss.

56 Cfr. M. TARICIOTTI, *Art. 202*, cit., 2828. Per completezza, va inoltre osservato che con l'art. 203 del d.lgs. n. 50/2016, si è inteso dotare la fattispecie in esame di un sistema di monitoraggio, in specie, prevedendo che "1. Con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sono individuate le procedure per il monitoraggio delle infrastrutture ed insediamenti prioritari per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa per le quali è istituito presso il Ministero dell'interno un apposito Comitato di coordinamento. Nelle more dell'adozione del decreto di cui al primo periodo continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto del Ministero dell'interno 14 marzo 2003, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 5 marzo 2004, n. 54 e successive modifiche, anche alle opere soggette a tale monitoraggio alla data di entrata in vigore del presente codice. 2. Si applicano, altresì, le modalità e le procedure di monitoraggio finanziario di cui all'articolo 36 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114".

E' stata avviata, dal 2015, una fase di revisione dell'attività di programmazione delle infrastrutture attraverso una selezione di priorità, a loro volta, individuate negli allegati al Documento di Economia e Finanza (DEF).

Onde palesare la rilevanza assunta dalla suddetta funzione di individuazione, è, quindi, utile rievocare la diacronia di siffatta attività, dapprima osservando che – come emerge dal Rapporto 2020 *“Infrastrutture strategiche e prioritarie. Programmazione e realizzazione”* del Servizio Studi della Camera dei Deputati (in collaborazione con l'ANAC) - con l'allegato al DEF 2015, sono state individuate venticinque opere prioritarie, tra le quali annoverare: il collegamento ferroviario Torino-Lione; le tratte AV/AC Milano-Verona; Napoli-Bari e Palermo-Catania-Messina; le pedemontane lombarda e veneta; il quadrilatero Marche-Umbria, l'autostrada Salerno-Reggio Calabria; la SS 106 Jonica; gli itinerari stradali Agrigento-Caltanissetta e Sassari-Olbia; le metropolitane M4 di Milano, SFM di Bologna, il Sistema Tranviario Fiorentino; la Linea C di Roma; le Linee 1 e 6 di Napoli; la Circumetnea e il nodo ferroviario di Palermo, il Mo.S.E.

Ebbene, con l'allegato al DEF 2017 sono stati individuati interventi prioritari invariati, inclusivi di interventi in corso, ivi rinvenendosi tanto interventi già rientranti precedentemente nella programmazione delle infrastrutture strategiche, quanto nuovi interventi prioritari per lo più contenuti nei contratti di programma ANAS-RFI e nel Piano Operativo Infrastrutture.

Con l'allegato al DEF 2018 sono stati oltremodo definiti programmi e interventi prioritari, così suddividendoli:

<< - programmi/interventi “invarianti”, cioè in corso, approvati e finanziati e con obbligazioni giuridicamente vincolanti (o.g.v.). Per ogni singolo programma/intervento sono indicati i costi, le risorse disponibili e il fabbisogno residuo;

- programmi/interventi in *project review*, ossia con o.g.v., non sottoscritte, ma reputati utili e pertanto sottoposti a una revisione progettuale finalizzata a

verificare i costi, ovvero diverse opzioni per la realizzazione. Per ogni singolo programma/intervento sono indicate motivazioni e obiettivi della *project review*;

- programmi/interventi da sottoporre a progetto di fattibilità, per i quali la progettazione non è stata considerata matura e per i quali si è ritenuto pertanto necessario ripartire dalla progettazione di fattibilità e da una valutazione dei costi e dei benefici *ex ante*, coerentemente con le linee guida per la valutazione degli investimenti in opere pubbliche nei settori di competenza del Ministero (...) che sono state approvate dal Comitato interministeriale (...) il 1° dicembre 2016. Per ogni singolo programma/intervento sono indicati gli obiettivi del progetto di fattibilità>>⁵⁷.

Dall'allegato al DEF 2019 - che reca i programmi prioritari e gli interventi sulle direttrici, con l'indicazione della loro valorizzazione economica, dei relativi finanziamenti a disposizione e dei fabbisogni residui – emerge, invece, un incremento del costo delle opere programmate, a causa <<dell'intensificazione degli investimenti “nei programmi diffusi” per le strade, le autostrade e le ferrovie>>⁵⁸.

Si assiste, così, ad un incremento della spesa per investimenti pubblici, quale esito di una progressiva azione che può così compendiarsi: nel 2015 inizia il processo di selezione delle opere prioritarie; nel 2016 entra in vigore il d.lgs. n. 50/2016 che reca il Codice dei contratti pubblici; nel 2017 la legge di bilancio istituisce il fondo per il finanziamento degli investimenti e lo sviluppo infrastrutturale del Paese; con le leggi di bilancio 2017-2020 si attivano ingenti risorse; nel 2019, entra in vigore il d.l. n. 32/2019 conv. in l. n. 55/2019, che reca “Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”.

⁵⁷Camera dei Deputati-Servizio Studi, *Infrastrutture strategiche e prioritarie. Programmazione e realizzazione. Rapporto 2020*, n. 97 febbraio 2020, in www.camera.it, 22.

⁵⁸ *Ibidem*.

Di qui, il dover constatare che “nel 2016 si registra l’accelerazione della crescita delle progettazioni; nel 2017 ripartono i bandi per la realizzazione delle opere; nel 2018 crescono le aggiudicazioni e nel 2019 riprendono a crescere gli investimenti”⁵⁹.

Sul fronte dei costi, dal suddetto Rapporto emerge che gli stessi ammontano a 273 miliardi di euro, l’80% dei quali riguarda le opere prioritarie, ove distinguere le infrastrutture già programmate prima del 2017 (120 miliardi) e nuovi programmi prioritari (99 miliardi). Mentre tra le infrastrutture programmate prima del 2017 si rinvenivano le suddette 25 opere prioritarie (90,7 miliardi), le nuove priorità riguardano prevalentemente i “programmi diffusi” per la manutenzione del patrimonio infrastrutturale esistente in ambito ferroviario (circa 50 miliardi per interventi che riguardano la sicurezza, l’ambiente, l’adeguamento agli obblighi di legge, le tecnologie per circolazione e l’efficientamento) e stradale (circa 23 miliardi per la valorizzazione del patrimonio stradale esistente e per il ripristino e la messa in sicurezza delle infrastrutture a rischio sismico)⁶⁰.

Per quanto, invece, concerne le risorse disponibili, nel complesso, esse ammontano a 199 miliardi, pari al 73% del costo previsto, laddove il contributo pubblico rappresenta il 78% e quello privato il 22%.

⁵⁹ Camera dei Deputati-Servizio Studi, *Infrastrutture strategiche e prioritarie. Programmazione e realizzazione. Rapporto 2020*, cit., 12.

⁶⁰ Camera dei Deputati-Servizio Studi, *Infrastrutture strategiche e prioritarie. Programmazione e realizzazione. Rapporto 2020*, cit., 12-13.

Le infrastrutture prioritarie ricomprendono, così, opere ferroviarie⁶¹, stradali, metropolitane⁶², porti, interporti, aeroporti, ciclovie e il Mo.S.E., laddove il “48% del costo di tali interventi (...) riguarda le ferrovie; il 34% strade e autostrade (...); il 13% i sistemi urbani (...) e in particolare i sistemi di trasporto rapido di massa nelle regioni Piemonte, Lombardia, Toscana, Lazio, Campania e Sicilia (...); il 2% gli aeroporti (...); l'1% porti e interporti (...); il 3% il Mo.S.E. (...) e lo 0,2% le ciclovie”⁶³.

61 E' stato osservato – a fronte di quanto palesato dall'Osservatorio Cresme – che nell'anno 2020 “i bandi di gara hanno tenuto – nonostante la pandemia – con una crescita dell'importo totale messo a gara del 9,9%, 43,3 miliardi contro i 39,4 del 2019 (...) il settore ferroviario ha (...) mandato in gara un importo poco meno di tre volte superiore a quello del 2019, passando da 4,8 a 13,8 miliardi. Le ferrovie rappresentano ora il 31,8% del mercato degli appalti mentre nel 2019 rappresentava il 12,2%. Se si aggiungono gli appalti Anas – che ha pubblicato bandi di gara per 5,7 miliardi in crescita del 32% – il gruppo Fs rappresenta oltre il 45% del mercato (...) se al mercato complessivo togliamo gli appalti ferroviari, il mercato anziché crescere del 9,9% scende del 14,6%. (...) Rete ferroviaria italiana ha aperto 19 cantieri nel 2020 e ha in programma di aprirne 22 nel corso del 2021 per un valore complessivo delle opere che partono da 9,8 miliardi. Fra i primi ci sono il potenziamento della Gallarate-Laveno, la Brescia-Verona ad alta velocità, il nodo di Genova e il completamento delle gallerie del Terzo valico, la galleria Castello sull'Adriatica, la tratta Apice Hirpinia sulla Napoli -Bari (...) il 2° lotto costruttivo della Verona-Vicenza, il ponte Gardena sulla Fortezza-Verona, la velocizzazione dell'elettrificazione della Mestre-Ronchi Sud, il collegamento ferroviario per l'aeroporto di Genova, l'adeguamento della Prato-Bologna (tratto Vernio-Prato), il collegamento del porto di Livorno con l'interporto di Guasticce, il raddoppio della Spoleto-Campello sulla Orte-Falconara, mentre nel Sud spiccano tre tratte della Napoli-Bari, due tratte della Potenza-Foggia (elettrofiche), l'upgrade tecnologico della Sibari-Catanzaro-Lamezia Terme, il raddoppio della Giampilieri-Fiumefreddo sulla Messina-Catania” (G. SANTILLI, *Appalti: nel 2020 tira solo FS, al via 46 cantieri nel 2021*, in *Il Sole 24 Ore*, 19.1.2021, 2).

62 E' stato, altresì, precisato che, per quanto concerne l'attività di Anas, si registra “una riduzione dei bandi di gara del 33% (...) l'Anas registra 19 opere cantierate nel 2020 (...), 9 opere da cantierare nel 2021 (...) e 15 opere da appaltare (...)” (G. SANTILLI, *op. ult. cit.*, 2). Per quanto, invece, concerne “le 16 opere di trasporto rapido di massa (metropolitane in blu, tranvie e filovie (...)) per cui è prevista l'apertura di cantieri nel 2021 (...) (fra le opere principali la tratta Venezia-Colosseo della metro C di Roma, la M2 e la Milano-Lambrate nel capoluogo lombardo, la tranvia Leopolda-Piagge a Firenze, i cantieri archeologici Dante-Garibaldi a Napoli, il sistema ferroviario metropolitano a Reggio Calabria, la Circumetnea a Catania” (*Ibidem*).

63 Camera dei Deputati-Servizio Studi, *Infrastrutture strategiche e prioritarie. Programmazione e realizzazione. Rapporto 2020*, cit., 15. Per quanto, invece, concerne lo stato di avanzamento per lotti relativi alle infrastrutture prioritarie, dal predetto Rapporto “emerge che: - il 50% dei costi, pari a circa 109 miliardi, riguarda opere in fase di progettazione. In questo ambito, le ferrovie rappresentano il sistema infrastrutturale di maggiore costo, con circa il 69,682 miliardi, il 64% del costo delle priorità individuate con i DEF 2015, 2017 e 2019 in fase di progettazione, dei quali circa 51 miliardi riferiti a nuove priorità individuate con il DEF 2017.; - il 21% del costo dei lotti prioritari riguarda lavori in corso. Si tratta di 149 lotti del valore di circa 45,798 miliardi. In questo ambito, sono le 25 opere prioritarie del DEF 2015 che espongono i maggiori costi, con circa 32,580 miliardi, il 71% degli interventi prioritari con lavori in corso; - i lotti ultimati rappresentano l'11% del costo delle priorità individuate con i DEF 2015, 2017 e 2019. Si tratta di 129

5. Lo sviluppo infrastrutturale e il divario tra Nord e Sud

Una compiuta analisi dello sviluppo infrastrutturale programmato e realizzato in Italia non può prescindere da un raffronto che compari le varie realtà territoriali e, in particolare, il Nord e il Sud del Paese, onde appurare se permangano le ragioni di quello storico divario, che ha generato la nota questione meridionale⁶⁴.

Del resto “(q)ualsiasi proposta di intervento deve necessariamente partire da un’analisi della realtà infrastrutturale del Mezzogiorno e del Paese”⁶⁵, se si intende realmente favorire un processo di eguaglianza sostanziale, che trova nei “diritti di mobilità”⁶⁶ dei cittadini e delle imprese eloquente riflesso⁶⁷.

Ebbene, se nel 1990 la dotazione autostradale italiana consisteva in circa 6.200 km, di cui 2000 km nel Sud (33%) e circa 4200 km nel Centro-Nord, nel

lotti del valore di circa 24,143 miliardi. Anche in questo ambito, sono le 25 opere prioritarie del DEF 2015 che espongono i maggiori costi, con circa 22,200 miliardi, il 92% degli interventi prioritari ultimati; - il 5,5% dei programmi e degli interventi prioritari riguarda lotti in gara o aggiudicati, e segnatamente 22 lotti del valore di circa 11,623 miliardi. I sistemi infrastrutturali con il maggiore costo sono le ferrovie e le strade e autostrade, con circa 10,508 miliardi, il 90% degli interventi prioritari con lotti in gara o aggiudicati; - il 4,5% risulta con contratto, ma i lavori non sono ancora iniziati e il restante 8% riguarda lotti con contratto rescisso o con uno stato di avanzamento misto” (Id., *op. ult. cit.*, 14).

64 In argomento cfr. S. CASSESE (*Le questioni meridionali*, in *Lezioni sul meridionalismo* (a cura di S. CASSESE), Bologna, 2016, 9-10), il quale, in ordine al divario tra il Nord ed il Sud osserva, altresì, che “gli studi storici hanno dimostrato che esso era inizialmente meno forte, che è aumentato dopo l’Unità, per poi diminuire, allargarsi nuovamente, ridursi ancora nel secondo dopoguerra, salvo aumentare negli anni più recenti. Si è, quindi, in presenza di una sola <<questione meridionale>>, oppure questa ha avuto declinazioni diverse? Infine, il divario come va misurato, comparando il Sud al Nord, oppure comparando il Sud di oggi al Sud di ieri?”. Sullo sviluppo delle infrastrutture nell’Italia meridionale, cfr., S. CASSESE, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina vigente dell’intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2018, 579 ss.

65 G. MELE, *Infrastrutture di trasporto, accessibilità e mobilità*, in *Una questione nazionale. Il Mezzogiorno da <<problema>> a <<opportunità>>*, in *Una questione nazionale. Il Mezzogiorno da <<problema>> a <<opportunità>>* (a cura di G. COCO e C. DE VINCENTI), Bologna, 2020, 329.

66 *Ibidem*.

67 Sul piano storico, secondo A. BARONE (*Il tempo della perequazione: il Mezzogiorno nel PNRR*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2021, 10) “tra l’inizio degli anni ’50 e la metà degli anni ’70 dello scorso secolo si è realizzato l’unico caso della storia d’Italia in cui, come è riconosciuto anche nel PNRR, il divario Nord-Sud si è effettivamente ridotto. Si trattò di interventi molto importanti legati a scelte politiche non contingenti, (quanto meno) di medio periodo. Peraltro, la fine dell’intervento straordinario nel Mezzogiorno non può cancellare i risultati in termini di modernizzazione che, pur a fronte di importanti criticità, furono raggiunti”. Cfr., al riguardo, altresì, G. BARONE, *Mezzogiorno e modernizzazione*, Torino, 1986, *passim*.

2015, la dotazione autostradale, nel complesso, è invece aumentata, ammontando ad oltre 6900 km, laddove dei 750 km di rete incrementali solo 107 km sono stati realizzati nel Mezzogiorno e 643 km nel Centro-Nord⁶⁸.

Se, invece, consideriamo le reti stradali, emerge un dato differente, che sembrerebbe palesare una condizione di sviluppo inversa, a fronte di un indice sintetico che reca, per il Mezzogiorno, un valore (130,7) nettamente superiore rispetto a quello relativo al Centro-Nord (83,8) e alla media nazionale (100,0). Trattasi, tuttavia, di “un vantaggio apparente, dovuto a una rete stradale del Mezzogiorno decisamente più fitta di strade statali, provinciali e comunali – cioè infrastrutture con livelli di servizio più limitati e meno costose da realizzare – per compensare la più modesta dotazione di autostrade”⁶⁹.

Per quanto, invece, concerne le linee ferroviarie, nel 1990, la rete ferroviaria ordinaria nazionale ammontava a circa 16.400 km, di cui circa il 65% nel Centro-Nord e il 35% nel Sud d'Italia⁷⁰. Preferendosi implementare la rete elettrificata⁷¹, nel 2015 è stato rilevato che la rete ferroviaria ordinaria nazionale ri-

68Cfr. G. MELE, *op. ult. cit.*, 330. Osserva S. SCREPANTI (*L'intervento pubblico per il sostegno, la promozione e il rilancio degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche*, cit., 26) che “(a) partire dal 2001, la crescita della produttività italiana è diventata negativa e la più bassa dei paesi dell'area euro: le risorse pubbliche disponibili per coprire il fabbisogno d'investimento infrastrutturale si sono ridotte e si è accentuato il divario tra il Nord e il Sud con conseguente necessità di uno specifico intervento pubblico a supporto del Mezzogiorno. Tale dinamica si è, peraltro, aggravata a causa della crisi economico-finanziaria del 2008, che dal 2013 è mutata nella crisi dell'economia reale e delle finanze pubbliche in Europa. Gli Stati membri, compresa l'Italia, hanno effettuato una serie di interventi pubblici di salvataggio e di sostegno all'economia, che però hanno contribuito a deteriorare la finanza pubblica, provocando, tra l'altro, il blocco realizzativo e una riduzione degli investimenti in infrastrutture, opere pubbliche e servizi a rete, acuendo il divario tra il Mezzogiorno e il resto del paese”.

69Cfr. G. MELE, *op. ult. cit.*, 336.

70 Per un'analisi della diacronia normativa, cfr. L.R. PERFETTI, *Il trasporto ferroviario nell'evoluzione della disciplina comunitaria e nazionale*, in *Il trasporto ferroviario. La convergenza europea nel settore pubblico* (a cura di U. ARRIGO e M. BECCARELLO), Milano, 2000, 43 ss.

71 Infatti nel 2015 detta rete “è aumentata rispetto al 1990 complessivamente del 15,7% (...), ma con un incremento dell'8,5% nel Centro-Nord e del 37% nel Mezzogiorno. Tuttavia, nonostante l'incremento registrato in tale area, tutte le Regioni meridionali hanno un'incidenza di elettrificazione inferiore a quella media nazionale, insieme a tre Regioni del Centro-Nord (Veneto, Marche e Toscana). Rispetto all'Ue-15, l'indice rilevato a livello nazionale è sceso sotto quello medio europeo, mentre quello del Centro-Nord (100,9) si è ridotto avvicinandosi a quello medio del Mezzogiorno (83,0), che è cresciuto rispetto a venticinque anni prima” (G. MELE, *op. ult. cit.*, 332).

sultava complessivamente immutata, con un aumento invero contenuto (ossia + 1,8%), registrato nel Centro-Nord⁷².

Nel quadro dell'evoluzione infrastrutturale, al riguardo, una significativa rilevanza assume la tecnologia dell'Alta velocità, la quale, se nel 1990 collegava solo Roma e Firenze (per 238 km), nel 2015, detta rete raggiunge i 1583 km, di cui l'88,6% nel Centro-Nord e solo l'11,4% nel Mezzogiorno⁷³. E' stato, altresì, introdotto lo standard della c.d. alta velocità di rete, ossia linee che dovrebbe interessare soprattutto il Mezzogiorno, postulando elevate velocità (tra 200 e 250 km)⁷⁴, al fine di favorire uno sviluppo della mobilità, nel segno di una effettiva unità nazionale.

Più in generale, si può ritenere che tale divario, a tutt'oggi, permanga, se si considera, ad esempio in ordine ai costi infrastrutturali, quanto emerge dal citato Rapporto 2020 relativo alla programmazione e realizzazione delle "Infrastrutture strategiche e prioritarie". Risulta, infatti, che, mentre il "44% del costo delle infrastrutture prioritarie, pari a circa 96 miliardi di euro, è localizzato nelle regioni del centro-nord (dove si concentra il 66% della popolazione), il 24,5% del costo (circa 54 miliardi) è invece riconducibile a interventi nelle regioni del sud e nelle isole (in cui risiede il 34% della popolazione)"⁷⁵.

E non meno significativo è il divario che riguarda lo stato di attuazione infrastrutturale, posto che il "54% dei lotti prioritari localizzati nelle regioni del

72G. MELE, *op. ult. cit.*, 331.

73G. MELE, *op. ult. cit.*, 332. In ordine all'"Alta velocità ferroviaria e manutenzione stradale 4.0", il *Recovery plan* approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 gennaio 2021, onde attuare la *Nexy Generation EU* (NGEU), ha previsto il perseguimento dei seguenti obiettivi: decarbonizzazione e riduzione delle emissioni inquinanti attraverso il potenziamento del trasporto passeggeri e merci su ferrovia (passaggio da gomma a ferro); connettività e sviluppo della coesione territoriale / riduzione dei tempi di percorrenza; digitalizzazione dei sistemi di controllo e conseguente messa in sicurezza delle infrastrutture stradali (ponti, viadotti, gallerie); sviluppo della competitività dei traffici e sostegno alla competitività del sistema produttivo del Mezzogiorno.

74 Si tratterebbe delle nuove linee, in fase di realizzazione, Napoli-Bari e Palermo-Catania-Messina, tuttavia aventi uno "standard tecnologico e di servizio, comunque inferiore a quello più elevato delle linee finora realizzate (a parte la storica <<direttissima>> Roma-Firenze) della Roma-Napoli e della Firenze-Bologna-Milano-Torino e, forse, anche di quelle in corso di realizzazione o programmate sul Centro-Nord (Milano-Genova, Milano-Venezia e Bologna-Verona) (...)" (G. MELE, *op. ult. cit.*, 333).

75Camera dei Deputati-Servizio Studi, *Infrastrutture strategiche e prioritarie. Programmazione e realizzazione. Rapporto 2020*, cit., 15-16.

centro-nord, circa 51,5 miliardi, riguarda lavori ultimati (circa 13 miliardi) in corso di realizzazione (circa 29 miliardi) o con contratto sottoscritto (poco più di 9 miliardi). Nel sud e nelle isole tale percentuale è del 47%, circa 25,4 miliardi ((...) (pressoché) 11 miliardi i lotti ultimati, 14 miliardi i lotti in corso e circa 500 milioni i lotti con contratto)⁷⁶.

Tale divario, se si può ritenere decisamente attenuato per quanto concerne la rete a banda ultralarga e, in specie, il Piano banda ultralarga (Piano Bul) nelle aree bianche (a fallimento di mercato)⁷⁷, decisamente rilevante, invece, è il divario infrastrutturale tra Nord e Mezzogiorno in relazione al servizio idrico

⁷⁶Camera dei Deputati-Servizio Studi, *Infrastrutture strategiche e prioritarie. Programmazione e realizzazione. Rapporto 2020*, cit., 16. Per quanto, invece, concerne i nodi infrastrutturali complessi, si rileva che “nei porti, pur disponendo di un numero di accosti e delle relative lunghezze nettamente superiori al Centro-Nord, il Mezzogiorno presenta un indice sintetico molto basso (58,9), dovuto alla forte carenza di capacità di movimentazione e stoccaggio delle merci; l’indice sintetico degli aeroporti è migliore dei porti (69,4), ma non di molto, anche in questo caso per profili qualitativi di offerta particolarmente carenti (distanza dai centri urbani aree di parcheggio aeromobili e superfici delle piste); ancora più limitata è la dotazione del Mezzogiorno di interporti, mentre i centri intermodali ferroviari di Rete ferroviaria italiana (Rfi) risultano praticamente inesistenti. (...) La sintesi degli indici di dotazione di nodi infrastrutturali del Mezzogiorno mostra una carente accessibilità (51,1), prossima alla metà di quella nazionale e notevolmente distante da quella del resto del Paese (139,6)” (G. MELE, *Infrastrutture di trasporto, accessibilità e mobilità*, cit., 336-337).

⁷⁷ E’ stato rilevato che “(g)li stanziamenti di competenza per la banda ultralarga sono stati complessivamente pari a 1660 milioni di euro, dei quali 136,5 (8,23%) destinati alle regioni del Mezzogiorno. I finanziamenti regionali per la banda ultralarga sono stati complessivamente di 1736,5 milioni di euro, dei quali 986 (pari al 56,6%) destinati alle regioni del Mezzogiorno. Quindi su un totale di finanziamenti di 3.396,7 milioni di euro quelli destinati al Mezzogiorno sono 1.122,5, pari al 33,0%. (...) Dall’analisi dei dati di copertura a livello regionale non emergono particolari divari tra regioni del Centro-Nord e del Mezzogiorno, soprattutto per quanto riguarda le infrastrutture con velocità stimata oltre i 30 Mbit/s. Le previsioni indicano il raggiungimento del 99,7% delle abitazioni a 30 Mbit/s e il 53,2% a 100 Mbit/s entro il 2020” (M.R. MAZZOLA, *Infrastrutture per uno sviluppo sostenibile*, in *Una questione nazionale. Il Mezzogiorno da <<problema>> a <<opportunità>>* (a cura di G. COCO e C. DE VINCENTI), cit., 84-85). Al riguardo, il suddetto *Recovery plan*, in ordine alla componente “Digitalizzazione, innovazione e competitività del sistema produttivo”, ha previsto il perseguimento dei seguenti obiettivi: sostenere la transizione digitale e l’innovazione del sistema produttivo attraverso stimoli e investimenti in tecnologie all’avanguardia e 4.0, ricerca, sviluppo e innovazione, *cybersecurity*; realizzare reti ultraveloci in fibra ottica, 5G e satellitari, per la realizzazione, l’ammodernamento e il completamento delle reti ad altissima capacità collegate all’utente finale nel Mezzogiorno e nelle aree bianche e grigie, nonché per garantire la connettività di realtà pubbliche ritenute prioritarie e strategiche, integrando le migliori tecnologie disponibili per offrire servizi avanzati per il comparto produttivo e della sicurezza; favorire lo sviluppo delle filiere produttive, in particolare quelle innovative nonché del *Made in Italy* ed aumentare della competitività delle imprese italiane sui mercati internazionali, utilizzando a tale scopo anche strumenti finanziari innovativi.

integrato e, in particolare, alle perdite idriche che si registrano lungo le reti acquedottistiche.

Dette perdite – pari, quale valore medio nazionale, al 41% dell'acqua immessa in rete – sul fronte territoriale, subiscono una differenziazione tra il Nord-Ovest (29,5%), il Nord-Est (39,3%), il Centro (48,4%), il Sud e le Isole (51%). Dati, questi, che, se valutati insieme a quelli che riguardano il sistema fognario-depurativo, palesano il grave degrado infrastrutturale e gestionale in cui versa una vasta parte del territorio nazionale⁷⁸.

6. La crisi pandemica e la diversità di cittadinanza: il bisogno di infrastrutture per modernizzare la società ed ovviare alle disuguaglianze

La grave crisi economica determinata dalla nota pandemia ha reso ineluttabile un intervento economico dell'Unione europea, al fine non solo di alleviare le disastrose condizioni determinatesi a svantaggio di larghi strati della popolazione, quanto di favorire, altresì, un processo di rilancio infrastrutturale in

⁷⁸ Cfr. M.R. MAZZOLA, *Infrastrutture per uno sviluppo sostenibile*, cit., 72-73. Al riguardo, si osserva che lo “stato delle infrastrutture nel Mezzogiorno è tale da esaltare le conseguenze degli effetti climatici sui territori più fragili, però le gravi carenze non sono ascrivibili alla mancanza di fondi, ma principalmente alla ridotta capacità organizzativa e gestionale. In quest'area il livello medio pro capite degli investimenti totali realizzati dai gestori mostra valori inferiori alla media nazionale (per il Sud 26 euro pro capite all'anno rispetto alla media di 34), pur a fronte di un apporto decisamente più elevato di contributi pubblici (13 euro pro capite all'anno al Sud a fronte di 7 a livello nazionale). (...) Altro aspetto che evidenzia una difficoltà del Mezzogiorno rispetto al resto del Paese riguarda la capacità di realizzare investimenti pianificati (...)” (Id., *op. ult. cit.*, 73). Il citato *Recovery plan*, in ordine alla componente “Tutela del territorio e della risorsa idrica”, ha previsto il perseguimento dei seguenti obiettivi: garantire la sicurezza dell'approvvigionamento idrico a scopo idropotabile, irriguo e industriale e una riduzione della dispersione delle acque attraverso una gestione efficace, efficiente e sostenibile della risorsa idrica; perseguire la salvaguardia, la tutela e il miglioramento della qualità ambientale attraverso una gestione integrata dei bacini idrografici; prevenire e contrastare gli effetti dei cambiamenti climatici sui fenomeni di dissesto idrogeologico e sulla gestione sostenibile dell'agro-ecosistema irriguo e forestale; digitalizzare e innovare i processi connessi alla gestione della risorsa idrica e al rischio alluvioni e alla salvaguardia del territorio anche ai fini dell'economia circolare dell'acqua; attuare un programma di forestazione urbana per contribuire alla cattura della CO₂. Di qui, del pari, la necessità di realizzare le seguenti riforme: semplificazione della normativa relativa al Piano nazionale degli interventi nel settore idrico; rafforzamento della *governance* nell'ambito delle infrastrutture di approvvigionamento idrico e misure per la piena attuazione degli affidamenti nel Servizio Idrico Integrato; rafforzamento dei soggetti attuatori e misure di supporto e accompagnamento per i Commissari di Governo e le Autorità di bacino distrettuale; semplificazione e accelerazione delle procedure connesse ai progetti di dissesto e forestazione e valorizzazione dei residui vegetali ottenuti dagli interventi di gestione forestale; potenziamento della capacità progettuale e gestionale dei Consorzi di bonifica.

grado di modernizzare la società, superando o, quanto meno, attenuando le disuguaglianze⁷⁹.

Del resto, è stato osservato che “(r)ipresa e resilienza presuppongono la coesione economica, sociale e territoriale: non ci può essere ripresa e resilienza senza coesione economica, sociale e territoriale. Lo sviluppo sostenibile, infatti, implica il superamento degli equilibri sociali, culturali e territoriali”⁸⁰.

L'esigenza di un massiccio sostegno pubblico è stata viepiù determinata da un innato ed insopprimibile istinto di libertà non solo “dal bisogno e dall'ignoranza”⁸¹, quanto “dalla paura”⁸², libertà, questa, che riguarda “i temi della dignità della persona e delle collettività, nelle differenti declinazioni dell'accessibilità gratuita a internet, della disponibilità di abitazioni in cui poter restare, di eguali opportunità per i territori interni e marginali, di nuove forme di giustizia ambientale”⁸³.

79 Secondo A. BARONE (*Il tempo della perequazione: il Mezzogiorno nel PNRR*, cit., 10-11) proprio “(l)'emergenza pandemica ha rilanciato gli interventi di coesione attraverso la perequazione nella prospettiva della loro doverosità, della loro non dismissibilità, ricollegandosi direttamente alla garanzia dei diritti fondamentali della persona E' questo inquadramento costituzionale degli interventi di coesione del PNRR che può costituire il ponte verso gli ulteriori interventi perequativi di cui (anzitutto) il nostro Mezzogiorno ha disperato bisogno”. Secondo l'Autore “di fronte alle sempre più insostenibili disuguaglianze territoriali che caratterizzano il nostro Paese deve prendere le mosse da una necessaria premessa: la questione meridionale italiana, al pari della questione della riunificazione tedesca, non riguarda e non può riguardare solo una parte del nostro Paese ed è, anzi, una priorità nazionale ed al contempo una questione di interesse europeo” (Id., *op. ult. cit.*, 7-8).

80 Così A. BARONE, *op. ult. cit.*, 8. V., inoltre, F. FRACCHIA, *La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, *passim*.

81G. DE GIORGI CEZZI, *I diritti fondamentali procedurali e il mondo degli interessi*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. II, Napoli, 2020, 1612.

82G. DE GIORGI CEZZI, *op. ult. cit.*, 1618. Secondo l'Autrice proprio “(l)e emergenze sanitarie, come quelle ambientali, esigono (...) di spostare l'attenzione sia sulle collettività, per comprendere se e in che limiti siano loro riferibili la libertà dalla paura, dal bisogno e dall'ignoranza, sia sulle garanzie procedurali dei diritti fondamentali a chiunque riferibili”. In argomento, cfr. altresì Id., *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per le collettività? in federalismi.it*, 18.3.2020, 207 ss.

83G. DE GIORGI CEZZI, *I diritti fondamentali procedurali e il mondo degli interessi*, cit., 1618. In argomento, cfr. inoltre C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021, 56-66, per il quale: “Il benessere di un individuo dipende dalle opportunità che gli vengono concesse dalla società e dall'effettiva possibilità che ha di trasformarle in risultati positivi. (...) In un sistema sociale molto complesso, quale è quello attuale, la difficoltà dei percorsi inclusivi diventa un fattore di forte discriminazione e di ulteriore disuguaglianza. V., altresì, V. CERULLI IRELLI, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Dem. e dir.*, 2005, 57 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 359 ss.; F. MANGANARO, *Combat-*

E' stato, così, varato il "Piano europeo per la ripresa", che contempla il *Next Generation EU*, ossia un fondo dal valore di 750 miliardi di euro onde sostenere gli Stati membri colpiti dal Covid-19, in parte attraverso sovvenzioni dirette, in parte tramite prestiti concessi a tassi agevolati.

Gli Stati, pertanto, dovranno formulare Piani nazionali, sottoposti al vaglio della Commissione europea ed all'approvazione del Consiglio europeo, attraverso i quali programmare riforme e progettare investimenti per la ripresa in ordine al periodo 2021-2023.

L'Italia ha, così, varato il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), che si articola nelle seguenti sei missioni: digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca nonché inclusione e coesione.

E' stata, altresì, prevista l'allocazione di risorse pari a 191,5 miliardi di euro finanziati attraverso il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza e, per 30,6 miliardi, attraverso il Fondo complementare⁸⁴ a valere sullo scostamento pluriennale di bilancio approvato nel Consiglio dei ministri del 15 aprile 2021. Il totale dei fondi previsti ammonta, quindi, a di 222,1 miliardi. Sono stati stanziati, inoltre, entro il 2032, ulteriori 26 miliardi da destinare alla realizzazione di opere specifiche e per il reintegro delle risorse del Fondo Sviluppo e Coesione. Nel complesso, si disporrà di circa 248 miliardi di euro, cui si aggiungono le risorse rese disponibili dal programma REACT-EU, pari ad ulteriori 13 miliardi di euro⁸⁵.

tere povertà ed esclusione: ruolo e responsabilità delle amministrazioni e delle comunità locali e subnazionali, in *Dir. econ.*, 2003, 273 ss. Sul rapporto tra libertà e progresso, cfr. A. SEN, *Globalizzazione e libertà*, Milano, 2002, 133 ss. Per quanto, invece, concerne il rapporto tra disuguaglianza e povertà, cfr. Id, *La disuguaglianza*, Bologna, 2010, 145 ss.

⁸⁴Il Fondo complementare è stato istituito con il D.L. 6 maggio 2021 n. 59 convertito con modificazioni dalla L. 1 luglio 2021, n. 101.

⁸⁵ Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, in *www.mef.gov.it*.

Lo sviluppo infrastrutturale e il riequilibrio territoriale costituiscono, pertanto, ambiti finalistici prioritari, a riprova della loro ineluttabile centralità nel quadro, più generale, dello sviluppo del Paese e della sua modernizzazione.

Più segnatamente, proprio nell'ambito della Missione 3 ("Infrastrutture per una mobilità sostenibile"), le cui risorse ammontano ad € 25,40 miliardi, gli interventi sulla rete ferroviaria costituiscono la prima componente, con un impiego di risorse pari ad € 24,77 miliardi. In particolare, gli obiettivi comuni a tutti gli investimenti sono: la decarbonizzazione e la riduzione delle emissioni attraverso lo spostamento del traffico passeggeri e merci dalla strada alla ferrovia; la maggiore connettività territoriale e coesione riducendo i tempi di percorrenze; la digitalizzazione delle reti di trasporto e il miglioramento sicurezza di ponti, viadotti e gallerie; la maggiore competitività dei sistemi produttivi del Sud, migliorando i collegamenti ferroviari⁸⁶.

Si intende, quindi, perseguire lo sviluppo dei servizi ferroviari passeggeri e merci a lunga percorrenza (4.640 milioni di euro) nonché potenziare sia i servizi di trasporto su ferro, aumentando il traffico su rotaia, in ragione di una logica intermodale e prevedendo per le merci efficaci connessioni con il sistema dei porti esistenti (8.570 milioni di euro), sia i collegamenti metropolitani o suburbani (2970 milioni di euro), implementando, inoltre, le linee ferroviarie regionali, sostenendone altresì il collegamento e l'integrazione con la rete nazionale ad Alta velocità, in specie, nelle Regioni del Sud (936 milioni di euro).

Si persegue, pertanto, l'obiettivo di potenziare la rete ferroviaria in diverse realtà del Mezzogiorno così da realizzare gli interventi di ultimo miglio ferroviario per la connessione di porti (Taranto e Augusta) ed aeroporti (Salerno, Olbia, Alghero, Trapani e Brindisi), al fine di implementare la competitività e la connettività del sistema logistico intermodale nonché migliorare l'accessibilità

⁸⁶ E' stato osservato da C. FRANCHINI (*La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale diritto europeo e diritto globale*, Napoli, 2020, 178) che proprio "(l)e reti di trasporto, infatti, sono il cardine della catena di approvvigionamento e le basi dell'economia. Per tale ragione, è essenziale disporre di sistemi di trasporto competitivi: solo così diventa possibile garantire la concorrenza, favorire la crescita economica, creare posti di lavoro e migliorare la qualità della vita quotidiana delle persone".

ferroviaria di diverse aree urbane del Mezzogiorno (2.400 milioni di euro). Non meno rilevanti sono gli investimenti per riqualificare le stazioni, la qualità dei servizi forniti agli utenti, i livelli di efficienza energetica e lo sviluppo dell'intermodalità ferro-gomma (700 milioni di euro)⁸⁷.

Nell'ambito della Missione 1 ("Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo"), le cui risorse ammontano ad euro 40,32 miliardi, si rinviene, tra l'altro, l'obiettivo di realizzare connessioni a 1 Gbps in *download* e 200 Mbps in *upload* su tutto il territorio nazionale e, quindi, di assicurare la copertura 5G in tutte le aree popolate entro il 2026 (6.710 milioni di euro). In particolare, si intende quindi: assicurare la connettività a 1 Gbps a circa 8.5 milioni di famiglie, imprese ed enti nelle aree grigie e nere NGA a fallimento di mercato, incluse circa 450.000 unità immobiliari situate nelle aree remote (cosiddette case sparse) non annoverate nei piani di intervento pubblici precedenti (3863,5 milioni di euro); assicurare la connessione in fibra a 1 Gbps ai 9.000 edifici scolastici rimanenti (pari a circa il 20% del totale) (261 milioni di euro); assicurare connettività adeguata (da 1 Gbps fino a 10 Gbps simmetrici) agli oltre 12.000 punti di erogazione del Servizio sanitario nazionale (501,1 milioni di euro); dotare 18 isole minori di un *backhauling* sottomarino in fibra ottica (60,5 milioni di euro); incentivare lo sviluppo e la diffusione dell'infrastruttura 5G nelle aree mobili a fallimento di mercato e lungo approssimativamente 2645 km di corridoi di trasporto europei e 10000 km di strade extra-urbane, così da

87Cfr. Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, *Schede di lettura – nn. 06, n. 219. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in www.aranagenzia.it, 60, per cui: "Nell'ambito della Missione 3 (...) gli investimenti rafforzano le infrastrutture del Mezzogiorno, in particolare l'alta velocità ferroviaria, contribuendo anche a migliorare l'occupazione in tutta la catena logistica. Gli investimenti per l'alta velocità sono affiancati da interventi che mirano ad assicurare una maggiore e migliore offerta di linee ferroviarie regionali e l'adeguamento di quelle urbane. Dal punto di vista territoriale, si auspica che gli investimenti producano un'inversione dei fenomeni di depauperamento demografico e socio-economico dei territori meno collegati, fungendo da fattore di coesione territoriale. Molti interventi riguardano infrastrutture che saranno realizzate a beneficio delle aree e delle città del Sud, anche grazie all'integrazione con le risorse del Fondo per lo sviluppo e la coesione".

favorire lo sviluppo di servizi a supporto della sicurezza stradale, della mobilità, della logistica e del turismo (2.020 milioni di euro)⁸⁸.

Per quanto, invece, concerne l'ambito della Missione 2 ("Rivoluzione verde e transizione ecologica"), le cui risorse ammontano ad euro 59,47 miliardi, tra gli obiettivi perseguiti preme rievocare quello di spostare almeno il 10% del traffico su auto private verso sistemi di trasporto rapido di massa (3600 milioni di euro), con la realizzazione di 240 km di rete attrezzata per le infrastrutture del trasporto rapido di massa: metro (11 km), tram (85 km), filovie (120 km), funivie (15 km).

Non meno rilevante è l'investimento che riguarda le infrastrutture idriche primarie per la sicurezza del relativo approvvigionamento (2 miliardi di euro), in tal guisa, intendendo garantire "la sicurezza dell'approvvigionamento idrico di importanti aree urbane e delle grandi aree irrigue; l'adeguamento e mantenimento della sicurezza delle opere strutturali; una maggiore resilienza delle infrastrutture, anche in un'ottica di adattamento ai cambiamenti climatici"⁸⁹. Detti interventi riguarderanno l'intero territorio nazionale al fine di completare i grandi impianti incompiuti principalmente nel Mezzogiorno e ridurre le perdite

88 Cfr. Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, *op. ult. cit.*, 161 ss., laddove altresì si osserva che: "Nella Missione 1 (...) molti interventi sono specificamente volti ad incidere sulla produttività delle PMI del Mezzogiorno e a migliorare la connettività nelle zone rurali e nelle aree interne, in linea con le raccomandazioni specifiche della Commissione europea sull'Italia e (con) (...)gli obiettivi dell'Unione sul digitale. Sotto questo profilo, la Missione 1 (...) è destinata ad avere un impatto significativo nella riduzione dei divari territoriali: -oltre il 45 per cento degli investimenti nella connettività a banda ultralarga si svilupperanno nelle regioni del Mezzogiorno, raggiungendo tutte le aree interne del Paese e le isole minori; -gli interventi sulla digitalizzazione delle PA locali avranno ricadute importanti per le aree del Sud che presentano ampi divari in termini di digital divide e di esposizione on line di servizi pubblici al cittadino (...)" (Id., *op. ult. cit.*, 60). E' necessario, altresì, precisare che, al riguardo, il quadro normativo è destinato in parte a mutare a seguito del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 207 recante "Attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione)", il quale determina <<con riferimento alle misure pratiche necessarie per conseguire la connettività 5G, un mutamento del modello nel settore, innovando, fortemente, perché introduce finalità di politica industriale e non più solo di tutela della concorrenza e amplia il ruolo delle autorità di regolamentazione nazionali, con l'obiettivo di trasformare l'Unione europea in una "società dei Giga-bit" (cosiddetto "pacchetto connettività")>> (così C. FRANCHINI, *La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale diritto europeo e diritto globale*, Napoli, 2020, 191).

89 Cfr. Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, *Schede di lettura – nn. 06, n. 219. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., 178.

che si determinano nelle reti per l'acqua potabile, anche favorendo la digitalizzazione delle reti.

In tal contesto finalistico si colloca, altresì, la realizzazione di nuovi impianti di gestione dei rifiuti e di ammodernamento degli impianti esistenti (1500 milioni di euro), ove risulta destinato il 60% degli investimenti nei Comuni del Centro-Sud, onde “colmare i divari di gestione dei rifiuti relativi alla capacità impiantistica e agli standard qualitativi esistenti tra le diverse regioni e aree del territorio nazionale al fine di recuperare i ritardi per raggiungere gli obiettivi di raccolta, riuso e recupero dei rifiuti previsti dalla normativa europea e nazionale”⁹⁰.

Parimenti rilevante è l'intervento volto a potenziare la resilienza di 4000 km della rete elettrica agli eventi atmosferici estremi (500 milioni di euro) nonché a promuovere la produzione locale e l'uso di idrogeno nell'industria e nel trasporto locale, attraverso la creazione delle cosiddette *hidrogen valleys* (500 milioni di euro). E, del pari, non meno significative sono la previsione dell'utilizzo dell'idrogeno e, quindi, la progressiva decarbonizzazione dei settori industriali *hard-to-abate* (2 miliardi di euro)⁹¹.

E sempre in tal contesto finalistico opera la Missione 5 del Piano (“Infrastrutture per una mobilità sostenibile”), i cui effetti comporteranno un miglioramento tanto della dotazione dei servizi pubblici essenziali nelle aree marginalizzate, quanto degli investimenti in ricerca e sviluppo nello stesso Sud d'Italia.

⁹⁰ Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, *op. ult. cit.*, 185.

⁹¹ Cfr. Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, *op. ult. cit.*, 60, secondo cui: “Gli interventi sulla transizione ecologica della Missione 2 (...) contribuiscono al superamento dei divari territoriali. Gli investimenti e le riforme del Piano migliorano, in particolare, la gestione dei rifiuti al Sud e contribuiscono a ridurre la dispersione delle risorse idriche, in ottemperanza alle raccomandazioni specifiche della Commissione europea sull'Italia che invitano a investire al Sud sulle infrastrutture per la gestione dei rifiuti e le infrastrutture idriche (nella distribuzione per usi civili, la dispersione media è del 41 per cento a livello nazionale, del 51 per cento al Sud). Alcune misure possono avere maggior incidenza al Sud, come ad esempio alcuni progetti di potenziamento dell'industria nazionale in settori strategici per la produzione di energie rinnovabili e di tecnologie per il trasporto sostenibile. Le riforme di sistema che accompagnano l'attuazione del Piano, improntate alla semplificazione e al rafforzamento della capacità amministrativa delle regioni del Mezzogiorno, consentiranno un maggiore assorbimento delle risorse, in particolare per gli incentivi in materia di efficienza energetica e riqualificazione degli edifici”.

Emerge, così, in tutta la sua evidenza, l'incidenza che il suddetto Piano determina sul rilancio del Mezzogiorno e sulla ripresa del processo di convergenza con le aree economicamente più sviluppate. Il Piano, infatti, offre alle otto regioni meridionali “un complesso di risorse pari a non meno del 40 per cento delle risorse territorializzabili (...) (pari a circa 82 miliardi, incluso il Fondo nazionale complementare al PNRR))”⁹².

Si stima, infatti, che il Mezzogiorno contribuirà “per un punto percentuale allo scostamento del PIL nazionale nell'anno finale del Piano”⁹³, sicché “(l)ungo tutta la durata del Piano il Mezzogiorno contribuirà a circa un terzo dei 15 punti percentuali del PIL nazionale aggiuntivo. Il contributo alla deviazione del PIL a livello nazionale nell'ultimo anno del Piano è dunque di 4,9 punti percentuali”⁹⁴.

Tutto questo ha comportato un intervento legislativo di adeguamento ma anche di contemperamento, se si considera l'istituzione, ai sensi degli artt. 1 e 2 del decreto legge 1 marzo 2021, n. 22 (conv. dalla legge 22 aprile 2021, n. 55), del Ministero della Transizione ecologica, che ha sostituito il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare ed ha accorpato le funzioni di quest'ultimo con quelle previste in materie di politica energetica e mineraria espletate dal Ministero dello Sviluppo economico (art. 3).

Del pari significativo è il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 (conv. dalla legge 29 luglio 2021, n. 108), che ha riguardato tanto profili della disciplina generale del procedimento amministrativo, quanto, ed invero prevalentemente, ambiti settoriali dell'azione amministrativa. Infatti, innovando la nota legge n.

⁹² Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, *op. ult. cit.*, 56.

⁹³ Senato della Repubblica – Camera dei Deputati, *op. ult. cit.*, 61.

⁹⁴ *Ibidem*. Si rileva, altresì, che: “Il PNRR sottolinea come il Piano ridurrà sensibilmente il divario tra il Mezzogiorno e il resto del Paese. La quota del Mezzogiorno sul PIL nazionale salirebbe dal 22 per cento del 2019 al 23,4 per cento nel 2026. (...) le stime riportate nel PNRR si riferiscono all'impatto immediato del Piano sull'economia del Mezzogiorno, ovvero agli effetti che si verificheranno durante il periodo di attuazione del Piano. La modernizzazione delle infrastrutture per i trasporti e le telecomunicazioni, gli investimenti nelle rinnovabili, il potenziamento dell'istruzione e della formazione sono tutti fattori, che anche attraverso l'impulso all'accumulazione di capitale nel settore privato, continueranno tuttavia a sospendere la crescita del PIL del Mezzogiorno anche su un arco di tempo più lungo” (Id., *op. ult. cit.*, 62).

241 del 1990, al fine di accelerare e vieppiù responsabilizzare l'esercizio del potere, si è novellato, in particolare, il potere sostitutivo (art. 61), il silenzio assenso (art. 62) e l'annullamento d'ufficio (art. 63), norma, quest'ultima, vieppiù eloquente delle finalità perseguite dal legislatore, sancendosi, infatti, una ulteriore riduzione del termine (*id est* 12 e non più 18 mesi) entro il quale l'amministrazione può esercitare detto potere in autotutela.

Più consistente, invece, è l'intervento che il legislatore ha riservato a contesti di settore dell'ordinamento, in tal modo intendendo definire un quadro normativo volto a semplificare e accelerare i procedimenti, onde agevolare la realizzazione delle finalità stabilite soprattutto dal PNRR. Si consideri, al riguardo, la disciplina dettata in materia di: poteri sostitutivi (art. 12); superamento del dissenso (art. 13); valutazione di impatto ambientale di competenza statale e regionale (artt. 17-27); valutazione ambientale strategica (art. 28); fonti rinnovabili (artt. 30-32 *quater*); efficienza energetica (artt. 33-33 *ter*); promozione dell'economia circolare e contrasto al dissesto idrogeologico (artt. 34-37 *quater*); comunicazioni elettroniche (art. 40); opere pubbliche di particolare complessità o di rilevante impatto (art. 44); funzionalità del Consiglio Superiore dei lavori pubblici (art. 45); dibattito pubblico (art. 46); contratti pubblici (artt. 47-56 *quater*); investimenti e interventi nel Mezzogiorno (artt. 57-60 *bis*); sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali (art. 65).

Emerge, così, un quadro legislativo, che, se per alcuni versi risulta innovativo, dall'altro, tuttavia, continua ad essere segnato non solo da una imperitura prolissità, che tende a vincolare l'azione amministrativa nel segno di una mai sopita sfiducia nell'amministrazione, quanto da una natura derogatoria e transitoria, che vanifica la semplificazione e l'accelerazione perseguite.

Siffatta deroga, infatti, costituendo un rimedio eccezionale e, in questo caso, transeunte, esaurisce rapidamente la sua carica innovativa, abdicando all'obiettivo di riformare l'esistente normativo e, quindi, negando stabilità al sistema normativo e certezza ai rapporti giuridici, così rendendo la legge quella

stoffa dalla quale ricavare, più che il capitale, come suggerisce K. Pistor⁹⁵, invece, le disuguaglianze.

7. Lo sviluppo infrastrutturale e la salvaguardia dell'ambiente: la tutela sistemica e non frazionata tra valori e diritti

La complessità che caratterizza la realtà contemporanea, sempre incline al costante mutamento ed alla incessante modernizzazione, rende lo sviluppo infrastrutturale una costante sistemica, quindi, uno strumento necessario e funzionale alla evoluzione della società e, più in generale, alla effettività della democrazia.

Ed è in tal contesto e per tal ragione che lo sviluppo infrastrutturale da scelta del potere diviene pretesa della società, ossia rivendicazione irrinunciabile onde assicurare la necessaria redistribuzione del benessere e garantire le pari opportunità di crescita, pur tuttavia nella consapevolezza di dover sempre orientare e temperare lo sviluppo con la scarsità delle risorse naturali, la crescita con la tutela dell'esistente.

Emblematica e, per molti versi, eloquente è la novella che ha interessato gli artt. 9 (comma 3⁹⁶) e 41 (commi 2 e 3⁹⁷) della Costituzione, laddove l'ambiente diviene, rispettivamente, esplicito oggetto di tutela e limite all'iniziativa economica privata.

Trattasi, questa, di scelta che mira ad esplicitare, costituzionalmente, quanto, da tempo, già vive ed opera nel nostro ordinamento, grazie, soprattutto, all'apporto della giurisprudenza costituzionale, laddove la tutela dell'ambiente trova dimora quale limite generale dell'"utilità sociale" rispetto alla quale in-

95 Cfr. K. PISTOR, *Il Codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza*, Roma, 2021, 213.

96 Ex art. 9, co. 3, Cost. (comma aggiunto dall'art. 1, comma 1, l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1): "Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali".

97 Ai sensi dell'art. 41, commi 2 e 3, Cost. (commi modificati, rispettivamente, dall'art. 2, comma 1, lett. a e lett. b), della L. cost. n. 1 del 2022):

<<Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali".

fatti “non possono dirsi estranei gli interventi legislativi che risultino non irragionevolmente (art. 3 Cost.) intesi alla tutela dell’ambiente”⁹⁸.

La salvaguardia dell’ambiente, così, rivela un profilo ‘trasversale’⁹⁹, che, in quanto tale, lambisce settori, materie e, più in generale, ambiti differenti, in ragione del suo portato “ontologicamente polimorfo, polisenso e multidimensionale”¹⁰⁰, nel quadro di una complessità di tutele e di un’articolata conflittualità, di cui l’ordinamento si fa carico.

98 Corte cost., 14 giugno 2001, n. 190. V., inoltre, Corte cost., 3 giugno 1998, n. 196. In dottrina, cfr. L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti “prioritari” alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 23.6.2021, 4.

99 Cfr., al riguardo, Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407, secondo cui: <<non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell’art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come “materie” in senso stretto, poiché, in alcuni casi, si tratta più esattamente di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie (cfr. sentenza n. 282 del 2002). In questo senso l’evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una “materia” in senso tecnico, qualificabile come “tutela dell’ambiente”, dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze. In particolare, dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell’ambiente come “valore” costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia “trasversale”, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull’intero territorio nazionale (cfr., da ultimo, sentenze n. 507 e n. 54 del 2000, n. 382 del 1999, n. 273 del 1998). I lavori preparatori relativi alla lettera s) del nuovo art. 117 della Costituzione inducono, d’altra parte, a considerare che l’intento del legislatore sia stato quello di riservare comunque allo Stato il potere di fissare standards di tutela uniformi sull’intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali. In definitiva, si può quindi ritenere che riguardo alla protezione dell’ambiente non si sia sostanzialmente inteso eliminare la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell’ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato>>.

100 M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtù (anche) innovativa e molte lacune*, in *www.forumcostituzionale.it*, 3/2021, 300. Secondo l’Autore “(d)el tutto opportunamente (...) il testo di revisione in esame sceglie di introdurre in Costituzione il riferimento esplicito all’ambiente come oggetto unitario e onnicomprensivo, ma lo fa, al tempo stesso, avendo cura di declinarne le principali componenti, ossia, per un verso, lasciando inalterato il tradizionale e fecondissimo riferimento al “paesaggio” contenuto nel secondo comma dell’art. 9, per l’altro, introducendo gli ormai consolidati riferimenti alla tutela della “biodiversità” e degli “ecosistemi”, con ciò definitivamente superando anche l’anomalia della formula contenuta nell’art. 117, secondo comma, lett. s), in cui la materia di potestà legislativa esclusiva dello Stato è indicata impropriamente con il riferimento all’“ecosistema” declinato al singolare” (Id., *op. ult. cit.*, 301).

La tutela dell'ambiente, così, viene ascritta alla "Repubblica", locuzione, questa, inclusiva di tutte le sue componenti costitutive, titolari di quel "compito comune" che postula il bisogno di "moduli organizzativi e procedurali di partecipazione"¹⁰¹, nell'osservanza delle rispettive sfere di competenza.

Il conferimento alla Repubblica di siffatto compito nonché la sua collocazione nel novero dei principi fondamentali della Costituzione sono la riprova del valore costituzionale dell'interesse alla tutela ambientale¹⁰², essendo l'ambiente non già un "oggetto predefinito o predefinibile in astratto, bensì un oggetto del tutto peculiare, complesso, variegato, a molteplici dimensioni e frutto, esso stesso, di delicate operazioni di combinazione e ponderazione tra fattori ed elementi assai diversificati"¹⁰³.

La tutela dell'ambiente, quindi, quale valore costituzionale ovvero principio fondamentale, riflette un interesse ovvero una necessità insuscettibile di essere definita aprioristicamente, la stessa potendosi cogliere, contenutisticamen-

101 F. MERUSI, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di G. BRANCA), Bologna-Roma, 1975, 455-456. Sull'art. 9 della Costituzione, cfr. inoltre, M. CECCHETTI, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, 217 ss.

102M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit., 305.

103M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*, 306. L'Autore non ritiene configurabile <<un diritto soggettivo fondamentale "all'ambiente" o "agli ecosistemi" o anche "all'equilibrio ecologico degli ecosistemi">>, se non in termini di <<formula di stile, del tutto atecnica dal punto di vista giuridico, anzi sicuramente scorretta in un testo normativo e comunque assai poco efficace sul piano delle effettive garanzie di tutela ambientale>> (*Ibidem*). Invero, tutto questo "non significa che la tutela ambientale non si configuri ormai come vera e propria "precondizione" per la garanzia di diritti (anche fondamentali) dell'individuo e degli interessi delle collettività, ovvero che non possano configurarsi veri e propri diritti soggettivi (o di interessi giuridicamente rilevanti) parziali e riferibili, di volta in volta, a singoli aspetti dell'azione pubblica di tutela dell'ambiente o a singoli profili di relazioni uomo-ambiente. Si può pensare, in proposito, ai diritti connessi con le esigenze di informazione ambientale, al diritto di partecipazione ai processi decisionali o al diritto all'ambiente salubre, ossia a un ambiente che assicuri le condizioni minime di tollerabilità per la salute umana (che la giurisprudenza, ormai da decenni, riconduce pacificamente tra le situazioni soggettive garantite dall'art. 32 Cost.). Ciò che tecnicamente non è possibile però, è configurare un diritto soggettivo all'ambiente o all'equilibrio ecologico degli ecosistemi in quanto tali. Per quanto la formula possa affascinare, un "diritto all'ambiente" non è giuridicamente concepibile e, qualora vi si faccia improprio riferimento, occorre essere consapevoli che tratterebbe di una configurazione del tutto atecnica e, come tale, priva dell'efficacia giuridica che assumono le proposizioni normative che riconoscono i diritti soggettivi" (*Id.*, *op. ult. cit.*, 307). Cfr., altresì, S. GRASSI, *Ambiente e diritti del cittadino*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, 1083 ss.; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 1133 ss.

te, solo in concreto, analogamente, del resto, a tutti i valori costituzionali che, in quanto tali, trovano definizione solo all'atto del loro inverarsi¹⁰⁴.

L'esplicitazione costituzionale della tutela dell'ambiente deve costituire, pertanto, non già un portato ostativo o preclusivo bensì un'opportunità per meglio orientare e condizionare lo sviluppo infrastrutturale, onde preservare le pretese di una società da declinare in senso dinamico, tale perché comprensiva sì delle pretese delle generazioni attuali lungi, però, dal compromettere i bisogni delle generazioni future.

Di qui, la necessità di assicurare una tutela “sistemica e non frazionata”¹⁰⁵ nel quadro di un assetto di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”¹⁰⁶, al fine così di scongiurare l'illimitata espansione di uno dei diritti, che <<diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette>>¹⁰⁷, le quali del pari <<costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona>>¹⁰⁸.

La qualificazione dell'ambiente quale valore primario¹⁰⁹ non implica né deve implicare <<una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali>>¹¹⁰, giacché proprio la natura democratica e pluralista della Costituzione esige <<un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi>>¹¹¹.

In altri termini, proprio la qualificazione, come primario, del valore dell'ambiente postula, così, che lo stesso non sia sacrificato ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che lo stesso sia collocati alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. L'esigenza di equilibrio, in quanto dinamico, deve essere, pertanto, assicurata e valutata nel segno dei vincoli di

104 Cfr. M. CECCHETTI, *op. ult. cit.*, 307.

105 Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264.

106 Corte cost., n. 264/2012.

107 Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85.

108 Corte cost., n. 85/2013.

109 Cfr. Corte cost., 30 luglio 1993, n. 365.

110 Corte cost., n. 85/2013.

111 Corte cost. n. 85/2013.

proporzionalità e di ragionevolezza, così da non consentire un sacrificio del nucleo essenziale del suddetto valore¹¹².

8. La realizzazione delle infrastrutture e l'inclusione procedimentale: tra conservazione e innovazione. Dalla burocrazia difensiva all'amministrazione decidente

Il progressivo processo di democratizzazione della funzione amministrativa, realizzatosi attraverso la partecipazione dei privati all'esercizio del potere, ha interessato, *a fortiori*, la realizzazione delle infrastrutture, a fronte di una diffusa diffidenza, sovente tradottasi in dissenso, delle popolazioni locali interessate da siffatti interventi¹¹³.

Di qui, contestazioni, proteste e rivendicazioni che ostacolano la realizzazione di grandi opere evidentemente funzionali alla modernizzazione della società e delle sue strutture. Si assiste, così, al dilagare di pretese oppositive, pubbliche e private, che trovano sintesi, rispettivamente, nei noti acronimi *Nimby* (*Not in my back yard*)¹¹⁴ e *Nimto* (*Not in my terms of office*), donde l'inverarsi di un conflitto, che contrappone la difesa di interessi particolari (privati e pubblici secondari) alla tutela dell'interesse generale, ossia di quell'interesse pubblico primario alla cui cura è vincolato l'agire amministrativo.

112 Corte cost., n. 85/2013.

113R. DIPACE, *Pianificazione, programmazione e progettazione* (artt. 21-27), in *Commentario al codice dei contratti pubblici* (a cura di M. CLARICH), Torino, 2019, 331 ss.; C. IAIONE, *La localizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari*, in *Trattato di diritto del territorio* (a cura di F.G. SCOCA – P. STELLA RICHTER – P. URBANI), Torino, 2018, 1157 ss.; L. CASINI, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione delle opere pubbliche. Esperienze di diritto comparato*, in *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?* (a cura di A. MACCHIATI – G. NAPOLITANO), Bologna, 2009, 139 ss.; M. BOMBARDELLI, *La partecipazione procedimentale*, in *Cittadinanze amministrative* (a cura di A. BARTOLINI – A. PIOGGIA), VIII, Firenze, 2016, 295 ss.; P.L. PORTALURI, *La partecipazione dei privati al procedimento di formazione del piano*, in *Scritti in ricorso di Francesco Pugliese* (a cura di E. FOLLIERI – L. IANNOTTA), Napoli, 2010, 975 ss.; E. BOSCOLO, *La partecipazione nel procedimento di pianificazione* (art. 9, L. 17.8.1942, n. 1150), in *Codice di edilizia e urbanistica* (a cura di S. BATTINI – L. CASINI – G. VESPERINI – V. VITALE), Torino, Utet, 2013, 281 ss.; L. COEN, *La pianificazione urbanistica come archetipo della partecipazione strutturata*, in *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia* (a cura di G. ARENA – F. CORTESE), Padova, 2011, 189 ss.

114 Al riguardo, cfr. L. TORCHIA, *La sindrome Nimby: alcuni criteri per l'identificazione dei possibili rimedi*, in *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione* (a cura di F. BALASSONE – P. CASADIO), Roma, 2011, 360 ss. Cfr., altresì, Id., *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto*, in *I nodi della pubblica amministrazione* (a cura di L. TORCHIA), Napoli, 2016, 11 ss.

Tutto questo rivela i limiti di un sistema per molti versi ancorato a processi decisionali non del tutto adeguati ai bisogni di una società moderna e globalizzata, che postula efficienza e celerità decisionale. Infatti, sebbene aumentino i bisogni e le pretese sociali, del pari, proliferano, incessantemente, limiti ed ostacoli in seno ad un ordinamento, che ormai da tempo, non è più fonte di opportunità e di sviluppo, bensì strumento di prevenzione e punizione.

Ciò incide non già sui consumi (che permangono, anzi aumentano) ma sulle fonti di approvvigionamento, con un ormai esorbitante aumento di costi sociali e di spesa pubblica evidentemente evitabili se solo si imboccasse il sentiero dell'autoresponsabilità e della condivisione. Al riguardo, ad esempio, si consideri che nel 2021 l'Italia ha estratto 3,34 miliardi di metri cubi di gas (-18,6%) bruciandone, però 76,1 miliardi, nonostante l'esistenza di non pochi giacimenti, disponibili e, tuttavia, inutilizzati¹¹⁵.

L'ordinamento, invero, ha inteso non sacrificare la condivisione sociale delle infrastrutture, dotando la funzione di ulteriori momenti di inclusione e legittimazione, come, ad esempio, l'istituto del dibattito pubblico¹¹⁶ di cui all'art. 22 del d.lgs. n. 50/2016. E ciò nel segno di un'accezione condivisa della funzio-

¹¹⁵ In tema, cfr. J. GILIBERTO, *Contraddizione Italia: cerca più gas ma aumenta i divieti di estrazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 20.2.2022, 7.

¹¹⁶ Cfr. L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2016, p. 605; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggi di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2007, 13 ss.; M. IMMORDINO, *Art. 22*, in *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza* (a cura di G.M. ESPOSITO), vol. I, Milano, 2017, 191 ss.; C.E. GALLO, *Il dibattito pubblico nel codice degli appalti: realtà e prospettive*, in *Autonomie locali, democrazia deliberativa e partecipativa, sussidiarietà. Percorsi di ricerca ed esperienze italiane ed europee* (a cura di R. BALDUZZI – R. LOMBARDI), Pisa, 2018, 129 ss.; A. AVERARDI, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del dibattito pubblico*, in *Munus*, 2018, 129 ss.; Id., *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1173 ss.; Id., *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2016, p. 506; S. SCREPANTI, *Le politiche infrastrutturali*, cit., 55-56, secondo cui il dibattito pubblico è “concepito sul modello dell'omologo istituto giuridico francese per aumentare il consenso sociale, la trasparenza del processo decisionale e contrastare il fenomeno di opposizione da parte delle comunità direttamente interessate (<<Nimby – not in my back yard>>). Il dibattito pubblico costituisce, in particolare, un sub-procedimento di informazione, partecipazione e confronto pubblico avente ad oggetto un progetto di fattibilità relativo a specifiche grandi opere infrastrutturali, individuate in base al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 maggio 2018, n. 76”.

ne e della decisione, volta a scongiurare quei conflitti di prossimità¹¹⁷, che contrappongono gli interessi locali, pubblici e privati, all'interesse nazionale.

L'inclusione, così, aspira ad essere un utile antidoto, onde ovviare o, per meglio dire, laddove possibile, contemperare adeguatamente l'interesse alla conservazione e l'interesse alla innovazione, quindi, il particolare e il generale, attraverso “un processo composito di <<informazione, partecipazione e confronto pubblico>>”¹¹⁸.

Tuttavia, permangono non poche aporie circa le modalità di risoluzione di un conflitto che contrappone gli interessi locali a quelli nazionali. Sovente, infatti, assistiamo all'azione di istituzioni locali il cui agire è volto ad anteporre la tutela di pretese particolari alla salvaguardia di interessi nazionali, nel segno di un conflitto di interessi causato da ragioni elettorali. Di qui, la necessità di rivisitare il riparto di competenze, non solo legislative¹¹⁹, quanto altresì amministrative, non potendosi più ascrivere alla sola istituzione locale la titolarità di poteri, che incidono, seppur indirettamente, su interessi nazionali.

Non meno evidenti sono le ambiguità di un processo di inclusione procedimentale disancorato da quel vincolo teleologico, che permea la funzione amministrativa, laddove la partecipazione, se così intesa, può nuocere alla tutela dell'interesse pubblico, in quanto “(m)ette in conflitto la collettività con i propri rappresentanti. Oppure (...) una collettività o un gruppo più ristretto con quello più ampio, rappresentato in Parlamento”¹²⁰.

117Cfr. F. SCIARRETTA, *La declinazione democratica dell'amministrazione: le decisioni partecipate nel campo delle grandi opere infrastrutturali*, in *Rivista AIC trimestrale di diritto costituzionale*, n. 3/2020, 45.

118F. SCIARRETTA, *op. ult. cit.*, 48. Secondo S. SCREPANTI (*Le politiche infrastrutturali*, cit., 56) si può ritenere che la politica nazionale infrastrutturale postuli “numerosi misure di semplificazione e di partecipazione, che mirano a incorporare i plurimi interessi delle amministrazioni pubbliche competenti e dei soggetti privati interessati nel processo decisionale pubblico. Un adeguato contemperamento tra i principi del giusto procedimento e di non aggravamento procedurale e tra gli obiettivi di semplificare le procedure e di garantire la qualità delle decisioni pubbliche dipende, però, dall'attuazione concreta degli strumenti procedurali da parte di ciascuna amministrazione pubblica competente”.

119Sul problema del riparto delle competenze legislative, cfr. S. SCREPANTI, *L'intervento pubblico per il sostegno, la promozione e il rilancio degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche*, cit., 34.

120S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche – Saggio di diritto comparato*, in *images.irpa.eu*, 23.

La partecipazione, così scollata dall'interesse pubblico, pertanto “(r)allenta, frena, appesantisce l'azione amministrativa”¹²¹, generando sovente la nota ‘fuga dalla firma’ dell'amministratore, il cui potere di scelta è condizionato dal timore della responsabilità penale e di quella erariale.

Invero, l'indeterminatezza del tipo di illecito unita al susseguirsi di normative non sempre di agevole ed immediata comprensione hanno ostacolato il corretto e sereno esercizio del potere, rendendo ormai indifferibile la finalità di circoscrivere l'area del disvalore e, quindi, rasserenare l'agire amministrativo, scongiurare intollerabili ingiustizie ed agevolare la ripresa economica del Paese. Si avverte, pertanto, il bisogno di superare una tendenza giurisprudenziale, invero trasversale, scollata dalla determinatezza della norma, giacché riflesso di un'idea di azione che trova nel controllo di legalità piuttosto che nella repressione dell'illecito la sua legittimazione. In ambito penale, infatti, la “violazione di norme di legge”, rilevante ai fini dell'abuso di ufficio, sovente è stata costituita dall'inosservanza del lato principio di imparzialità amministrativa di cui

121 *Ibidem*. Secondo l'Autore “(l)a consultazione dei privati da parte dell'amministrazione costituisce però un nucleo intorno al quale possono maturare scelte collettive autenticamente democratiche, che consentono cioè la partecipazione privata alle decisioni pubbliche. Perché questo possa accadere, vanno superate numerose difficoltà, che abbiamo visto apparire in ogni sistema legale. La prima difficoltà è costituita dalla posizione dell'amministrazione. Se questa è in una posizione superiore, la decisione non è autenticamente collettiva. A questo inconveniente è posto rimedio scindendo l'amministrazione procedente in due: da un lato, l'ufficio che istruisce; dall'altro l'ufficio che decide. La decisione rimane unilaterale, ma è fondata su un dibattimento imparziale, condotto da una autorità indipendente. La seconda difficoltà riguarda lo svolgimento dell'istruttoria. Dall'esame comparativo emergono una versione debole e una versione forte della partecipazione. Nella prima i privati fanno sentire la propria voce ed ottengono i commenti dell'amministrazione. Nella seconda i privati hanno diritto di essere pienamente informati e possono agire in contraddittorio con l'amministrazione e con altri privati. La terza difficoltà attiene al peso che l'istruttoria in contraddittorio ha sulla decisione. L'amministrazione decidente deve tenerne conto e motivare la decisione sulla base degli elementi raccolti nell'istruttoria. Ma può discostarsene. Dunque, la fase della decisione non si sottrae alle regole del dibattimento. Ma si è lontani da una decisione collettiva. Non va, infine, dimenticato un limite intrinseco della democrazia procedurale, quello che deriva dalla sua frammentazione. Solo alcuni privati possono partecipare ai processi di decisione e questi non riguardano tutta l'amministrazione, ma solo alcune procedure. Per tale motivo, la democrazia procedurale può garantire che alcuni interessi vengano tenuti in conto e che alcune decisioni siano meglio accettate, non può sostituire la democrazia rappresentativa, e neppure integrarla, considerata la sua limitata portata” (Id., *op. ult. cit.*, 24-25).

all'art. 97 Cost., ritenuto, anche in detta sede, regola di comportamento di immediata applicazione¹²².

E sempre in giurisprudenza si è giunti a ritenere configurata la violazione di legge, ai fini dell'abuso d'ufficio, non solo laddove ricorresse la violazione di norme disciplinanti l'esercizio del potere, ma anche qualora si perseguisse un interesse contrario a quello per il quale il potere medesimo è stato attribuito. In tal guisa, la violazione di legge includerebbe, altresì, il vizio di sviamento, ritenendosi inverata una potestà non esercitata secondo lo schema normativo che legittima l'attribuzione¹²³. Né varrebbe a sminuire le conseguenze di siffatto agire l'alta percentuale di archiviazioni e di assoluzioni, giacché – rievocando quanto osservato dalla Corte costituzionale – a ben vedere il <<solo rischio,

122 Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 21 febbraio 2019, n. 22871; Cass. pen., Sez. VI, 12 giugno 2018 n. 49549; Cass. pen., Sez. II, 27 ottobre 2015, n. 46096.

123 Cass. pen. Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155. *Contra* Cass. pen. Sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 13136, secondo cui: <<il delitto di abuso di ufficio per violazione di legge, in conseguenza delle indicate modifiche introdotte nell'art. 323 cod. pen., è ora configurabile solamente nei casi in cui la violazione da parte dell'agente pubblico abbia avuto ad oggetto "specifiche regole di condotta" e non anche regole di carattere generale; solo se tali specifiche regole sono dettate "da norme di legge o da atti aventi forza di legge", dunque non anche quelle fissate da meri regolamenti ovvero da altri atti normativi di fonte subprimaria; e, in ogni caso, a condizione che le regole siano formulate in termini da non lasciare alcun margine di discrezionalità all'agente, restando perciò esclusa l'applicabilità della norma incriminatrice laddove quelle regole di condotta rispondano in concreto, anche in misura marginale, all'esercizio di un potere discrezionale (in questo senso, tra le altre, Sez. 6, n. 8057 del 28/01/2021 (...); Sez. 6, n. 442 del 09/12/2020, (...)) (...) Alla luce di tali premesse va, dunque, considerata giuridicamente corretta la decisione (...) di ritenere che il fatto di reato, così come addebitato nel capo d'imputazione in termini di violazione di legge, non è più previsto dalla legge come reato: avendo i giudici di merito chiarito, con motivazione adeguata, come fosse insufficiente il richiamo alle regole di condotta genericamente indicate nell'art. 97 Cost. a proposito dei principi di buona amministrazione e di imparzialità che devono governare l'operato dei pubblici agenti. Il tenore letterale della nuova norma incriminatrice e il significato che alla stessa va attribuito alla luce dei lavori parlamentari, idonei a illustrare quale sia stata la reale *voluntas legis*, consentono di affermare che con la riforma in argomento si sia voluto escludere la possibilità di ritenere integrato il reato de quo sulla base della sola accertata violazione dell'art. 97 Cost. Ed infatti, «risulta trasparente l'intento di sbarrare la strada alle interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma introdotta dalla legge n. 234 del 1997: la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira ad impedire che si sussuma nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.» (così Corte cost., sent. n. 8 del 2022). Non è, dunque, condivisibile la diversa conclusione cui è prevenuta di recente la Cassazione (Sez. 1, n. 2028 del 06/12/2021 (...)) nell'esame di una situazione nella quale si era ritenuto di poter continuare a valorizzare gli indirizzi interpretativi raggiunti in materia dalla giurisprudenza di legittimità prima della entrata in vigore del decreto-legge n. 76 del 2020>>.

ubiquo e indefinito, del coinvolgimento in un procedimento penale, con i costi materiali, umani e sociali (per il ricorrente clamore mediatico) che esso comporta, basta a generare un “effetto di raffreddamento”, che induce il funzionario ad imboccare la via per sé più rassicurante. Tutto ciò, peraltro, con significativi riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa, specie nei procedimenti più delicati>>¹²⁴.

Conseguenze analoghe, del pari, si sono determinate nel quadro della giurisdizione contabile laddove, nonostante il chiaro portato della norma che circoscriveva, sul fronte dell'elemento soggettivo, il disvalore alle sole ipotesi di dolo o colpa grave, si è sovente assistito ad uno sbrigativo accertamento del requisito, soprattutto, della colpa grave, nel segno di un sindacato volto a ritenere esaustivo e, per molti versi, omnicomprensivo e soddisfacente il solo elemento oggettivo della responsabilità.

Rievocando, pertanto, un'opinione ampiamente diffusa, la Corte costituzionale ha rimarcato che “deve individuarsi (...) proprio in tale stato di cose una delle principali cause della maggiore diffusione del fenomeno che si è soliti designare “burocrazia difensiva” (o “amministrazione difensiva”). I pubblici funzionari si astengono, cioè, dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumere altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta “paura della firma”)¹²⁵.

124 Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8.

125 Corte cost., n. 8 del 2022. Con la sentenza n. 371 del 20 novembre 1998, la Consulta aveva auspicato che per i dipendenti e gli amministratori pubblici “la prospettiva della responsabilità” fosse “ragione di stimolo, e non di disincentivo”. Viceversa, oggi la “responsabilità pesa (...) più come disincentivo all'efficienza che come incentivo alla legalità dell'azione amministrativa” (A. BATTAGLIA-S. BATTINI-A. BLASINI, V. BONTEMPI-M.P. CHITI-F. DECAROLIS-S. MENTO-A. PINCINI-A. PIRRI VALENTINI-G. SABATO, <<Burocrazia difensiva>>: cause, indicatori e rimedi, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2021, 1296). Sulle cause della burocrazia difensiva, rievocando il modello teorico per l'analisi delle cause del c.d. *chilling effect*, è stato precisato che in virtù di “tale modello, i principali fattori da cui dipende la burocrazia sono quattro. In primo luogo, rileva il grado di incertezza (*ex ante*) del funzionario circa il modo in cui la sua condotta sarà valutata (*ex post*) dal giudice, ai fini dell'accertamento della responsabilità. L'incertezza normativa determina in generale una tendenza alla <<over-precaution>>, che nel caso del funzionario pubblico è però ul-

E così, onde provare a scongiurare siffatte conseguenze, foriere di un immobilismo amministrativo del tutto improduttivo, il legislatore è intervenuto novellando la disciplina tanto dell'abuso d'ufficio quanto della responsabilità erariale.

Infatti, con l'art. 23, co. 1, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, viene ridefinito, per la terza volta, il perimetro applicativo del reato di abuso di ufficio, intervenendo sulla prima delle due condotte tipiche, rappresentata dalla <<violazione di norme di legge o di regolamento>> e, in specie, sostituendola con la locuzione <<in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità>>.

Pertanto, attraverso una modifica di segno restrittivo dell'alveo di rilevanza penale della fattispecie, la novella elimina il riferimento ai regolamenti ed esige, attraverso un portato decisamente tassativo e determinato, che la violazione si traduca nella inosservanza di fonti primarie che lascino al funzionario alcuno spazio di discrezionalità. E' stato, così, precisato che proprio su questo versante risulta evidente l'intento di precludere quelle "interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma introdotta dalla legge n. 234 del 1997: la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di

teriormente rafforzata dalla circostanza che egli non sostiene i costi del suo eccesso di prudenza: <<When the rules which a public authority needs to follow are quite clear, the risk of chilling behaviour is small. When the law is vague or ambiguous, chilling behaviour is more likely>>. Il secondo elemento del modello teorico è l'entità del danno che il funzionario può essere chiamato a risarcire, che si collega anche alla probabilità che ciò accada (<<plaintiffs will often not pursue small damage claims>>). Non rileva tuttavia il solo risarcimento economico, ma anche il danno reputazionale, collegato all'eco mediatica di una eventuale condanna o, in generale, all'attivazione di tutti i meccanismi di accountability previsti dall'ordinamento. In terzo luogo, la responsabilità produce tanta più burocrazia difensiva, quanto meno quest'ultima è, a sua volta, fonte di responsabilità per il funzionario. La presenza di sanzioni per condotte omissive o inerti, ad esempio, diminuisce il rischio di burocrazia difensiva, essendo il funzionario chiamato a bilanciare i potenziali costi dell'azione con quelli della (eccessiva) precauzione. Infine, la presenza di polizze assicurative per il caso di responsabilità ovviamente mitiga la burocrazia difensiva, anche se in genere non annulla il fenomeno, perché ad esempio vi sono danni non finanziari (come quelli reputazionali) e spesso le polizze sono complete" (Id., *op. ult. cit.*, 1297-1298). Al riguardo, cfr. J. DE MOT E M. FAURE, *Public authority liability and the chilling effect*, in 22 *Tort Law Review* (2014), 120; S. BATTINI e F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 317.

regole specifiche mira ad impedire che si sussuma nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.; richiedendo che le regole siano espressamente previste dalla legge e tali da non lasciare <<margini di discrezionalità>> si vuol negare rilievo al compimento di atti viziati da eccesso di potere¹²⁶.

Finalità vieppiù garantista e, per molti versi, chiarificatrice è stata, del pari, perseguita dal legislatore in ordine al profilo soggettivo della responsabilità erariale. Infatti, proprio al fine di incentivare l'esercizio del potere e scongiurare la citata 'fuga dalla firma' del funzionario, scindendo, seppur transitoriamente, le conseguenze derivanti dall'azione da quelle derivanti, invece, dall'omissione o inerzia, l'art. 21, co. 2, del cit. d.l. n. 76 del 2020 dispone che: "Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 giugno 2023, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla

126 Corte cost., n. 8 del 2022. In dottrina, al riguardo, è stato osservato che "(t)ale intervento normativo è peraltro l'ultima tappa di un percorso diretto a circoscrivere progressivamente l'applicazione della norma e limitare i poteri del giudice penale, per preservare l'integrità della discrezionalità riservata all'amministrazione. Esso implica una (ulteriore) riduzione dell'area del penalmente rivelante giacché (...) espunge, da un lato, il riferimento alla violazione di fonti normative di secondo grado, che peraltro destava dubbi circa il rispetto dell'art. 25, comma 2, Cost. e circoscrive, dall'altro, la violazione di fonti normative di secondo grado, che peraltro destava dubbi circa il rispetto dell'art. 25, comma 2, Cost. e circoscrive, dall'altro, la violazione a specifiche ipotesi legalmente previste e <<disegnate in termini completi e puntuali>>. Sotto quest'ultimo punto di vista, è stato sottolineato dalla più recente giurisprudenza che il parametro normativo rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 323 deve prevedere un potere interamente vincolato, cioè delimitare l'*an*, il *quomodo*, il *quid* e il *quando* dell'azione amministrativa oppure un potere, in astratto discrezionale, che sia divenuto vincolato in concreto. La <<nuova>> disposizione ha pertanto limitato, di fatto, la modalità della condotta punibile, escludendo il sindacato sul cattivo uso del potere della discrezionalità amministrativa e sulla violazione dei principi generali. Rientrerebbero invece tuttora nell'area dell'art. 323 c.p., secondo (...) (il) giudice di legittimità, le ipotesi di <<sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi, oggettivamente difformi o collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionali è attribuito; oppure si sostanzia nell'(...)inosservanza dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi>>. Quest'ultima precisazione del giudice penale, anche per la formula semantica prescelta, sembra aprire una nuova <<breccia>> nell'interpretazione dell'art. 323 c.p., con la conseguenza di causare una potenziale riespansione del sindacato penale rispetto alle condotte dei funzionari, in alcuni casi riconducibili a fenomeni di <<amministrazione difensiva>>" (così A. BATTAGLIA-S. BATTINI-A. BLASINI, V. BONTEMPI-M.P.CHITI-F. DECAROLIS-S. MENTO-A. PINCINI-A. PIRRI VALENTINI-G. SABATO, <<Burocrazia difensiva>>: cause, indicatori e rimedi, cit., 1313-1314). Cfr. Cass. pen., sez. VI, 8 gennaio 2021, n. 442; Cass. pen., sez. VI, 1 marzo 2021, n. 8057.

giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente”.

Non meno significativa è l'esplicitazione che il legislatore, a tal fine, ha offerto della nozione di dolo, chiarendo che “(l)a prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso”¹²⁷, in tal guisa precludendo deduzioni interpretative che mal si attagliano tanto all'ontologia della fattispecie risarcitoria, quanto all'esigenza di un agire amministrativo dinamico ed efficiente.

Tutto questo si determina in un quadro normativo che, se, da un lato, postula un fenomeno di *débordement* di una funzione giurisdizionale divenuta nel tempo sempre più fonte che interpretazione ed applicazione del diritto, dall'altro, più in generale, denuncia l'inidoneità dell'ordinamento a soddisfare i bisogni precettivi di una società oltremodo globalizzata, la quale, giacché segnata da complessità e continue trasformazioni, necessita di una norma che sia capace di riappropriarsi della sua ontologica generalità ed astrattezza¹²⁸.

Di qui, pertanto, l'esigenza di recuperare l'effettività del principio di legalità e, quindi, la centralità della rappresentanza politico-amministrativa, che devono essere conciliate, correttamente, con la tutela giurisdizionale e con le pretese di partecipazione, onde scongiurare un progressivo processo di degenerazione della democrazia, che troverebbe fonte tanto nella residualità della norma rispetto all'interpretazione, quanto nel c.d. “cittadino totale”¹²⁹, laddove

127 Art. 21, co. 1, del cit. d.l. n. 76 del 2020.

128 Sulla giurisprudenza creativa, cfr. A. BARONE, *Nomofilachia, Corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. I, Napoli, 2020, 280, il quale rimarca i “rischi connessi al passaggio dalla fondamentale funzione di nomofilachia ad una giurisprudenza creativa *contra legem*, talora capace di ignorare i vincoli della nomofilachia europea”.

129 R. DAHRENDORF, *Il cittadino totale*, Torino, 1977, 35 ss.

“l'eccesso di partecipazione (...) può avere per effetto la sazietà della politica e l'aumento dell'apatia elettorale”¹³⁰.

9. Gli imperituri ostacoli e i possibili rimedi

L'agire infrastrutturale postula, così, un sistema non privo di significative e persistenti criticità, alimentate, per lo più, da una normativa incerta¹³¹, perché farraginosa ed eternamente mutevole¹³², riflesso della malsana idea di ritenere che la sola modifica della norma sia idonea a rimuovere il disvalore.

Tutto questo ha inevitabilmente aggravato il procedimento, rallentandolo ed esponendo l'amministrazione al rischio dell'errore, quindi, della responsabilità, donde la predetta ‘fuga dalla firma’, che ormai caratterizza l'esercizio della funzione, generando ritardi, conflitti, se non interminabili inerzie da parte di un'amministrazione vincolata nel suo agire e dequotata nel suo potere di scelta.

Di qui, l'inverarsi di una pluralità di criticità, quali: una ricorrente lentezza realizzativa delle infrastrutture; un significativo assetto infrastrutturale in degrado con inadeguati interventi di manutenzione¹³³; un consistente numero di

130 N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, 14. Del resto, come rilevato da S. CASSESE (*La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2019, 8) “(l)a tentazione di una democrazia illimitata è pericolosa”.

131 Secondo C. FRANCHINI (*L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, cit., 66) “(i)l mutamento continuo delle norme e l'inefficienza delle pubbliche amministrazioni rendono ancor più difficile la completa realizzazione dei diritti”. E' stato, inoltre, osservato che l'incertezza delle regole è causata “due fenomeni opposti, ma convergenti, quali l'eccesso normativo e, al tempo stesso, l'inconsistenza del sistema regolatorio: la <<nomorrea>> e l'<<anomia>>”, quest'ultima da intendersi, quindi, come “assenza di norme precise e pervasive” (cfr. A. BATTAGLIA-S. BATTINI-A. BLASINI, V. BONTEMPI-M.P. CHITI-F. DECAROLIS-S. MENTO-A. PINCINI-A. PIRRI VALENTINI-G. SABATO, <<Burocrazia difensiva>>: cause, indicatori e rimedi, cit., 1298-1299).

132 Definendo siffatto fenomeno espressione di “Nevrosi legislativa”, è stato osservato che in tre anni e mezzo il codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, ha subito “547 modifiche con 28 nuovi provvedimenti normativi. Tre leggi hanno apportato modifiche profonde e a largo raggio. Il decreto Correttivo (...) approvato nel maggio 2017 ha (...) (recato) 441 correzioni. Poi il decreto Sblocca cantieri (...), varato nel 2019 (...) con 51 modifiche. E alla fine il decreto Semplificazioni (...) luglio 2020 (...) (a)ltre 21 modifiche, in aggiunta a un carico di deroghe e nuove procedure. (...) a oggi il settore è stato bersagliato da 500 provvedimenti legislativi e normativi. Si è passati da otto provvedimenti l'anno negli anni '90 ai quasi 30 nell'ultimo decennio. L'anno record è stato il 2019 (...) con 39 interventi sul settore” (M. SALERNO-G. SANTILLI, *Appalti, i decreti attuativi restano sulla carta*, in *Il Sole 24 Ore*, 24.1.2021, 2).

133 L'art. 12 del decreto legge 28 settembre 2018, n. 109, convertito con modificazioni in legge 16 novembre 2018, n. 130, nell'istituire l'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e

opere incompiute; un diffuso fenomeno di saturazione delle reti e di congestione dei nodi, in specie, nelle grandi aree urbane; la difficoltà di utilizzare capitali privati nonché di programmare ed attuare investimenti; una carente progettualità ed una limitata capacità di pianificazione finanziaria¹³⁴.

E così, dovendo ormai uniformare per semplificare, a prescindere ed al di là delle emergenze, è sempre necessario: recuperare la generalità e l'astrattezza della norma, valorizzando il principio e non il dettaglio; scongiurare il *gold plating*; sancire l'esauribilità del potere così da evitare dannose inerzie o inopinate lungaggini; ridurre i tipi procedimentali, le inutili articolazioni dell'esercizio del potere, la pluralità dei soggetti istituzionali all'uopo coinvolti, evitando conflitti di interessi che possano deviare la scelta dal suo vincolo teleologico.

In altri termini, è necessario delineare una disciplina rigorosa ma non aggravata, che riduca i tempi dell'azione, concentri la titolarità del potere, dequoti il vincolo in ragione della scelta, reprima gli abusi, rendendo nitide le responsabilità ed agevolmente identificabili i relativi autori, nel segno del primato della norma sulla interpretazione.

Né può condividersi il reiterato ricorso a soluzioni derogatorie, come la scelta di commissariare la realizzazione delle infrastrutture, giacché proprio tale

delle infrastrutture stradali e autostradali, al comma 1, così prevede: "Fermi i compiti, gli obblighi e le responsabilità degli enti proprietari e dei soggetti gestori in materia di sicurezza, l'Agenzia promuove e assicura la vigilanza, nelle forme e secondo le modalità indicate nei commi da 3 a 5, sulle condizioni di sicurezza del sistema ferroviario nazionale e delle infrastrutture stradali e autostradali. Per quanto non disciplinato dal presente articolo si applicano gli articoli 8 e 9 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300".

134Cfr. M.R. MAZZOLA, *Infrastrutture per uno sviluppo sostenibile*, cit., 78-79. Cfr., inoltre, S. SCREPANTI, *L'intervento pubblico per il sostegno, la promozione e il rilancio degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche*, cit., 29-30, la quale, al riguardo, annovera tra i nodi amministrativi e procedurali: "una programmazione pubblica delle priorità d'investimento che (...) appare ancora scarsamente integrata rispetto a quella economico-finanziaria (...); -una complessa *governance* istituzionale (...); -un utilizzo spesso inefficace del partenariato pubblico-privato (Ppp) (...); -una coesistenza di molteplici criticità procedurali (...) da contemperare con l'esigenza di garantire la qualità delle decisioni pubbliche; -un progressivo e massiccio ricorso allo strumento del commissario straordinario che, sebbene possa consentire di accelerare la realizzazione di specifiche opere pubbliche, comporta il rischio di generalizzare e istituzionalizzare una logica di azione di tipo emergenziale".

necessità riflette l'inidoneità della regola a disciplinare e soddisfare, adeguatamente, la cura dell'interesse pubblico perseguito¹³⁵.

Ciò risulta oltremodo necessario se si considera il rilievo che ormai il sistema infrastrutturale, in particolare della mobilità e della logistica¹³⁶, ha assunto economicamente, quale “*asset* fondamentale di competitività”¹³⁷, di sviluppo e di benessere. E ciò vieppiù nei Paesi, come l'Italia, che rivelano una particolare vocazione sia manifatturiera sia all'esportazione¹³⁸. In caso contrario, si profilerebbe una irreversibile incapacità del sistema logistico-infrastrutturale di soddisfare quelle vitali “esigenze di vivibilità e di competitività territoriale del Paese”¹³⁹.

135 Sulla figura del commissario straordinario, cfr. C. FRANCHINI, *La figura del commissario straordinario, prevista dall'art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2009, 561 ss.; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, *passim*; Id., *I commissari straordinari per il completamento delle opere incompiute*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2005, 1158; G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, Torino, 2013, *passim*.

136 Sulla nozione di “logistica”, cfr. L. SENN, *Logistica delle merci e politica industriale*, in *Una questione nazionale. Il Mezzogiorno da <<problema>> a <<opportunità>>* (a cura di G. COCO E C. DE VINCENTI), cit., 321, per il quale “la logistica è la filiera trasversale di attività necessarie a trasportare i prodotti da un luogo all'altro nei tempi previsti, in modo efficiente e al minimo costo possibile e comprende la gestione dei processi di trasformazione e scambio produttivo, con il supporto delle relative informazioni”. Per quanto concerne la componente “Infrastrutture per una mobilità sostenibile”, il citato *Recovery plan* ha previsto il perseguimento dei seguenti obiettivi: realizzare un sistema infrastrutturale di mobilità moderno, digitalizzato e sostenibile dal punto di vista ambientale; introdurre sistemi digitali di monitoraggio da remoto per la sicurezza delle arterie stradali e conseguenti urgenti opere per la messa in sicurezza delle predette arterie nonché dei ponti e dei viadotti ammalorati; investire per un sistema portuale competitivo e sostenibile dal punto di vista ambientale per sviluppare i traffici collegati alle grandi linee di comunicazione europee e valorizzare il ruolo dei Porti del Sud Italia nei trasporti inframediterranei e per il turismo. In relazione alla Intermodalità ed alla logistica integrata, il suddetto *Recovery plan* intende perseguire: il potenziamento della competitività del sistema portuale italiano in una dimensione di sostenibilità e sviluppo delle infrastrutture intermodali sulla base di una pianificazione integrata e realizzazione dei collegamenti di ultimo miglio dei porti; sostenibilità ambientale ed efficientamento energetico dei porti (*Green ports*); digitalizzazione della catena logistica e del traffico aereo; riduzione delle emissioni connesse all'attività di movimentazione merci.

137 M.R. MAZZOLA, *Infrastrutture per uno sviluppo sostenibile*, cit., 78.

138 *Ibidem*. Infatti, per l'Autore “(i)l modello di sviluppo economico che si è affermato – e continua a mantenere un'elevata dinamicità, pur a fronte dei notevoli contraccolpi generati dalle incerte prospettive economiche, dei prezzi e del commercio internazionali – si basa fortemente sulla mobilità di merci e persone su tutte le scale territoriali, da quella locale a quella, soprattutto, globale” (*Ibidem*).

139 M.R. MAZZOLA, *op. ult. cit.*, 79.

E senza tacere l'ulteriore implicazione sulla qualità della vita dei cittadini e della loro socialità, soprattutto su quella parte della società più svantaggiata economicamente, che trova nella efficienza delle infrastrutture, seppur non solo, un efficace intervento della “Repubblica” volto a “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”¹⁴⁰.

¹⁴⁰Art. 3, co. 2, Cost.

MARTA PECCHIOLI
Dottoressa in Giurisprudenza
marta.pecc@gmail.com

**QUANDO IL RIMEDIO È PEGGIORE DEL MALE: IL
DECRETO-LEGGE N. 76/2020 E L'INEFFICACE LOTTA
ALLA "PAURA DELLA FIRMA". INDIVIDUARE LE CAUSE
PER RIPENSARE LE SOLUZIONI**

**WHEN THE REMEDY OVERCOMES THE BAD: DECREE LAW NO.
76/2020 AND THE INEFFECTIVE STRUGGLE AGAINST THE
"FEAR OF SIGNING". IDENTIFYING THE CAUSES TO RETHINK
THE SOLUTIONS**

SINTESI

Il presente elaborato mira ad analizzare le modifiche operate dal decreto-legge "semplificazioni" n. 76 del 2020 al regime della responsabilità, mettendone in luce i profili di maggiore criticità.

Lo studio muove dall'assunto che il principio di responsabilità si leghi inscindibilmente al principio di buon andamento in quanto funzionale alla sua tutela. L'evoluzione di quest'ultimo, fatto oggetto di un progressivo processo di «*disgelo costituzionale*» a partire dagli anni '90 del secolo scorso che ha condotto alla valorizzazione dei risultati perseguiti nell'ottica della massimizzazione del benessere collettivo, ha determinato l'esponentiale aumento delle fattispecie di danno all'erario e la conseguente espansione del ruolo della Corte dei conti.

Il d.l. "semplificazioni", con l'intento di combattere il fenomeno della burocrazia difensiva che nella fase di emergenza sanitaria si rivelerebbe particolarmente dannoso, ha operato una restrizione dell'ambito applicativo sia della responsabilità erariale, intervenendo sul suo elemento soggettivo, sia di quella penale, parzialmente riscrivendo il reato di abuso d'ufficio. Sebbene già in passato il legislatore, spinto dalla medesima esigenza, avesse messo mano ad entrambi i tipi di responsabilità sollevando critiche circa la possibilità che tali interventi legitti-

massero gestioni più “rilassate” del denaro pubblico, l’impatto delle modifiche apportate nel 2020 è stato tale da destare preoccupazioni più numerose e più serie.

Non solo il legislatore, miope e frettoloso, si è mosso nella direzione opposta a quella della promessa semplificazione, ma pare anche aver spianato la strada ad una gestione incauta del denaro pubblico e a condotte pregiudizievoli per il buon andamento della p.a. L’intervento non pare nemmeno idoneo ad arginare la “paura della firma”, in quanto le vere cause dei malfunzionamenti andrebbero ricercate altrove, dentro e fuori l’amministrazione. È solo attraverso una «*visione aggregata*» dei problemi, indagati con l’adeguato dispendio di tempo e risorse, che è possibile operare interventi destinati a reggere la prova del tempo e ad incidere positivamente sul funzionamento della macchina amministrativa, diffondendo una nuova cultura del bene comune.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the changes introduced by “simplifications” Decree Law No. 76 of 2020 to the liability regime, highlighting its most critical profiles.

The study moves from the assumption that the principle of liability is inseparably linked to the one of sound administration as it is functional to its protection. The evolution of the latter, which, since the 1990s, has been subjected to a gradual process of «*constitutional than*» that has led to the valorization of the results pursued in order to maximize the collective welfare, has resulted in the exponential increase of public damages cases and in the subsequent expansion of the role of the Court of Auditors.

The “simplifications” Decree Law, aiming to combat the phenomenon of defensive bureaucracy which would prove particularly damaging in phases of emergency, has restricted the scope of both governmental liability, by intervening on its subjective element, and criminal liability, by partially rewriting the rule on misfeasance in public office. Although the lawmaker, prompted by the

same need, had already intervened on both types of liability in the past and raised criticism that such measures would legitimize more “relaxed” management of public money, the impact of the changes made in 2020 was such as to raise more numerous and more serious concerns.

Not only has the short-sighted and hasty lawmaker moved in the opposite direction to that of promised simplification, but he also seems to have paved the way for careless management of public money and prejudicial conduct to the good performance of the public administration. Nor seems the initiative suitable to curb the «fear of signing» as the real causes of maladministration are to be found elsewhere, inside and outside the administration itself. It is only through an «*aggregate view*» of such issues, to be investigated with the appropriate expenditure of time and resources, that it is possible to implement interventions meant to endure the test of time and positively affect the functioning of the administrative apparatus, while spreading a new culture of the common good.

PAROLE CHIAVE: burocrazia difensiva, responsabilità amministrativa, danno erariale, principio di buon andamento, Corte dei conti, semplificazione amministrativa.

KEYWORDS: defensive bureaucracy, governmental liability, loss of revenue, principle of sound administration, Court of Auditors, administrative simplification.

INDICE: 1. Introduzione. – 2. Il «*disgelo costituzionale*» del principio di buon andamento, l'evoluzione del ruolo della Corte dei conti e l'introduzione del concetto di danno pubblico. – 3. La legge n. 639/1996 e la prima generica limitazione della responsabilità erariale. – 4. Le criticità dell'art. 21. – 4.1. Il primo comma: il dolo in chiave penalistica. – 4.2. Il secondo comma e la compatibilità con gli artt. 3, 28, 77 e 97 Cost. – 4.3. Il secondo comma oltre la Costituzione: ulteriori perplessità sulla novella legislativa. – 5. La nuova configurazione della responsabilità erariale nel contesto del programma *Next Generation EU*. – 6. L'art. 21 nelle aule della magistratura contabile. – 7. L'art. 23 e i nuovi (problematici) confini del reato di abuso d'ufficio. – 8. Burocrazia difensiva: principali cause e possibili rimedi. – 8.1. La tutela giurisdizionale e non giurisdizionale come strumenti per combattere la *maladministration*. – 8.2. (a) La sovrabbondanza legislativa. – 8.3. (b) I problemi interni alla pubblica amministrazione. – 8.4. (c) Il mercato assicurativo a copertura del rischio percepito. – 8.5. (d) Le inefficienze della funzione di controllo della Corte dei conti. – 9. La corsa a ostacoli verso la semplificazione. – 10. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Il bene-valore tutelato, le regole giuridiche ad esso correlate e le sanzioni previste per ripristinare il bene-valore leso¹ sono la «triade» su cui si regge la responsabilità in ogni sua veste e, in assenza di una combinazione attenta e ponderata di ognuno di questi tre fattori, pare difficile per la responsabilità assolvere al proprio compito. Il termine “responsabilità”, infatti, dal latino *respondeo*, indica il movimento inverso all’attività di *spondere*, ossia di “promettere solennemente”, “obbligarsi”, “impegnarsi con la propria parola”. *Respondere*, pertanto, significa rompere l’equilibrio che lo *spondere* crea, così che al «giudizio di disvalore, portato sull’evento di rottura, trovi riscontro il giudizio di valore, portato sulla risposta riparatrice»².

In tema di responsabilità erariale, oggetto della presente trattazione, della necessità di trovare un punto di equilibrio tra «giudizio di disvalore» e «giudizio di valore» il legislatore sembra, tuttavia, non aver tenuto conto. Dopo una sintetica (ancorché doverosa) disamina circa l’evoluzione del principio di responsabilità amministrativo-contabile – necessario per garantire la tutela non solo del buon andamento della pubblica amministrazione, ma anche di altri valori costituzionalmente protetti –, dei suoi corollari e dei precedenti interventi operati sulla relativa disciplina, il presente contributo si sofferma sulla più recente alterazione dei perimetri applicativi di tale forma di responsabilità introdotta dall’art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76³, il c.d. “decreto semplificazioni”. Con questa disposizione, il legislatore è intervenuto incidendo sull’elemento

1 In questi termini F. M. LONGAVITA, *Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa e le specificità rispetto a quella penale. In particolare, il danno erariale*, 14 settembre 2018, disponibile su www.contabilitapubblica.it, che osserva che su tale «triade» si basa la tradizionale distinzione tra responsabilità civile, penale, amministrativo-contabile e disciplinare in cui può incorrere il pubblico dipendente. Controversa è poi la possibilità di sommare alle appena richiamate forme di responsabilità la responsabilità dirigenziale, talvolta ritenuta come *genus a sé stante* in quanto più propriamente riconducibile alla responsabilizzazione (*accountability*) che alla responsabilità in senso stretto (*liability*). Sul punto, L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000, 146. In tema di responsabilità in cui può incorrere il pubblico dipendente, si veda G. M. DONATO, *La responsabilità dei dirigenti della PA – civile, amministrativa, per danno erariale e penale*, Milano, Giuffrè, 2020.

2 C. MAIORCA, *Responsabilità - Teoria Generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988.

3 Recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, poi convertito con legge 11 settembre 2020, n. 120.

soggettivo richiesto ai fini della configurazione della responsabilità amministrativo-contabile mirando a combattere, nella fase di emergenza pandemica⁴, il fenomeno della “burocrazia difensiva”⁵, espressione che indica quella distorsione dalle scelte decisionali dell’amministratore pubblico dovuta all’imprevedibilità del rischio di incorrere in responsabilità per gli atti assunti nell’esercizio delle proprie funzioni, e che rientra a pieno titolo tra le possibili declinazioni della *maladministration*⁶. Dopo avere definitivamente chiarito che il dolo erariale debba essere valutato alla stregua di quello penale⁷, il legislatore ha poi previsto la limitazione, fino al 30 giugno 2023⁸, della responsabilità ai soli casi di dolo per le condotte commissive dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti;⁹ tale scelta ha sin da subito suscitato le rimozioni di buona parte della dottrina e della magistratura contabile, che, come si dirà, ha taciuto tale intervento come foriero di cospicui dubbi interpretativi, di ragionevolezza e di costituzionalità. Non solo si è rilevato che la disposizione in commento fallisca nell’arginare il fenomeno della burocrazia difensiva – le cui cause sarebbero da

4 In modo che, si legge nella Relazione illustrativa, «i pubblici dipendenti abbiano maggiori rischi di incorrere in responsabilità in caso di non fare (omissioni e inerzie) rispetto al fare, dove la responsabilità viene limitata al dolo». Per quanto concerne il periodo storico in cui l’intervento legislativo si colloca, è risaputo che il fenomeno della “burocrazia difensiva”, rischiando di condurre a pericolosi immobilismi, si rivela particolarmente odioso laddove imperante è la necessità di un’azione puntuale e tempestiva.

5 Per un’attenta analisi dell’origine e dell’evoluzione del fenomeno, si veda R. TUZZI, *La medicocrazia difensiva: un confronto tra medicina e burocrazia difensiva alla luce dell’art. 21 del d.l. 76/2020*, in *Federalismi.it*, 2021, 28, 140 ss. e S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L’amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 293 ss.

6 Come riportato dall’Autorità Nazionale Anticorruzione, *Piano Nazionale Anticorruzione 2016*, 3 agosto 2016, disponibile su www.anticorruzione.it, si tratta di un termine generale che fa riferimento alla «assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell’interesse generale» in quanto «inquinata» da «interessi particolari volti all’improprio condizionamento delle decisioni pubbliche»; si veda anche S. CASSESE, *Maladministration e rimedi*, in *Foro it.*, 1992, 5, 243 ss.

7 Il comma 1 prevede infatti che all’art. 1, co. 1, l. n. 20/1994, sia aggiunto, dopo il primo periodo, che «la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell’evento dannoso». È quanto chiarito anche nella Relazione illustrativa, ai sensi della quale «in materia di responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, la norma chiarisce che il dolo va riferito all’evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica».

8 Il termine, inizialmente fissato al 31 dicembre 2021, è stato prorogato ad opera dell’art. 51, co. 1, lett. b) del d.l. 31 maggio 2021, n. 77.

9 Il comma 2 dell’articolo in esame prevede infatti che «la limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente», per i quali resta valida la previsione dell’art. 1, co. 1 della l. n. 20/1994.

ricercarsi ben oltre l'oppressività burocratica e il rischio di incorrere in responsabilità¹⁰ – ma anche che offra ai funzionari pubblici «una vera e propria licenza di sbagliare (anche molto gravemente)»¹¹ dal momento che introducendo il principio della irresponsabilità della firma sostanzialmente “legalizza” alcuni danni all'erario.

Analoghe considerazioni possono essere svolte a proposito del successivo art. 23, che, sempre sull'assunto che il timore di agire del funzionario pubblico sia generato da quello di incorrere in responsabilità, tocca invece la responsabilità penale, intervenendo sull'art. 323 cod. pen. al fine di circoscriverne l'area del penalmente rilevante. Essendo la volontà del legislatore orientata alla tassatività e alla determinatezza del reato di abuso d'ufficio, tale intervento è stato inizialmente definito come la «*parziale buona novella*»¹² del d.l.; una più attenta analisi, però, ne ha presto messo in luce con drammatica evidenza le criticità, molte delle quali condivise con il summenzionato art. 21. Da un lato, infatti, la riscrittura della norma suscita perplessità interpretative e si rivela inidonea a combattere gli atteggiamenti difensivi dell'amministrazione; dall'altro lato, il legislatore pare avere stretto la «*valvola*» dell'abuso d'ufficio «*oltre ogni ragionevole misura*»¹³, senza tuttavia rafforzare gli strumenti alternativi e complementari alla sanzione penale e parallelamente procedendo al depotenziamento della responsabilità erariale. Ne è derivato un parziale snaturamento della disposizione nor-

10 Cfr. A. POLICE, *Una nuova stagione per la Corte dei conti e per la sua funzione di garanzia*, in *Riv. Corte conti*, 2020, 4, 1 ss., che definisce «*semplicitistiche*» le posizioni che attribuiscono alla Corte dei conti soprattutto nell'esercizio della giurisdizione nei giudizi di responsabilità amministrativa la causa dei *deficit* di efficienza della pubblica amministrazione, in quanto non tengono conto della estrema complessità delle cause delle inefficienze, per poi aggiungere: «*Allo stesso modo, non deve attribuirsi eccessivo peso alla previsione dell'art. 21, comma 2, del decreto legge n. 76 del 2020 laddove esclude la responsabilità amministrativa per colpa grave ipotizzando che tale esclusione possa restituire agli amministratori e funzionari pubblici il “coraggio perduto” della firma. Seguendo la lezione manzoniana messa sulle labbra di un curato di campagna, in realtà, se uno il coraggio non ce l'ha “non se lo può dare”*».

11 L. SAMBUCCI, *Licenza di sbagliare (anche molto gravemente), ovvero le insidie della legislazione di emergenza*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 16 settembre 2020.

12 Così M. GERARDO, *I quattro pilastri governativi per l'utilizzo efficiente del Recovery Fund: scelta di “buoni” progetti, semplificazione delle procedure, reperimento di adeguate professionalità, limitazione delle responsabilità gestorie. Analisi e rilievi*, in *Rass. avv. Stato*, 2020, 4, 230.

13 In questi termini M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, 2021, 7-8, 103.

mativa, sicché sempre più insistenti si sono fatte le voci che ne chiedono l'abrogazione, sull'assunto che essa sarebbe stata fatta oggetto di una parziale *abolitio criminis* e trasformata in un «*ircocervo dalle fattezze mostruose*»¹⁴.

Pertanto – come è stato correttamente osservato – «*si è creata una legislative public opinion, che si è tradotta in alcuni interventi di riforma, i quali hanno interessato le due fattispecie che, secondo una valutazione generalmente condivisa, costituiscono i principali spauracchi dell'amministrazione: il danno erariale e l'abuso d'ufficio*»¹⁵; all'opposto, nessuna attenzione è stata riservata a quelle che da decenni sono additate come le vere cause – endogene ed esogene – dei malfunzionamenti amministrativi. E così, non solo le novelle di cui agli artt. 21 e 23 del d.l. n. 76 del 2020 non paiono operare alcuna reale semplificazione, ma espongono anche le casse dello Stato a possibili perdite in un periodo in cui, oltretutto, l'erogazione dei fondi del dispositivo *Recovery Fund U.E.* impone la massima attenzione nel contrasto alla dispersione delle risorse finanziarie.

2. Il «disgelo costituzionale» del principio di buon andamento, l'evoluzione del ruolo della Corte dei conti e l'introduzione del concetto di danno pubblico

Prima di addentrarsi nella disamina delle – numerose – problematiche sollevate dagli interventi in tema di responsabilità di cui al Titolo II, Capo IV, del d.l. “semplificazioni”, pare utile soffermarsi brevemente sui passaggi chiave che hanno portato all'evoluzione del concetto di responsabilità amministrativo-contabile al fine di coglierne l'ormai indissolubile legame con il principio costituzionale di buon andamento.

Se, inizialmente, si tendeva a ritenere che l'art. 28 Cost. facesse riferimento solo alla responsabilità «*esterna*» di funzionari e impiegati verso i soggetti privati danneggiati – e non anche a quella «*interna*» nei confronti dello Stato o

14 Questa l'espressione usata da T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. web*, 2020, 7-8, 8 ss.

15 A. BATTAGLIA, S. BATTINI *et al.*, «*Burocrazia difensiva*»: cause, indicatori, rimedi, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 4, 1309.

dell'ente pubblico¹⁶ –, successivamente la valorizzazione della disposizione quale norma di chiusura a garanzia di diritti e libertà costituzionali contro le possibili violazioni dolose e colpose degli agenti dell'Esecutivo aveva portato la dottrina maggioritaria a ritenere che la norma operasse anche per la responsabilità amministrativo-contabile, tanto per violazione di diritti, quanto di interessi legittimi¹⁷. Ad ogni modo, l'evoluzione del principio di buon andamento che ha interessato il nostro Paese soprattutto a partire dagli anni '90 del secolo scorso, ha assunto una centralità tale nella valutazione dell'operato della pubblica amministrazione da non rendere più possibile pensare all'art. 28 come slegato dagli artt. 97 e 103 Cost., cui si salda inscindibilmente. In proposito, vi è chi osserva¹⁸ che il fondamento della responsabilità in esame sarebbe da ricercarsi ormai, più che nel disposto dell'art. 28 Cost., nelle norme di cui agli artt. 97 e 98 Cost. che delineano il modello ideale dell'azione amministrativa¹⁹; ciò sarebbe il prodotto del graduale processo di «*disgelo costituzionale*» del principio di buon andamento, iniziato a partire dagli anni '70 e che ha condotto alla progressiva valorizzazione del principio di efficienza nell'attività dei pubblici poteri²⁰.

16 Cfr. Corte cost., sent. nn. 164/1982 e 1032/1988. La ragione di una tale impostazione si rinveniva nell'arenarsi del dibattito riguardante l'art. 28 sulla sola responsabilità civile, con conseguente esclusione di quelle amministrativa e penale, pur menzionate nel testo della norma.

17 Si vedano F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 1, 41 ss.; F. MERUSI, M. CLARICH, *Commento all'art. 28 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Zanichelli, Bologna, 1991, 368; M. CLARICH, *Sul modello di responsabilità civile dell'art. 28 Cost. (Spunti da un confronto con le esperienze straniere e con la prassi interpretativa)*, in *Giur. cost.*, 1987, 1, 1854 ss.

18 A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 196.

19 Oltre agli artt. 97, co. 2 e 3 e 98 Cost., ulteriori fonti del principio di buon andamento sono contenute: i) nell'art. 41 della Carta di Nizza; ii) nell'art. 1, co. 1, l. n. 241/1990, che ne positivizza i corollari, ossia efficacia, efficienza, economicità, pubblicità e trasparenza; iii) nell'art. 317, co. 1, TFUE e 97 c.1, che si lega in particolare al principio di sana gestione finanziaria; iv) negli artt. 117, co. 2, lett. m) e 119 Cost., a proposito del livello essenziale delle prestazioni, per cui si rinvia a G. CREPALDI, *Il danno da disservizio: nozione e forme di tutela*, in *Resp. civ. e pen.*, 2016, 3, 781 ss.; v) nell'art. 2, l. n. 241/1990 in tema di rispetto del termine per la definizione del procedimento.

20 È a questo proposito opportuno ricordare che inizialmente l'efficienza, essendo una nozione non giuridica, bensì economica, veniva ritenuta antitetica rispetto al principio di legalità: cfr. Cons. di Stato, sez. cons., n. 1943/2009, par. 1, dove si afferma: «La difficoltà di tradurre in termini di norma giuridica ciò che appartiene alla scienza economica ha portato a svilire il principio di buon andamento, sicché, invece di concepire la legalità come orientata all'efficienza, si è, al contrario, interpretata l'efficienza come un corollario della legalità, sostenendo che il mero rispetto della legge è garanzia di risultato». In seguito,

L'impulso verso l'efficientamento dell'azione amministrativa è stato dato dall'assimilazione della disciplina del lavoro pubblico a quella del lavoro privato, avvenuta al fine di stimolare autonomia e responsabilità e ridurre lo spreco delle risorse economiche ed umane, alla luce dei principi di economicità, efficienza ed efficacia²¹. La separazione tra momento politico e momento gestionale, consacrata nell'art. 4 del T.U. sul Pubblico impiego, ha portato alla creazione di un modello piramidale al cui vertice si colloca la figura del dirigente, al contempo datore di lavoro all'interno della sua micro-organizzazione e dipendente pubblico al servizio dello Stato²². 54 Prendendo sempre più piede una concezione costituzionalmente orientata dell'agire della p.a. e che implica il suo posizionarsi

«è stata prepotentemente veicolat[a] nel sistema amministrativo una concezione non più formale, ma sostanziale del principio di buon andamento, alla luce della quale l'attività pubblica non deve più guardare esclusivamente al rispetto delle norme sulla gestione, ma anche all'importanza dei risultati e al livello delle prestazioni da fornire». Si veda anche TAR Campania-Napoli, sez. VIII, sent. n. 4305/2015, par. 2.4, in cui si legge che *«lungi dall'esservi antinomia fra efficienza e legalità, non può esservi rispetto del buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost., se non vi è, nel contempo, rispetto del principio di legalità».* In merito si rimanda a: F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 11-12, 3303 ss.; R. URSI, *La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana - Studi - La giuridificazione*, Firenze, Firenze University Press, 2017, 445 ss.; G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 95 ss.; G. M. DONATO, *La responsabilità dei dirigenti della PA – civile, amministrativa, per danno erariale e penale*, Milano, Giuffrè, 2020, 37 ss.; M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, Torino, Giappichelli, 2018, 52 ss. In senso apertamente critico, si veda L. TORCHIA, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, Relazione tenuta al 64° Convegno di Studi Amministrativi su *Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie*, Varenna, 20-21-22 settembre 2018, disponibile su www.irpa.eu, che sostiene che l'attrazione dell'efficienza nella legalità abbia l'effetto *«di sovrapporre [...] lo scrutinio di legittimità ad attività, condotte e decisioni che mal si valutano secondo il criterio della conformità alla legge. Si dimentica, infatti, così, che mentre la legalità ha le caratteristiche di un principio generale, applicabile senza distinzioni a tutta l'attività amministrativa, l'efficienza deve essere disegnata diversamente a seconda delle attività e delle amministrazioni, deve essere valutata tenendo conto delle opzioni disponibili e del contesto nel quale si è operato e, soprattutto, la valutazione deve essere primariamente volta ad uno scopo conoscitivo, per verificare sul piano dell'esperienza concreta quali strumenti siano funzionali a quali fini, a quali condizioni, costi e presupposti».*

21 Cfr. L. MITTONE, *L'analisi del processo di produzione degli enti pubblici: una discussione sulle nozioni di efficienza ed efficacia*, in *Amm. e pol.*, 1987, 3, 7 ss.

22 Cfr. Corte cost., sent. n. 103/2007, par. 8, che sottolinea come si sia passati *«da una concezione della dirigenza intesa come status, quale momento di sviluppo della carriera dei funzionari pubblici, ad una concezione della stessa dirigenza di tipo funzionale»* che *«ha fatto perno sulla distinzione tra il potere di indirizzo politico-amministrativo e l'attività gestionale svolta dai dirigenti. Tale netta distinzione ha, da un lato, ampliato le competenze dirigenziali, l'esercizio delle quali deve essere valutato tenendo conto, in particolare, dei risultati "dell'attività amministrativa e della gestione" [...]; dall'altro lato e conseguentemente, ha comportato un maggiore rigore nell'accertamento della responsabilità dei dirigenti stessi [...] che presuppone un efficace sistema valutativo in relazione agli obiettivi programmati».*

«all'intersezione tra la dimensione della libertà e quella dell'autorità»²³, si è affermato così negli anni '90 il concetto di “amministrazione di risultato”: all'attività pubblica è stato chiesto di non guardare più esclusivamente al rispetto delle norme sulla gestione, ma anche agli obiettivi da raggiungere e al livello delle prestazioni da fornire²⁴, in un'ottica di massimizzazione dei diritti e delle libertà dei cittadini²⁵; parallelamente, si è diffusa l'espressione “cittadinanza amministrativa”, che ha determinato, da un lato, l'abbandono della concezione del cittadino come suddito dell'amministrazione e, dall'altro, ha accolto l'idea di una «*amministrazione condivisa*», in cui il primo si fa titolare di pretese attive nei confronti della seconda e diventa partecipante della pubblica funzione²⁶. In sintesi, si è diffuso un modello di amministrazione non solo formalmente, ma anche sostanzialmente “buona”, in cui «*sono i fini pubblici che definiscono l'amministrare, non la soggettività di chi compie l'operazione*»²⁷: un modello che, per così dire, potrebbe riassumersi nella frase “*l'État c'est nous*”. Com'era prevedibile, la trasformazione della pubblica amministrazione ha reso necessario anche il cambiamento della Corte dei conti e del ruolo di garanzia e ausilio che essa svolge nei confronti –

23 Così L. R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 121. Cfr. anche G. PASTORI, *L'insegnamento di un maestro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 143 ss.

24 È quanto sostenuto, *ex multis*, da: Corte conti, sez. II app., 26 settembre 2017, n. 479; Cass. Civile, SS.UU., n. 7024/2006; ID., n. 12902/2011.

25 L'espressione è di L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1, 10.

26 In questi termini, *ibidem*. Si vedano anche C. E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, 481 ss.; G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 50; G. D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1209 ss. La necessità di garantire un livello di prestazioni con *standard* qualitativamente adeguati trova espressione nell'elaborazione delle carte di servizi. In tema si rinvia a: M. CALABRÒ, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 373 ss.; G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, 471, secondo cui stabilire uno *standard* «*altro non è che un modo per dare un volto concreto, di fronte al singolo servizio, sia al diritto alla buona amministrazione sia al corrispondente dovere di bene amministrare*»; F. MANGANARO, *Il principio di autonomia*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studio sui principi di diritto amministrativo*, cit., 277; C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione* (nota a Corte cost. sent. n. 10/2010) disponibile su www.forumcostituzionale.it; R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, 201ss.

27 Così L. R. PERFETTI, *cit.*, 121.

rispettivamente – dei cittadini e della amministrazione stessa²⁸. Sebbene sin dalla sua istituzione²⁹, in realtà, si sia assistito ad una progressiva espansione del suo ruolo, è stato soprattutto a partire dagli anni '90 che si sono poste le basi per spostare «il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile [...] dalla qualità del soggetto [...] alla natura del danno e degli scopi perseguiti»³⁰. Infatti, oltre alla mera salvaguardia delle norme di contabilità pubblica, le sono stati affidati poteri di tutela contro varie forme di *mala gestio* della cosa pubblica. Da un lato la giurisdizione dei magistrati contabili si è estesa fino a ricomprendere i giudizi di responsabilità di tutti i dipendenti e gli amministratori pubblici³¹, mentre, dall'altro e alla luce della privatizzazione del pubblico impiego, lo stesso legislatore ha contribuito all'ampliamento dei poteri della Corte introducendo controlli sulla gestione sempre più incisivi e volti a valorizzare il rapporto tra obiettivi programmati e perseguiti³². In breve, la Corte dei conti è passata

28 Così G. PIPERATA, *Corte dei conti e riforma della pubblica amministrazione italiana*, in F. MASTRAGOSTINO, S. PILATO (a cura di), *Danno pubblico ed efficienza dell'amministrazione*, Bologna, Quaderni della Spisa, 2016, 13 ss.; cfr. anche E. D'ALTERIO, *La funzione di controllo e l'equilibrio tra i poteri pubblici: "dove nascono i problemi"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 3, 681 ss.; G. NICOLETTI, *Controllo e giurisdizione a garanzia della corretta gestione delle risorse finanziarie nella Pubblica amministrazione*, disponibile su www.amcorteconti.it; M. DUGATO, *Corte dei conti giudice dell'erario: la tutela degli interessi finanziari della collettività*, in *Munus*, 2018, 2, 607 ss. Per un'analisi completa di tale trasformazione, si rinvia a V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2018, 16 ss.

29 Avvenuta nel regno di Sardegna ad opera della legge n. 800/1962 a seguito della soppressione della Camera dei conti e a cui furono affidati poteri di controllo delle finanze pubbliche, nonché poteri cognitori di secondo grado in materia di giudizi di contabilità e pensionistici. L'origine si ebbe però nella Francia del 1200, dove, all'interno della *curia regis*, vi era una sezione denominata *Chambre des comptes* cui spettavano sia funzioni di controllo dei conti, sia giurisdizionali. Per un approfondimento in merito alla storia della Corte, si rimanda a D. LUONGO, *Il controllo contabile nelle dinamiche dello Stato moderno*, in D. CROCCO (a cura di), *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, Napoli, Jovene, 2014, 1 ss. e M. ANDREIS, *La giurisdizione contabile nella prospettiva storica: tra controllo e tutela*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *AA.VV., Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, 9 ss.

30 Cass. Civile, SS.UU., ord. n. 4511/2006.

31 Ciò ha trovato la propria collocazione normativa dapprima negli artt. 81, 82 e 83 del r.d. n. 2440/1923 (c.d. legge di contabilità generale dello Stato) e nell'art. 52 del r.d. n. 1214/1934, (c.d. T.U. delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti).

32 Il riferimento è alla l. n. 142/1990, con il legislatore ha posto fine allo speciale regime di responsabilità di amministratori e dipendenti degli enti locali sottraendone la cognizione al giudice ordinario in favore del giudice amministrativo; al d.lgs. n. 29/1993; al d.lgs. n. 80/1998; al d.lgs. n. 286/1999. Infine, l'art. 3, co. 4, della l. n. 20/1994 ha imposto alla Corte l'accertamento «anche in base all'esito di altri controlli, [del]la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell'azione am-

dall'essere mera «guardiana autorevole»³³ dei conti pubblici a «organo posto al servizio dello Stato-comunità»³⁴, ultimo baluardo della legalità amministrativa e del principio di buon andamento. Ne consegue la funzionalità del suo ruolo a garantire il c.d. *continuum* Governo-Parlamento³⁵: la Corte rappresenta, cioè, lo strumento tecnico in mano alle Camere per valutare politicamente la responsabilità dell'Esecutivo e garantire così l'effettiva attuazione del principio democratico³⁶.

Anche il concetto di danno – la cui presenza, unitamente a quella di una condotta antigiusuridica attiva o omissiva posta in essere in presenza di un rapporto di servizio e durante l'esercizio delle proprie funzioni³⁷ e di un elemento soggettivo qualificato³⁸, è essenziale ai fini della configurazione della re-

ministrativa».

33 L'espressione è riportata da A. CANALE, *Il decreto semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile: i chiaro-scuri della riforma*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Lectio magistralis tenuta alla Luiss il 25 marzo 2021, che riprende l'espressione precedentemente utilizzata del Presidente del Consiglio Mario Draghi.

34 Corte cost., sent. n. 470/1997, par. 2.

35 Così F. S. MARINI, *La Corte dei conti nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Corte conti*, 2021, 6, 4.

36 *Ibidem*.

37 In tema di elementi costitutivi l'illecito erariale si rimanda a S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, Milano, Giuffrè, 2003, 180; G. DE MARIA, *Gli elementi strutturali del danno erariale*, 2 ottobre 2019, disponibile su www.segretariocomunalivighenzi.it; G. BOTTINO, *La responsabilità amministrativa: profili sostanziali*, in A. CANALE *et al.*, *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 2017, 1157 ss.; F. M. LONGAVITA, *Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa e le specificità rispetto a quella penale. In particolare, il danno erariale*, cit.; C. DE NICOLA, *Illecito del dipendente e imputazione della responsabilità alla pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 917 ss.; L. PREVITI, *Riflessioni sull'ambito soggettivo di applicazione della responsabilità amministrativa: tra esigenze di prevedibilità e tentativi di correzione della mala gestio pubblica*, in *Federalismi.it*, 2020, 4, 180 ss.; L. GRECO, *L'ambito della giurisdizione contabile*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, 914 ss.; T. MIELE, *Lo stato della giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa contabile nei confronti degli amministratori, dipendenti ed agenti degli enti economici e delle società pubbliche*, Relazione per il corso di formazione ed aggiornamento, Roma dal 13-15 dicembre 2006, Aula Sezione Riunite della Corte dei conti, disponibile su www.corteconti.it; L. BALESTRA, *Responsabilità per danno erariale e prerogative della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 2019, 4, 18 ss.; P. MADDALENA, *Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte conti*, 2008, 1, 196 ss., che sostiene che la nuova concezione di Stato-comunità fa sì che sia superato il principio del rapporto di servizio affinché vi sia responsabilità amministrativa, essendo sufficiente che ad un soggetto, in quanto cittadino, siano attribuite funzioni pubbliche, in particolare amministrative; sarebbe più appropriato, pertanto, parlare di «rapporto di ufficio».

38 Prima che l'intervento del legislatore di cui all'art. 21 del d.l. n. 76/2020 chiarisse che il dolo erariale sia da intendersi alla stregua di quello penale, acceso è stato il dibattito di giurisprudenza e dottrina in merito alla sua natura, classificata talvolta come contrattuale, talvolta come extracontrattuale e talaltra come penale. Per la giurisprudenza sostenitrice del dolo contrattuale, cfr. *ex multis*: Corte conti, sez. III app., 9 febbraio 2017, n. 74; ID., sez. riun., 25 ottobre 1996, n. 63; ID., sez. I app., 21 gennaio 2014, n. 107; ID., sez. giur. Lazio, 21 novembre 2016, n. 319;

sponsabilità erariale³⁹ – è stato oggetto di una notevole evoluzione nel corso degli anni⁴⁰. Quello che una volta – ponendosi l'accento unicamente sulla *deminutio patrimonii* sofferta dall'erario – veniva inteso nell'accezione di danno erariale, parrebbe oggi infatti qualificarsi più propriamente come “danno pubblico”, vale a dire come *vulnus* arrecato, più in generale, a tutti gli interessi pubblici meritevoli di tutela. Mentre la Corte dei conti si faceva progressivamente portatrice dei valori a tutela della comunità amministrata, il concetto di danno si dematerializzava ed eticizzava, determinando la sfumatura del soggetto passivo della lesione che, se prima si identificava nell'ente danneggiato, è invece oggi individuato nell'intera collettività⁴¹. Di conseguenza, la giurisprudenza ha iniziato ad elaborare nuove fattispecie di danno volte alla salvaguardia non solo dell'integrità del patrimonio pubblico, quanto dell'interesse a una buona amministrazio-

ID., sez. giur. Umbria, 20 dicembre 2006, n. 405; ID., sez. riun., 25 ottobre 1996, n. 63/A; in dottrina cfr. A. VETRO, *Il dolo contrattuale civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della Corte dei conti*, 10 dicembre 2011, disponibile su www.contabilitapubblica.it. In senso contrario, *ex multis*: Corte conti, sez. giur. Sardegna, n. 294/2009; ID., sez. I app., 14 marzo 2014, n. 401; ID., sez. riun., 10 giugno 1997, n. 56; ID., sez. I app., 13 marzo 2014, n. 401; ID., sez. giur. Lombardia, 11 novembre 2015, n. 139. In dottrina: V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, cit., 365 ss. È stato altresì sostenuto che il dolo in questione non sia riconducibile né a quello civilistico, né a quello penalistico, dovendolo ritenere come a sé stante, tipicamente erariale, alla luce della autonomia e specificità della responsabilità amministrativa; cfr. in proposito Corte conti, sez. III app., 28 settembre 2004, n. 510, con note di L. CASO, *Il dolo comune e il dolo erariale* e L. VENTURINI, *Il “dolo erariale”: natura ed incidenza; il potere sindacatorio: limiti e fine*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 10, 2988 ss. Per altre pronunce in tal senso, cfr. *ex multis*: Corte conti, sez. I app., 22 marzo 2010, n. 198; ID., sez. giur. Puglia, 11 ottobre 2006, n. 885; ID., sez. giur. Lombardia, 8 gennaio 2015, n. 1.

39 È stata superata la concezione formale della responsabilità amministrativa, in base alla quale si configurava l'obbligazione risarcitoria anche in assenza di danno, scaturente dal solo fatto di aver violato le norme poste a salvaguardia della finanza pubblica; cfr. G. MIELE, *Problemi attinenti alla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 530 ss.

40 Come osservato da A. ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, Giuffrè, 2012, 13 ss., l'evoluzione ha interessato in particolar modo i danni immateriali, che comportano la lesione di beni intangibili quali l'immagine, il prestigio e l'onore della p.a.

41 P. MADDALENA, *La definizione del concetto di “danno pubblico”, premessa indispensabile per qualsiasi riforma della Corte dei conti*, in *Foro amm.* 1983, 1-2, 255 ss., che sottolinea come si sia preso coscienza di come «l'attività della Corte dei conti [sia] stata svalutata e stravolta perché posta in una visuale individualistica e falsamente libertaria, mentre essa si giustifica ed ha un suo proprio ruolo soltanto se posta in una visuale che ponga in primo piano il bene comune quale interesse preminente della collettività»; G. BOTTINO, *La responsabilità amministrativa: profili sostanziali*, cit., 1166 ss.

ne⁴²: si tratta, ad esempio, del danno all'ambiente⁴³, del danno all'immagine⁴⁴, del danno da tangente⁴⁵, del danno alla concorrenza⁴⁶ o di quello da disservizio⁴⁷. Quest'ultimo, in particolare, è stato definito come una «*fattispecie dai contorni mobili*»⁴⁸, essendo quella di “disservizio” una nozione flessibile e aperta, che ha saputo determinarsi attraverso un criterio espansivo⁴⁹ e che si è sviluppata congiuntamente al principio di buon andamento. Se in un primo momento, infatti, il disservizio veniva ricondotto unicamente all'ambito dei servizi pubblici

42 P. MADDALENA, *ibidem*, che asserisce che il fatto dannoso, dunque, non è più inteso in senso «computistico e ragionieristico», bensì in quanto «fenomeno umano» lesivo di beni non necessariamente suscettibili di valutazione monetaria, ma comunque utili alla collettività.

43 Incerta si è mostrata in un primo periodo la giurisprudenza circa la spettanza della cognizione del danno ambientale al giudice ordinario o contabile: cfr. Cass. Civile, SS.UU., nn. 440/1989, 40/1989 e 10733/1998. In senso critico verso queste pronunce, F. GIAMPIETRO, *Il danno ambientale tra giurisdizione contabile e giudice ordinario: l'intervento della Corte costituzionale*, in *Foro amm.*, 1988, 9, 2671 ss., che osserva che l'aver negato la giurisdizione del giudice contabile costituisce uno «strappo» ai suoi danni, in quanto è alla Corte dei conti che va riconosciuta la paternità del danno pubblico ambientale e una considerevole solerzia nella tutela dei danni ambientali. In seguito, la Corte ha cercato di recuperare la propria giurisdizione facendo crescere esponenzialmente le pronunce di responsabilità nei casi di danno ambientale indiretto; in proposito cfr. V. GIOMI, *Le stagioni della giurisdizione contabile nella reazione al danno all'ambiente. Problemi attuali e prospettive future*, in *Federalismi.it*, 2020, 16, 135 ss. Infine, l'introduzione del Codice dell'ambiente ha esteso lo spazio di intervento del giudice contabile, tanto che oggi si parla di una tutela giurisdizionale «a tre uscite»: cfr. F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente: la concorrenza delle giurisdizioni*, in *Danno e Resp.*, 2007, 7, 730.

44 La Corte dei conti lo ha definito come «pregiudizio non patrimoniale, ma suscettibile di valutazione economica, consistente nella perdita o diminuzione del prestigio, del buon nome, dell'autorevolezza e della credibilità sociale della pubblica amministrazione danneggiata, ovvero nell'alterazione del prestigio e della personalità dello Stato-amministrazione oppure di altra pubblica amministrazione, a seguito di un comportamento tenuto in violazione dell'art. 97 Cost., ossia in dispregio delle funzioni e delle responsabilità dei funzionari pubblici» (cfr., *ex multis*, Corte conti, sez. giur. Lombardia, 6 ottobre 2017, n. 143). Si osservi che inizialmente si negava la giurisdizione contabile in tema di danno all'immagine in quanto quest'ultimo era considerato un danno morale (cfr.: L. PRIMICERI, *Il danno all'immagine come danno non patrimoniale*, in *Resp. civ.*, 2007, 7, 601 ss.). In seguito soprattutto agli scandali di Tangentopoli, la giurisprudenza ha cominciato a riconoscere che tale danno, pur non causando una diminuzione patrimoniale diretta, fosse tuttavia suscettibile di valutazione economica sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso (cfr. Cass. Civile, SS.UU., n. 5668/1997; Corte conti, sez. riun., 23 aprile 2003, n. 10). La previsione dell'art. 7, l. n. 97/2001, confermata dall'art. 17, co. 30-ter (c.d. Lodo Bernardo) del d.l. n. 78/2009 che subordinava l'avvio dell'azione di responsabilità alla sentenza irrevocabile di condanna per i reati contro la p.a., era stata dichiarata coerente con l'art. 3 Cost. dalla Corte costituzionale (cfr. Corte cost., sent. n. 355/2010), ma non tale da sopire le incertezze della magistratura contabile, che tendeva talvolta a non applicarlo. Con l'entrata in vigore del Codice di giustizia contabile il lodo Bernardo è stato abolito, ma ciò non ha comunque risolto i dubbi circa i presupposti per la promuovibilità dell'azione davanti al giudice contabile. In proposito, cfr.: Corte Cost., sent. n. 168/2019, con commento di F. G. SCOCA, *Responsabilità amministrativa e danno all'immagine*, in *Giur. cost.*, 2019, 4, 1995 ss.; Corte conti, sez. giur. Lombardia, 1 dicembre 2016, n. 201; ID., 29 settembre 2020, n. 140, con nota di L. D'ANGELO, *Novità sul danno all'immagine*, 4 ottobre 2020, disponibi-

– con riferimento però non alla loro materiale esecuzione, bensì alla qualità degli stessi che, se inferiore al dovuto, si traduceva in un servizio apparente, privo delle sue caratteristiche essenziali di pubblica utilità e dunque scadente⁵⁰ –, con il tempo ha preso piede un'accezione “lata” del concetto di disservizio, cosicché ormai esso si ritiene ascrivibile a tutta l'attività amministrativa⁵¹. Pertanto, costituiscono oggi danno da disservizio una pluralità di condotte, talvolta anche molto diverse tra loro, ma comunque pregiudizievoli nei confronti dell'andamento efficiente, economico ed efficace dell'amministrazione pubbli-

le su www.dirittoconti.it; Corte conti, sez. giur. Emilia Romagna, 15 marzo 2017, n. 106; ID., sez. giur. Toscana, 4 luglio 2018, n. 174; ID., 30 settembre 2020, n. 272, con nota di L. D'angelo, *cit.* Più in generale, sul danno all'immagine, si rinvia a D. PERROTTA, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione, tra tendenze giurisprudenziali (espansive), scelte del legislatore (restrittive) e il nuovo codice di giustizia contabile*, in *Federalismi.it*, 2018, 8, 2 ss.; V. VARONE, *Il danno all'immagine*, in A. CANALE *et al.*, *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, *cit.*, 1187 ss.; C. CILLA, *Il danno all'immagine della p.a.*, nota a Corte Cost., 15 dicembre 2010, n. 355, disponibile su www.dirittoamministrativo.it.

45 Consistente nel costo aggiuntivo sopportato dalla collettività derivante dalla traslazione sulla p.a. di quanto pagato dall'imprenditore per la *captatio benevolentiae* illecita. Si osservi che il concetto di tangente è qui inteso in senso più ampio rispetto a quanto recepito in ambito penalistico, poiché volto a ricomprendere ogni condotta che determini una disfunzione amministrativa per l'uso distorto di risorse pubbliche. In tema, si rinvia a F. D'ANGELO, *Il danno da tangente*, in A. CANALE *et al.*, *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, *cit.*, 1229 ss.; A. ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, *cit.*, 134 ss.

46 Identificabile nell'omessa applicazione delle regole di evidenza pubblica nell'ambito delle gare con conseguente lesione dei principi di libertà, concorrenza, buon andamento e imparzialità. Il danno viene identificato guardando all'ingiustificato arricchimento dell'impresa. In proposito si vedano P. CLARIZIA, *Il danno alla concorrenza*, in A. CANALE *et al.*, *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, *cit.*, 1197 ss. e M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, 71 ss., che osserva che la concorrenza costituisce «la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio».

47 Cfr. M. NUNZIATA, *Il danno da disservizio*, in A. CANALE *et al.*, *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, *cit.*, 1217 ss.; V. E. TOMASSINI, *Il danno da disservizio*, in *Riv. Corte conti*, 2005, 3, 334 ss.; A. CIARAMELLA, *Alcune attuali figure di danno risarcibile davanti al Giudice contabile*, in *Riv. Corte conti*, 2004, 2, 361 ss.

48 Queste le parole usate da G. CREPALDI, *Qualità delle prestazioni, disservizio e tutela del cittadino-utente*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, *cit.*, 112.

49 Così Corte conti, sez. giur. Trentino Alto Adige-Trento, 14 dicembre 2006, n. 130.

50 Cfr. Corte conti, sez. giur. Umbria, 27 luglio 2004, n. 371; si vedano anche, *ex multis*: Corte conti, sez. I app., 12 febbraio 2014, n. 253; ID., sez. giur. Veneto, 28 febbraio 2017, n. 29; ID., sez. giur. Puglia, 7 gennaio 2008, n. 2. Per un approfondimento, si rimanda a M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, *cit.*, 97 ss.

51 Minoritario è, infatti, l'orientamento della giurisprudenza contabile che continua ad ancorare tale danno alla prestazione di servizi: cfr. Corte conti, sez. giur. Puglia, 25 agosto 2008, n. 661.

ca⁵², alla luce dell'accezione che il principio di buon andamento ha assunto a seguito del processo di disgelo costituzionale.

Sull'assunto che tanto l'estensione del sindacato dei giudici contabili – vista come «*spada di Damocle*»⁵³ che pende sull'attività di funzionari e amministratori pubblici –, quanto l'evoluzione delle fattispecie di danno erariale – sganciandosi dal requisito della patrimonialità nel tentativo di coprire ogni ambito dell'esercizio della funzione amministrativa in cui possano trovare spazio condotte lesive degli interessi dello Stato-comunità – generassero in capo ai dipendenti pubblici un timore di incorrere in responsabilità idoneo a determinare la “paralisi del fare”, non sono mancati da parte della politica tentativi di ridimensionamento dei poteri di repressione via via più capillari della Corte dei conti. Si consideri, inoltre, che il costante aumento dei tipi di danno erariale ha comportato una crescente difficoltà nel distinguere i sempre più labili confini tra una fattispecie e l'altra⁵⁴, sicché uno stesso fatto può essere ritenuto pregiudizievole nei confronti della p.a. sotto diversi profili e quindi produttivo di molteplici danni all'erario⁵⁵. Infine, non può essere trascurato che l'intensificarsi nel

52 Rappresentano danno da disservizio secondo la giurisprudenza, infatti: l'esercizio illecito e penalmente rilevante di pubbliche funzioni (cfr. Corte conti, sez. giur. Umbria, 4 dicembre 1997, n. 1; ID., 14 maggio 1998, n. 501; ID., sez. giur. Piemonte, 3 marzo 2011, n. 83); l'asservimento del servizio (cfr. Corte conti, sez. giur. Puglia, 7 gennaio 2008, n. 2); la mancata resa del servizio (cfr. Corte conti, sez. giur. Veneto, 13 giugno 2011, n. 382; ID., sez. giur. Lombardia, 21 marzo 2008, n. 209); l'utilizzo deviato di beni strumentali (cfr. Corte conti, sez. giur. Basilicata, 22 marzo 2006, n. 83); l'alterazione dell'ordine delle pratiche da istruire (cfr. Corte conti, sez. giur. Lombardia, 21 marzo 2008, n. 209).

53 Così E. BONELLI, *La nozione di colpa grave quale elemento soggettivo della responsabilità per danno erariale a quasi venti anni dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639*, in D. CROCCO (a cura di), *cit.*, 266. Si pensi anche all'estensione della giurisdizione contabile operata da parte della l. n. 142/1990 ad amministratori e dipendenti degli enti locali, nonché alla strutturazione in sezioni regionali della Corte dei conti.

54 Efficace la ricostruzione in M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, *cit.*, 219 ss., che evidenzia come il danno da disservizio inteso come esercizio inefficiente o illecito dei beni della p.a. facilmente possa essere confuso con il danno all'immagine o con quello da tangente, pur differenziandosi dal primo – in quanto non mira a ristorare l'astratta credibilità e autorevolezza di quest'ultima – e dal secondo – che riguarda le sole ipotesi dei contratti pubblici e costituisce un'indebita maggiorazione del giusto prezzo a danno dell'amministrazione corrispondente solitamente all'importo della tangente.

55 Cfr. Corte dei conti, sez. giur. Piemonte, n. 44/2011 con cui la Corte ha accertato un articolato modello di accordi corruttivi tra imprenditori e funzionari dell'AIPo (Agenzia Interregionale per il fiume Po) in seguito all'affidamento di lavori urgenti per il pericolo di esondazione del fiume. In questo caso, non solo si è rilevata la presenza di un danno da tangente per il mag-

corso del tempo dell'attività legislativa volta a individuare fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa⁵⁶ ne abbia accentuato i tratti punitivi⁵⁷. Ciò non solo ha l'effetto di pregiudicare il carattere di specialità ed esclusività tipico di questa forma di responsabilità⁵⁸, ma anche di attribuire alla Corte poteri sempre più ampi indirizzati alla tutela della legalità, «*se non addirittura alla moralizzazione dei comportamenti dei dipendenti pubblici*»⁵⁹, il cui contraltare è un progressivo allontanamento dalla sua funzione originaria verso la trasformazione in un'autorità

giore onere sopportato dalla p.a. per l'esecuzione dei lavori affidati dal convenuto, ma anche quella del danno alla concorrenza, ravvisato nell'utile di impresa di cui ha beneficiato illecitamente il privato corruttore, nonché del danno da disservizio, ricondotto all'insieme delle spese sopportate dall'amministrazione a seguito della condotta criminosa.

56 Si possono citare: il r.d. n. 1214/1934; l'art. 248, co. 5, del d.lgs. n. 267/2000; la legge finanziaria del 2007 che prevede una sanzione nel caso si violi il limite di retribuzione di dirigenti, consulenti, membri di collegi o titolari di qualsiasi incarico in ambito statale o in società a prevalente partecipazione pubblica; l'art. 20, co. 12 del d.l. n. 98/2011; il d.lgs. n. 19 agosto 2016 che ha stabilito una sanzione in caso di mancata adozione degli atti di razionalizzazione periodica delle partecipazioni nelle società pubbliche da parte delle amministrazioni socie. Per queste ed altre ipotesi di fattispecie sanzionatorie tipizzate, si rinvia a V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: contabilità, pensioni, controlli*, cit., 59 ss. In tema di fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa, si veda anche S. CIMINI, *Tipizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, in *Federalismi.it*, 2014, 3, 1 ss.; P. SANTORO, *La responsabilità amministrativa sanzionatoria tra clausola generale e tipizzazione dell'illecito*, nota a Corte conti, sez. riun., n. 12/2007, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, 12, 3565 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione della Corte dei conti: evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo*, in F. G. SCOCA, A. F. DI SCIASCIO (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 25 ss.

57 Sul ricco dibattito circa la natura risarcitoria, sanzionatoria o speciale non pare, per ragioni di spazio, opportuno soffermarsi. Ci si limita in questa sede a ricordare che, a seguito dell'introduzione dell'espressione «*violazione degli obblighi di servizio*» (cfr. Corte conti, sez. I app., 15 dicembre 1949, n. 32), la giurisprudenza non ha più mutato orientamento, continuando a sostenere la natura contrattuale della responsabilità erariale. Maggiori perplessità si continuano invece a riscontrare in dottrina; per un approfondimento sul tema si rinvia a L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2001, 58 ss.; R. COLAGRANDE *et al.*, *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*; a cura di F. G. SCOCA, Padova, Cedam, 1997; A. R. TASSONE, *La valenza sanzionatoria e quella risarcitoria della responsabilità amministrativa*, cit.; V. RAELI, *La natura della responsabilità amministrativa tra modello risarcitorio e sanzionatorio*, in *Federalismi.it*, 2010, 1; M. FRANZONI, *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti nei confronti della p.a. tra diritto comune e diritto speciale: le riflessioni di un civilista*, in D. SORACE, cit., 251 ss.; V. VITTA, *Contrattualità della responsabilità del funzionario verso la p.a.*, in *Riv. Corte conti*, 1950, 1, 13 ss.; S. GRECO, *La fonte della responsabilità patrimoniale degli ufficiali pubblici*, in *Riv. Corte conti*, 1959, 1, 55 ss.; F. STADERINI, *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici dipendenti tra risarcimento e sanzione*, in D. Sorace, cit., 299 ss.; P. MADDALENA, *Responsabilità civile e amministrativa: diversità e punti di convergenza dopo le leggi nn. 19 e 20 del 14 gennaio 1994*, in *Cons. Stato*, 1994, 2, 1427 ss.; ID., *La colpa nella responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte conti*, 1997, 2, 281 ss.; ID., *Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte conti*, 2008, 1, 196 ss.; G. ALPA, *I fondamenti filosofici della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, 1, 5 ss.; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, Giappichelli, 2002; C. QUARANTA, *La responsa-*

che applica sanzioni amministrative⁶⁰ e che genera un crescente effetto di preoccupazione e cautela in capo ai soggetti sottoposti al suo controllo⁶¹; viene, tra l'altro, altresì svelata tutta la sfiducia che il legislatore nutre nel rispetto della legalità da parte dell'amministrazione pubblica in assenza della minaccia di una punizione.

3. La legge n. 639/1996 e la prima generica limitazione della responsabilità erariale

A fronte del panorama culturale e legislativo appena ricostruito, al fine di rendere la responsabilità amministrativa «ragione di stimolo, e non di disincentivo»⁶², il legislatore decise, già nel 1996, di intervenire sulla sua disciplina, introducendo una prima, generale limitazione del suo perimetro applicativo. L'art. 3 della legge n. 639/1996 ha infatti modificato il disposto dell'art. 1, co. 1 della legge n. 20/1994, estendendo a tutti gli amministratori e dipendenti pubblici la previsione – prima contemplata solo per attività specifiche, ritenute particolarmente rischiose o esposte a frequenti possibilità di errore⁶³ – che la responsabilità di

bilità dei funzionari pubblici nei confronti della p.a. quale strumento di efficienza dell'agire amministrativo, nota a Corte cost., sent. n. 275/2001, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1, 101 ss.; M. A. SANDULLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione dal danno civile al danno erariale. L'elemento soggettivo della responsabilità*, in *Federalismi.it*, 2005, 22.

58 Il riferimento è alla particolare declinazione dell'elemento soggettivo, all'esercizio del potere riduttivo e alla valutazione delle circostanze del caso concreto, che sono negate nelle fattispecie sanzionatorie in cui è lo stesso legislatore a stabilire *ex ante* se una determinata condotta comporti responsabilità.

59 Così in F. FRACCHIA, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 683; in questi termini anche F. MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in *Dir. amm.*, 2006, 1 ss.

60 S. CIMINI, *Tipizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, *cit.*, 23.

61 Cfr. L. TORCHIA, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, *cit.*, che osserva come la logica dell'adempimento – tipica delle fattispecie in esame, cui si collega una sanzione in caso di mancato adempimento puntuale – non solo è diversa dalla logica del risultato, ma spesso ad essa antitetica.

62 Queste le parole in Corte cost. sent. n. 371/1998, par. 6.

63 Infatti, fino al 1996 funzionari e amministratori pubblici rispondevano per dolo o colpa semplice. Alcune specifiche limitazioni della responsabilità a casi di dolo e colpa grave erano rinvenibili nell'art. 22, T.U. n. 3/1957 e nell'art. 1, l. n. 1833/1962, con riferimento agli impiegati civili dello Stato addetti alla conduzione di autoveicoli; nella l. n. 69/1975, con riferimento agli addetti alla conduzione di navi ed aeromobili; nella l. n. 67/1981, per il personale ferroviario nell'esercizio delle funzioni inerenti alla circolazione dei treni e delle attività direttamente connesse; nell'art. 52 del T.U. n. 1592/1933, per gli amministratori delle università; nell'art. 61,

tutti gli amministratori e i dipendenti pubblici dovesse essere limitata ai soli casi di dolo e colpa grave⁶⁴. Nel silenzio della legge⁶⁵, è spettato a dottrina e giurisprudenza elaborare la definizione di colpa grave e stabilirne il *discrimen* con la colpa lieve. Così, la colpa grave è stata identificata nella *nimia diligentia*, ossia in un comportamento caratterizzato da inescusabile imprudenza, ovvero omettendo di osservare il minimo grado di diligenza esigibile; essa si distinguerebbe dunque dalla colpa lieve in quanto, a differenza di quest'ultima, non si riferirebbe alla diligenza richiesta secondo la natura dell'attività al buon impiegato, bensì a quella dovuta da un impiegato mediocre⁶⁶.

l. n. 312/1980, che limitava ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi la responsabilità patrimoniale del personale direttivo, docente e non docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato e delle istituzioni educative; nell'art. 2, l. n. 117/1988 che prevedeva che la responsabilità di tutti i magistrati, compresi quelli della Corte dei conti, fosse circoscritta alle fattispecie indicate dall'art. 2, co. 3 della medesima legge.

64 È stata così abbandonata la c.d. teoria psicologica della colpa – che la concepiva come nesso psichico astratto, fisso e non graduabile – in favore della c.d. teoria normativa, secondo cui la colpa cui ci si deve riferire è quella in concreto, cioè quella che si accerta in base ai criteri di prevedibilità ed evitabilità della serie causale produttiva del danno. In merito alla applicazione della colpa “in concreto”, si veda, *ex multis*, Corte conti, sez. giur. Lazio, 2 agosto 2002, n. 2205; in dottrina, cfr. A. CORPACI, *Su alcuni aspetti problematici della responsabilità civile e della responsabilità amministrativa di funzionari e dipendenti pubblici*, in D. SORACE, *cit.*, 239 ss.

65 Come osservato da A. CORPACI, *ibidem*, 268, il silenzio della legge si traduce, da un lato, in un grande potere in capo alla Corte dei conti nell'accertamento dell'elemento soggettivo e, dall'altra, in un vero e proprio *punctum dolens* della disciplina dell'illecito erariale, in quanto i giudici chiamati all'impresa, al fine di non creare sovrapposizioni con l'adiacente concetto di colpa lieve, non possono darne una interpretazione eccessivamente elastica. A questo proposito, dal momento che i dipendenti pubblici non sono messi nella condizione di sapere *ex ante* se la loro condotta si possa qualificare come gravemente colposa – e quindi costituire responsabilità erariale – alcuni hanno sostenuto la necessità di tipizzare i casi sussumibili sotto il concetto di colpa grave. Il carattere «*minimo inderogabile*» della colpa grave è stato però riconosciuto dalla Corte costituzionale, pronunciatisi sulla incostituzionalità di una tipizzazione delle fattispecie di colpa grave operata da una legge della Provincia autonoma di Bolzano (cfr.: Corte cost., sent. n. 340/2001). In tema, cfr. S. CIMINI, *Cattiva amministrazione da attività provvedimentale illegittima e responsabilità amministrativa*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, *cit.*, 63 ss.; B. TRIDICO, *Colpa grave e gradualità della condanna*, in *Riv. Corte conti*, 2000, 5, 68 ss.

66 Per un approfondimento sulla definizione di colpa grave, nonché su quanto la differenzi dalla colpa lieve, cfr. E. BONELLI, *La nozione di colpa grave quale elemento soggettivo della responsabilità per danno erariale a quasi venti anni dalla legge 20 dicembre 1996 n. 639*, in D. CROCCO, *cit.*, 261 ss.; L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, *cit.*, specialmente da 90 a 91; per la definizione data da parte della giurisprudenza contabile al concetto di colpa grave, si vedano, *ex multis*: Corte conti, sez. giur. Trentino Alto Adige-Trento, 10 ottobre 2006, n. 137; ID., sez. III app., 10 settembre 2010, n. 523; ID., sez. I app., 8 ottobre 2013, n. 796; ID., sez. I app., 16 marzo 2000, n. 83.

Nonostante la discrezionalità accordata al legislatore nello stabilire e graduare il regime della responsabilità a seconda della situazione concreta fosse stata affermata anche dalla Corte costituzionale⁶⁷ – a patto, però, che non si giungesse ad una «*esclusione più o meno manifesta di ogni responsabilità*»⁶⁸, ovvero ad una «*negazione totale, che violerebbe apertamente quel principio o peccherebbe di irragionevolezza*»⁶⁹ –, non si sono fatte attendere le perplessità circa la compatibilità di un tale intervento con alcune disposizioni costituzionali⁷⁰, al pari di quanto sarebbe avvenuto a distanza di quasi vent'anni a proposito dell'art. 21 del d.l. 76/2020. Si sosteneva, soprattutto, la violazione dell'art. 3 Cost. per avere il legislatore previsto una limitazione generalizzata ed indifferenziata per tutti i dipendenti e amministratori pubblici e degli artt. 97 e 103, co. 2 Cost. per l'incuria che la disposizione avrebbe generato nell'esercizio di pubblici poteri e per la sottrazione alla cognizione dei giudici contabili di comportamenti comunque lesivi per l'erario⁷¹. La legittimità costituzionale dell'intervento in esame fu tuttavia affermata dalla celeberrima sentenza della Consulta n. 371 del 1998, che ne sottolineò la coerenza con la finalità di valorizzare i risultati dell'azione amministrativa alla luce degli obiettivi di efficienza e rigore di gestione, nonché quella di determinare quanto del rischio dell'attività dovesse restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente.

Eppure, nonostante la pronuncia del Giudice delle leggi, ben si comprendono le perplessità che già l'intervento del 1996 aveva sollevato. Indubbio è, infatti, che quest'ultimo fosse tale da punire solo i responsabili di danni commessi con macroscopiche deviazioni dal modello di diligenza previsto, lasciando le conseguenze di tutti gli altri a carico della finanza pubblica. Inoltre, sebbene in

67 Corte cost., sent. n. 1032/1988, par. 2.1, in cui si osserva che «*dalla legislazione nazionale sulla responsabilità dei dipendenti pubblici verso l'amministrazione di appartenenza non è desumibile un principio per il quale il dipendente è tenuto a rispondere in ogni caso per qualsiasi colpa*».

68 Cfr. Corte cost., sent. nn. 4/1965 e 49/1976.

69 Cfr. Corte cost., sent. nn. 2/1968 e 18/1989.

70 L'origine di tutto si deve ad alcune ordinanze "a cascata" delle Corti territoriali contabili: cfr. Corte conti, sez. I app., ord. 29 novembre 1996, n. 182; ID., 27 novembre 1996, n. 185 e 500; ID., 25 febbraio 1997, n. 500.

71 Oltre agli artt. 3, 97 e 103, si ritenevano violati anche gli artt. 11, 24 e 81 Cost.

nome della responsabilizzazione del settore pubblico non si possa correre il rischio di paralisi amministrative, irragionevole appare estendere la limitazione della responsabilità al dolo e alla colpa senza operare alcuna distinzione tra dipendenti pubblici, i quali, a ben vedere, non sono sempre esposti al medesimo rischio di incorrere in responsabilità; in particolare, tale intervento sembra de-responsabilizzare – piuttosto che tranquillizzare – soprattutto quegli impiegati che, poiché preposti a compiti meramente esecutivi, non esercitano alcuna discrezionalità⁷².

4. Le criticità dell'art. 21

L'aver messo nuovamente mano, nel 2020, all'elemento soggettivo della responsabilità amministrativo-contabile ha dimostrato, da un lato, come esso rappresenti la vera chiave di volta di quest'ultima, il fattore su cui agire per il raggiungimento di nuovi equilibri o per il ripristino di quelli perduti; dall'altro, ha reso ancor più evidente la necessità che tale tema sia maneggiato con estrema cautela, in quanto degli interventi non sufficientemente ponderati e un'attività legislativa «tumultuos[a] [e] asistematic[a]»⁷³ possono causare più problemi di quelli che ci si prefiggeva di risolvere. Come accennato, l'art. 21 del d.l. «semplificazioni» si compone di due commi, che, con l'obiettivo di combattere la burocrazia difensiva, mirano rispettivamente a risolvere i contrasti giurisprudenziali sulla natura del dolo e a rendere più ardua la prova della sua configurabilità. Come spesso accade, però, alle intenzioni certamente nobili del legislatore non è seguita un'attività legislativa altrettanto lodevole, così che quello che doveva essere il decreto delle semplificazioni ha finito per complicare il già in-

⁷² Particolarmente critico si è mostrato in proposito F. STADERINI, *La giurisdizione contabile oggi*, in *Riv. Corte conti*, 1997, 5, 345 ss. e ID., *Riflessioni critiche sulle più recenti innovazioni legislative riguardanti la giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica*, Intervento al convegno “La giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica”, Siena, 13-14 giugno 1997, in *Dir. regione*, 1997, 3, 487 ss.: si vedano anche V. TENORE, A. NAPOLI, *Studio sulla responsabilità amministrativo-contabile davanti alla Corte dei conti*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2019, 315 ss.; G. PASTORI, *Responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici tra interventi normativi recenti e prospettive di riforma*, in D. SORACE, *cit.*, 261 ss.

⁷³ Sono le parole di C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel “decreto semplificazioni”: ovvero la “diga mobile” della responsabilità*, in *Federalismi.it*, 2021, 10, 184.

tricato quadro della responsabilità amministrativa⁷⁴, con inevitabili ricadute e sul piano politico, e su quello sociale.

4.1. Il primo comma: il dolo in chiave penalistica

In primo luogo, si è sostenuto che chiarire che il dolo vada inteso in senso penalistico non abbia affatto sopito i dubbi sulla sua natura. Essendo il danno erariale, differentemente da quello penale, tendenzialmente atipico⁷⁵, è stato rilevato che richiedere la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso nel contesto di un illecito come quello amministrativo, basato su profili risarcitori e a condotta libera, sarebbe stridente⁷⁶. Inoltre, si è detto che il dolo in chiave penalistica non potrebbe essere applicato alla responsabilità in esame, essendo quest'ultima una responsabilità da rapporto obbligatorio, e che il legislatore, sovrapponendo il dolo come criterio di imputazione con il dolo come criterio di giustificazione causale, avrebbe configurato l'illecito erariale in termini di danno-evento, anziché di danno-conseguenza⁷⁷. Questi dubbi, tuttavia, potrebbero essere sedati adottando un'impostazione prudente, che adatti il dolo penalistico alle specificità di quello contabile, tenendo presente che in questo caso la volizione non è rivolta alla realizzazione dell'evento penalmente rilevante, bensì alla realizzazione dell'evento dannoso per l'erario e che il giudizio contabile, diversamente da quello penale, ha finalità prevalentemente risarcitorie, non determinanti⁷⁸.

74 La cui disciplina, a causa della sua frammentarietà, era già stata definita alluvionale e ricostruita guardando quasi esclusivamente alla disciplina processuale, dovendosi di conseguenza cercare un modello da seguire nelle altre categorie di responsabilità: cfr. A. R. TASSONE, *La valenza sanzionatoria e quella risarcitoria della responsabilità amministrativa*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, Cedam, 1998, 282 ss.

75 Fatte salve le fattispecie di responsabilità tipizzate.

76 Così P. BRIGUORI, *La sopravvivenza della giurisdizione della Corte dei conti tra scudo erariale e dolo "penalistico"*, in *Azienditalia*, 2021, 4, 722 ss.

77 C. E. MARRÈ BRUNENGHI, *Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale nel decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120*, in *Bilancio comunità persona*, 2020, 2, 151 ss.

78 Questa l'impostazione suggerita da P. BRIGUORI, *La sopravvivenza della giurisdizione della Corte dei conti tra scudo erariale e dolo "penalistico"*, cit. e

Più problematica risulta invece la compatibilità tra l'espressione «volontà dell'evento dannoso» contenuta nella disposizione e il dolo eventuale. Infatti, la novella del primo comma incide sull'onere probatorio della procura contabile, richiedendo la dimostrazione che il dolo copra tutti gli elementi costitutivi della fattispecie e che l'agente abbia avuto consapevolezza dell'incidenza negativa della sua condotta su interessi meritevoli di tutela⁷⁹. Com'è noto, il dolo, a seconda del grado di intensità della rappresentazione e della volizione, può declinarsi come intenzionale, diretto o eventuale⁸⁰. Quest'ultimo, in particolare, si configura quando l'agente agisce senza essere animato dalla finalità di commettere il reato, il cui accadimento egli valuta come conseguenza possibile di una condotta diretta ad altri scopi, secondo la c.d. teoria di accettazione del rischio⁸¹. All'indomani dell'introduzione della novella, si è subito osservato come la necessità di provare l'evento dannoso fosse idonea a diventare oggetto di dibattito in giudizio⁸². In effetti, nelle pronunce sin qui registrate la difesa ha sempre sostenuto che il dolo dell'evento non fosse riconducibile alla «volontà dell'evento dannoso», mentre la procura continua a sottolineare che la sua esclusione comporterebbe una intollerabile esenzione di responsabilità, dal mo-

79 Oggetto del dolo è, infatti, il fatto tipico colto nella sua portata antiggiuridica, a prescindere dal fatto che l'agente abbia una puntuale conoscenza dell'esistenza o del contenuto della norma incriminatrice. Si rammenta, infatti, sebbene ci siano reati la cui antiggiuridicità è più difficile da cogliere, lo sbarramento di cui all'art. 5 cod. pen. Il danno all'erario, non rappresentando un'ipotesi di responsabilità penale, non soggiace però a tutti i limiti dell'art. 5 cod. pen. e richiede pertanto l'accertamento della sussistenza della coscienza dell'offesa che reca alle finanze pubbliche. In tema si rimanda a G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2019, 367 ss.

80 Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2018, 345 ss. e G. P. DEMURO, *Il dolo, II, L'accertamento*, Milano, Giuffrè, 2010.

81 Si vedano G. P. DEMURO, *Sul dolo eventuale nel dolo specifico*, nota a Cass. Penale, sez. III, n.1268/2020, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 10, 1329 ss. e E. AMANTE, *In tema di accertamento del dolo eventuale nell'illecito erariale*, nota a Corte conti, sez. giur. Liguria, 25 marzo 2021 n. 74, in *Urb. app.*, 2022, 1, 107 ss.

82 Cfr. M. ATELLI *et al.*, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, in *Riv. Corte conti*, 2020, 6, 28 ss. Si osservi altresì che la giurisprudenza contabile, a differenza di quella penale, non è stata particolarmente interessata da riflessioni in merito al concetto e all'accertamento del dolo eventuale; in passato infatti l'intensità della volizione veniva raramente scrutinata, con la conseguenza di non soffermarsi sulle varie declinazioni del dolo. Rare eccezioni sono rappresentate da: Corte conti, sez. III app., 28 settembre 2004, n. 510, *cit.*; ID., sez. II app., 18 marzo 2015, n. 127 e 10 giugno 2015, n. 314.

mento che assai difficilmente le condotte portate all'attenzione del giudice contabile sono animate dalla specifica e precisa finalità di cagionare l'evento dannoso⁸³. Ad ogni modo, la risposta al quesito circa la possibilità di ricomprendere il dolo eventuale nel comma 1 dell'art. 21 appare piuttosto scontata⁸⁴ se si considera che quest'ultimo è comunque dolo e, pertanto e a differenza di quanto accade per la colpa cosciente, il momento volitivo – seppur attenuato rispetto a quanto avviene per il dolo intenzionale o diretto – è ad esso connaturato. Piuttosto, stante l'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza *Tyssen-Krupp*⁸⁵, un ragionamento garantista dovrebbe insistere sulla necessità che le procure contabili prestino attenzione a non configurare il dolo eventuale là dove si dovrebbe parlare di colpa cosciente: bisognerebbe cioè verificare la concretezza della rappresentazione, ossia comprendere se l'agente abbia ritenuto seriamente possibile il verificarsi del danno all'erario come conseguenza della sua condotta e, ciononostante, abbia scelto di non trattenersi dall'azione⁸⁶.

83 Cfr. M. LUCIANI, *Audizioni in videoconferenza su disegno di legge n. 1883 (d-l n. 76/2020 semplificazioni) davanti alle commissioni 1° e 8° del Senato*, 27 luglio 2020, disponibile su <https://webtv.senato.it/4621?videoevento=103201>, che riporta che il 90% circa dei giudizi contabili sono caratterizzati da colpa, contro il 10% connotati da dolo. Si veda anche Corte conti, sez. riun. contr., *Audizione della Corte dei conti sul disegno di legge n. 1883 (Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76. recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale")*, 28 luglio 2020, disponibile su www.corteconti.it, 8-9, che ha fatto notare (i) che le statistiche pubblicate in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario della Corte dei conti 2020 dimostrano che le iniziative delle varie procure contabili sono state collegate, per la grande maggioranza, ad ipotesi di danno erariale causato da colpa grave di funzionari o di amministratori pubblici e (ii) che la stessa giurisprudenza delle Sezioni unite non ha mai dubitato che nella volontà dell'evento dannoso rientri anche l'accettazione del rischio e che la violazione delle regole di servizio comporta essa stessa la prevedibilità dell'evento dannoso.

84 In senso contrario L. SAMBUCCI, *Licenza di sbagliare (anche molto gravemente), ovvero le insidie della legislazione di emergenza*, cit., e L. CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell'emergenza epidemiologica all'attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr)*, in *AmbienteDiritto.it*, 2021.

85 Cass. Penale, SS.UU., sent. n. 38343/2014.

86 Cfr. D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 22 ss. e ID., *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2019, 266 ss., in cui osserva che tanto nel dolo eventuale, quanto nella colpa cosciente, il dubbio attiene al momento rappresentativo, ma il dolo eventuale ha un afferrabile contenuto intellettuale e volitivo che nella colpa cosciente invece manca. In proposito si rinvia anche a M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, 70 ss.; G. P. DEMURO, *Sul dolo eventuale nel dolo specifico*, nota a Cass. Penale., sez. III, n. 1268/2020, cit.; A. AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2014; F. VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza recente*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto 2013*,

Un terzo aspetto problematico della novella in esame è rappresentato dalla sua applicazione temporale dal momento che, in primo luogo e a differenza del secondo comma, essa non menziona alcun termine applicativo. È interessante notare che dottrina e giurisprudenza abbiano assunto posizioni opposte in proposito: la prima, infatti, tende a ritenere che tale comma costituisca un intervento «a regime»⁸⁷, destinato a trovare applicazione anche a seguito del termine fissato dal legislatore, mentre la giurisprudenza sostiene che la limitazione di cui al comma 2 si estenda anche al comma 1, in quanto entrambi orientati ad arginare la “paura della firma”⁸⁸. Inoltre, trattandosi di *ius superveniens*, ci si è domandati se la prova del dolo erariale debba trovare applicazione nei giudizi pendenti e abbia quindi efficacia retroattiva, o se si applichi alle sole condotte poste in essere a seguito dell’entrata in vigore del decreto-legge. Sul punto la dottrina è divisa tra chi, propendendo per la natura processuale o di interpretazione autentica, ne sostiene l’efficacia retroattiva⁸⁹ e chi, ritenendo abbia natura sostanziale, la nega⁹⁰.

Roma, 2013, 118 ss., anche in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014; A. CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le Sezioni Unite ThyssenKrupp e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2015; M. DOVA, *Dolo eventuale: la Cassazione ritorna al passato. Un contrasto solo formale?*, nota a Cass. Penale, sez. I, n. 52530/2014, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2015; si veda anche A. FOTI, *Quale discriminare tra dolo eventuale e colpa cosciente?*, nota a Cass. Penale, n. 52530/2014, *cit.*, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 1, 48 ss.

87 Cfr. L. D’ANGELO, *Il “nuovo” dolo erariale nelle prime decisioni del giudice contabile*, nota a Corte dei conti, sez. I app., 2 settembre 2020, n. 234, in *LexItalia.it*, 9, 2020.

88 *Ex multis*: Corte conti, sez. giur. Sardegna, 6 maggio 2021, n. 190; ID., sez. I app., 21 luglio 2021, n. 298; ID., 2 settembre 2020 n. 234; ID., 12 ottobre 2020, n. 263; ID., sez. giur. Calabria, 27 ottobre 2020, n. 376; ID., sez. giur. Liguria, 5 ottobre 2020 n. 68; ID., 21 ottobre 2020, n. 83.

89 F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *Federalismi.it*, 2020, 36, 33 ss.; si vedano anche A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Riv. Corte conti*, 2020, 5, 1 ss.; L. CARBONE, *Problematiche e prospettive della responsabilità erariale: dalla gestione dell’emergenza epidemiologica all’attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr)*, *cit.*; E. CASTORINA, *Spunti problematici a proposito d’una sentenza della Corte costituzionale in materia di leggi regionali interpretative*, in *Le Regioni*, 1990, 6, 1733 ss. Interessanti anche le considerazioni in tema di interpretazione autentica svolte da A. PUGIOTTO, *Le leggi interpretative a Corte: vademecum per giudici a quibus*, in *Giur. cost.*, 2008, 3, 2749 ss.

90 Si veda, ad esempio, C. PAGLIARIN, *L’elemento soggettivo dell’illecito erariale nel “decreto semplificazioni”: ovvero la “diga mobile” della responsabilità*, *cit.* e M. T. D’URSO, *La riforma del dolo nei giudizi di responsabilità dopo il d.l. n. 76/2020 (c.d. “decreto semplificazioni”)*, convertito dalla legge n. 120/2020, in *Riv. Corte conti*, 2021, 2, 21 ss.

Infine, non può sfuggire che l'adesione alla concezione penalistica del dolo, che implica tutte le problematiche di accertamento dell'elemento psicologico tipiche del diritto penale, non è stata accompagnata da una revisione dei poteri del p.m. contabile, il quale non dispone degli stessi strumenti istruttori del procuratore penale⁹¹. La necessità di dimostrare la volontà dell'evento dannoso richiede, infatti, un maggiore impegno delle procure contabili, chiamate ad una valutazione più stringente dei fatti potenzialmente dannosi per l'erario, dovendo identificare nell'atto di citazione⁹² l'elemento soggettivo del dolo, pena la nullità della stessa⁹³. La disciplina dell'attività del p.m. contabile, tuttavia, è sempre stata oggetto di una legislazione frammentaria, risultante in una istruttoria «claudicante»⁹⁴, incompleta e che «pare svolgersi in una terra di nessuno non raggiunta ancora né dalle garanzie del processo né da quelle del procedimento»⁹⁵. In particola-

91 Sul punto, tuttavia, non vi è concordia in dottrina: cfr. A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., 4, secondo cui al p.m. contabile sarebbe comunque applicabile l'art. 95, co. 2 c.g.c. e M. ATELLI *et al.*, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, cit., 35, secondo cui si percepisce in ambito contabile «una sorta di complesso di inferiorità ingiustificato» rispetto alla magistratura ordinaria», le cui cause risiedono nella «insufficiente considerazione di quelli che sono i caratteri di specialità del procedimento di responsabilità amministrativo-contabile rispetto a quello penale»: nel secondo vige infatti la regola della prova «oltre ogni ragionevole dubbio», mentre nel primo quella del «più probabile che non».

92 L'art. 86 del c.g.c. rubricato «Citazione» codifica gli adempimenti che il procuratore contabile deve rispettare per la notificazione di un atto di citazione. In particolare, il co. 6 prevede la nullità della citazione se è omesso o risulta incerto il requisito di cui al co. 2, lett. c) – vale a dire l'individuazione e la quantificazione del danno o l'indicazione dei criteri per la sua determinazione – ovvero se manca l'esposizione dei fatti di cui al co. 2, lett. e) – vale a dire l'esposizione dei fatti, delle modalità in cui sono stati compiuti e degli elementi di diritto che costituiscono le ragioni della domanda, con le relative conclusioni –.

93 Si osservi che l'onere della prova sarebbe ancor più gravoso qualora non si ritenesse ricompreso nel co. 1 il dolo eventuale.

94 Questa l'espressione in A. CANALE, *L'attività istruttoria del Pubblico Ministero presso la Corte dei conti*, 23 dicembre 2002, disponibile su www.diritto.it, cui si rinvia per l'esame delle norme che regolano l'istruttoria contabile.

95 Così in G. SALA, *L'attività istruttoria del Procuratore contabile alla ricerca di regole tra (giusto) procedimento e (giusto) processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 2, 441; si veda anche M. SFERRAZZA, *La fase istruttoria nell'accertamento della responsabilità amministrativo-contabile*, 28 settembre 2012, disponibile su www.contabilita-pubblica.it. L'istruttoria del procuratore contabile, a differenza di quella del procuratore penale, non viene disciplinata per quanto riguarda tempi e termini (salvo quelli dettati a fini prescrizione); non prevede la verifica da parte di un organo giurisdizionale sulle determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione, né la possibilità di confrontare il fatto concreto con una fattispecie tipizzata astratta; non impone obblighi o sanzioni per coloro che abbiano disatteso le richieste istruttorie del p.m.; non contempla i due principi fondamentali della funzione amministrativa, ossia contraddittorio e accesso. Su quest'ultimo punto, *contra* M.

re, si ritiene che i suoi principali limiti siano da individuare nel carattere essenzialmente documentale del giudizio contabile e nella scarsità dei mezzi probatori in mano alle relative procure⁹⁶. Sarebbe pertanto auspicabile una più puntuale disciplina legislativa, che specifichi i presupposti e i limiti del potere istruttorio e che conduca ad un ampliamento dei poteri del procuratore contabile, così che questi possa diventare vero *dominus* dell'attività istruttoria, non condizionato dalle risultanze emerse nell'eventuale parallelo processo penale⁹⁷, né da eccessive preclusioni nei mezzi istruttori utilizzabili⁹⁸. Ciò risulta ancor più necessario allorché si consideri non solo l'importanza e la delicatezza del ruolo che il p.m. contabile ricopre, bensì anche il fatto che egli paia svolgere non solo il ruolo di accusatore, ma, in un certo senso, anche quello di giudice⁹⁹.

4.2. Il secondo comma e la compatibilità con gli artt. 3, 28, 77 e 97 Cost.

L'intervento di cui al secondo comma dell'art. 21 non ha rappresentato l'unica modifica al regime di responsabilità *ex* art. 1, co. 1 della legge 20/1994 nel periodo di emergenza sanitaria, ma è certamente quello dalla portata più dirompente e su cui si sono sollevate le più aspre critiche¹⁰⁰.

OCCHIENA, *Il procedimento preliminare al giudizio dinanzi alla Corte dei conti*, Torino, Editoriale scientifica, 2008, 107, che ritiene che l'atto di denuncia di cui entra in possesso la procura contabile possa essere oggetto di accesso per la p.a. danneggiata.

96 Si veda A. CANALE, *Il decreto semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile*, cit., che sottolinea come la predilezione per l'acquisizione di documenti comporti un sostanziale abbandono della prova testimoniale che, pur non essendo affatto vietata (*ex* art. 98 c.g.c.) non viene nella prassi utilizzata, con la conseguenza che non è sempre agevole per le procure ricostruire azioni e comportamenti ricorrendo alle sole prove documentali.

97 Pur essendo stata abolita nel 1988 la c.d. pregiudiziale penale ed essendosi affermato il principio di autonomia tra il giudizio penale e quello contabile, si assiste ancora oggi a frequenti sospensioni del processo contabile, in attesa delle risultanze del concomitante procedimento penale.

98 Di cui agli artt. 94-99 c.g.c.

99 È quanto affermato da R. PATUMI, *Procedure di affidamento semplificate introdotte dal decreto semplificazioni e responsabilità dei funzionari pubblici*, in *Azienditalia*, 2021, 4, 717 ss. Il p.m. contabile, infatti, è libero nella scelta del *quando* e *quomodo procedatur*.

100 Il d.l. n. 18/2020 (c.d. decreto cura Italia) aveva già previsto delle limitazioni della responsabilità a casi di dolo per attività specifiche senza limitazioni temporale né differenziazioni tra condotte attive e omissive, riguardanti principalmente l'acquisto di beni strumentali per combattere l'epidemia da Covid-19. Si vedano in proposito gli artt. 5-*quater*, co. 3, 26 e 122, co. 8 di tale decreto-legge. Quest'ultima disposizione riecheggia tra l'altro quanto contenuto nel c.d. decreto Genova all'art. 1, co. 5, emanato per la ricostruzione del ponte Morandi.

Al pari di quanto avvenuto nel 1996, anche l'art. 21, co. 2, ha sin da subito destato alcuni dubbi di legittimità costituzionale. Ancora una volta, le perplessità sono sorte circa la sua compatibilità con l'art. 3 Cost., in primo luogo alla luce della distinzione operata tra condotte attive e omissive. Il legislatore, infatti, al fine di incentivare all'azione amministratori e dipendenti pubblici in un momento in cui si richiede loro particolare tempestività nell'esercizio delle proprie funzioni, ha stabilito che le condotte commissive, fino al 30 giugno 2023, saranno sindacate dalla Corte dei conti solo se commesse con dolo, mentre per quelle omissive resta valido il generale regime di responsabilità di cui all'art. 1, co. 1 della legge 20/1994, così come novellato nel 1996¹⁰¹. A ben vedere, però, non solo le condotte omissive, bensì anche quelle commissive possono causare ingenti e irreparabili danni all'erario¹⁰². Si pensi, ad esempio, alle condotte attive poste in essere per la realizzazione di opere pubbliche che vengono poi lasciate incompiute, fenomeno purtroppo assai diffuso nel nostro Paese. Non poco disagevole può dirsi, poi, distinguere sul piano pratico tra le due tipologie di condotta: le fattispecie che determinano responsabilità erariale, essendo il più delle volte a formazione progressiva, sono infatti complesse e composite, in quanto in esse si intrecciano e concorrono una pluralità di azioni

101 Si veda quanto affermato da L. D'ANGELO, *Danno erariale e c.d. "decreto semplificazioni": i mobili confini della responsabilità amministrativo-contabile*, in *LexItalia.it*, 21 settembre 2020, che, sulla base dell'assunto che *ubi lex voluit, dixit*, sostiene che le condotte omissive sarebbero perseguibili anche a titolo di colpa lieve. Tale impostazione non è condivisibile, dal momento che amplierebbe ulteriormente il perimetro della responsabilità per le condotte omissive, cosa di certo non voluta dal legislatore.

102 In tal senso di vedano L. OLIVERI, *Decreto Semplificazioni e Responsabilità erariale: rinnegati merito e capacità*, in *Lavori Pubblici Informazione tecnica on-line*, 30 giugno 2020, disponibile su www.lavoripubblici.it; G. CREPALDI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il decreto semplificazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 1, 23 ss. La pensano diversamente S. PICCIONI, *La responsabilità erariale alla luce delle modifiche introdotte dal DL Semplificazioni*, in *Giustamm.*, 2021, 1, 9892 ss.; F. GIGLIONI, *Sull'attività conoscitiva in merito al d.l. n. 76/2020*, 2 agosto 2020, disponibile su www.senato.it; ID., *Le novità del decreto semplificazioni*, 10 novembre 2020, disponibile su www.labsus.org, il quale tuttavia ritiene che la novella presenti tratti di irragionevolezza sotto il profilo della sua limitazione temporale.

– attive, omissive e inerti¹⁰³ – di più soggetti distinti¹⁰⁴. Per cogliere l'irragionevolezza di una tale differenziazione si può pensare, ad esempio, al caso di un soggetto che abbia commesso un fatto dannoso per le finanze pubbliche a causa di un omesso controllo colposo altrui: paradossalmente, solo il secondo soggetto si ritroverebbe infatti a beneficiare del c.d. “scudo erariale”¹⁰⁵. Ulteriori dubbi di compatibilità con l'art. 3 Cost. sono stati sollevati, poi, per la differenziazione operata tra chi abbia posto in essere una condotta commissiva lesiva per l'erario prima dell'entrata in vigore del d.l. e chi dopo, per non avere tenuto conto dei diversi gradi di rischio e complessità cui sono sottoposte le varie categorie di dipendenti pubblici e – se si riconosce la responsabilità erariale come responsabilità patrimoniale di stampo civilistico –, per la discriminazione che la disposizione determina con i lavoratori del settore privato, i quali, *ex art.* 2104 cod. civ., sono chiamati ad usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta¹⁰⁶.

103 La giurisprudenza distingue le condotte omissive da quelle inerti. Le prime hanno luogo quando si omette una condotta dovuta (*ex multis*, cfr. Corte conti, sez. giur. Lombardia, 10 giugno 2016, n. 95), mentre le seconde sono illeciti commissivi, di solito originati da precedenti omissioni altrui, tra cui va ricompresa anche la c.d. *culpa in vigilando* (*ex multis*, cfr. Corte conti, sez. giur. Liguria, 14 settembre 2020, n. 59; ID., sez. giur. Toscana, 3 settembre 2019, n. 330; ID., sez. III app., 16 febbraio 2017, n. 89).

104 Si veda C. GRECO, *La responsabilità erariale dopo il d.l. “semplificazioni”*, in *Associazione Veneta degli avvocati amministrativisti*, 23 febbraio 2021, disponibile su www.amministrativistiveneti.it, che riporta l'esempio di due soggetti chiamati in giudizio, il primo per una firma rilasciata nel 2021, sindacabile solo dopo l'accertamento del dolo, e il secondo per una firma rilasciata nel 2022 a conclusione del medesimo procedimento, circostanza, questa, sindacabile anche per colpa grave; allo stesso modo, un'iniziativa dolosa, posta in essere nel 2021 e volta a sottrarre valori a vantaggio dell'autore, potrebbe concretizzarsi con mandati di pagamento emessi nel 2022, con la conseguenza che la procura potrebbe collocare temporalmente il fatto nel 2022, che sarebbe quindi sindacabile sia a titolo di dolo che di colpa grave.

105 L'esempio è riportato da P. BRIGUORI, *La sopravvivenza della giurisdizione della Corte dei conti tra scudo erariale e dolo “penalistico”*, cit.

106 Si veda quanto osservato da M. GERARDO, *I quattro pilastri governativi per l'utilizzo efficiente del Recovery Fund*, cit. 222 ss., che osserva come il rispetto delle regole di diligenza, coesistente alla qualità della prestazione resa dal dipendente, sia un elemento costitutivo di tutti i contratti di lavoro, sia subordinato (art. 2094 cod. civ.), sia autonomo (art. 2222 cod. civ.), sia *sub specie* professionale (art. 2236 cod. civ.); persino la prestazione lavorativa gratuita prevede la responsabilità per colpa, anche se in questo caso si ammette che essa possa essere valutata con minor rigore (artt. 1710, co. 1, 1768, co. 2 e 2030, co. 2); si rinvia altresì a C.E. MARRÈ BRUNENGHI, *Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale nel decreto-legge 16 luglio 2020*, cit., 160, che afferma che se escludere la colpa del debitore significa escludere dal rapporto obbligatorio la rilevanza dell'interesse creditorio, l'esclusione della colpa del lavoratore pubblico comporta il sacrificio

In secondo luogo, si potrebbe dubitare della compatibilità della norma con l'art. 28 Cost., sia in quanto la Consulta ha individuato nella colpa grave il carattere «*minimo inderogabile*» dell'elemento soggettivo per la configurazione della responsabilità amministrativa¹⁰⁷, sia perché la novella legislativa, garantendo l'immunità ad alcune condotte lesive, si presta ad operare una *interpretatio abrogans* di tale disposizione costituzionale, la quale, si è detto, verrebbe «*snuotata*» del suo significato¹⁰⁸. L'obiezione che l'art. 21 operi per un periodo di tempo limitato¹⁰⁹, senz'altro pertinente, trascurava tuttavia di considerare che, da un lato, l'originaria data di scadenza è già stata prorogata – né si possono escludere ulteriori proroghe in futuro, stante l'incertezza dell'evoluzione della situazione pandemica – e che, dall'altro, essendo l'art. 28 Cost. una norma di chiusura a garanzia dei diritti e delle libertà dei cittadini contro le possibili violazioni dolose e colpose degli agenti dell'Esecutivo, contenerne, pur in via transitoria, la portata potrebbe risultare incoerente in uno Stato che si definisca “di diritto”. Inoltre, il legislatore sembra non aver tenuto conto della solidarietà che intercorre, ex art. 28 Cost., tra dipendenti e amministrazione di appartenenza. A ben vedere infatti, come risultato dell'introduzione del secondo comma dell'art. 21, l'ente pubblico continuerà ad essere chiamato dal danneggiato al risarcimento, ma potrà agire in rivalsa nei confronti del dipendente solo a fronte di condotte dolose, lasciando dunque quelle gravemente colpose interamente a carico dell'erario.

dell'interesse dell'amministrazione (e quindi della collettività tutta) a vedersi ristorata dei danni subiti. Inoltre, così come il lavoratore privato è chiamato ad agire nell'interesse dell'impresa, a *fortiori* tale dovere grava sul dipendente pubblico in virtù del contratto di mandato che lo lega all'amministrazione e che rafforza l'importanza del risultato finale della prestazione.

107 Corte cost., sent. n. 340/2001, *cit.*

108 In questi termini L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente “spuntata”. Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. “decreto semplificazioni”)*, in *Federalismi.it*, 2020, 30, 1 ss.; E. MANCINI, *L'incredibile norma del decreto semplificazioni che esenta i funzionari pubblici della responsabilità amministrativa per colpa grave*, 7 novembre 2020, disponibile su www.circoloarmino.com; M. ATELLI *et al.*, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, *cit.*, 39; L. SAMBUCCI, *Licenza di sbagliare (anche molto gravemente), ovvero le insidie della legislazione di emergenza*, *cit.*, 6; S. PICCIONI, *La responsabilità erariale alla luce delle modifiche introdotte dal DL Semplificazioni*, *cit.*

109 cfr. E. AMANTE, *La “nuova” responsabilità amministrativa a seguito del D.L. n. 76 del 2020*, in *Urb. app.*, 2021, 1, 63 ss.

In terzo luogo, vi è chi ha sostenuto l'incompatibilità della disposizione con l'art. 77 Cost. segnalando che gli interventi di carattere ordinamentale (quale quello in esame, come espressamente dichiarato nella relazione tecnica che accompagna il decreto) non integrino i suoi presupposti giustificativi di necessità e urgenza¹¹⁰. Ad ogni modo, indimostrata potrebbe apparire la necessità di perseguire le finalità del decreto-legge mediante la decretazione d'urgenza¹¹¹, che fa venire meno un dibattito approfondito – ancor più essenziale a fronte di tematiche delicate come quella della responsabilità – e finisce per «coartare la volontà parlamentare»¹¹². Infine, la più macroscopica violazione dell'art. 77 Cost. risiederebbe nel fatto che il disposto dell'art. 21, co. 2, non è indirizzato esclusivamente ai dipendenti pubblici bensì anche allo stesso Governo¹¹³, che sembra dunque auto-esonerarsi dalla propria responsabilità¹¹⁴. Il decreto-legge è sì espressione della discrezionalità politica del legislatore, ma incontra dei limiti nei principi posti dall'ordinamento a livello costituzionale, «sicché a tali canoni di legalità costituzionale deve attenersi anche la politica a pena dell'illegittimità del provvedimento»¹¹⁵; e il principio di responsabilità è, appunto, un principio supremo

110 È quanto sostenuto da L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, cit., 24. Si potrebbe altresì notare la notevole distanza temporale intercorsa tra la legge 20/1994 e l'interpretazione che del dolo si è data nel co. 1, che deporrebbe anch'essa a favore della insussistenza dei requisiti di necessità e urgenza. In proposito si rinvia a A. PUGIOTTO, *Le leggi interpretative a Corte: vademecum per giudici a quibus*, cit.

111 Sull'uso spesso distorto del decreto-legge, cfr. L.A. MAZZAROLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. Dir.*, Vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962; A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, I, Padova, Cedam, 1997.

112 Così L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, cit., 24.; è quanto osservato anche da C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, cit. In senso opposto si veda G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020, disponibile su www.questionegiustizia.it.

113 Il Governo e i Ministri possono essere chiamati a rispondere del loro operato davanti alla Corte dei conti, oltre che ex art. 77, anche ex artt. 28, 89 e 95. Si rinvia sull'argomento a C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1991.

114 È quanto osservato anche da L. CARBONE, *Una responsabilità erariale transitoriamente "spuntata". Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni")*, cit., 15 ss.

115 *Ibidem*, 19.

dell'ordinamento costituzionale, che non può essere derogato né tramite leggi, né tramite atti aventi forza di legge¹¹⁶. Analoghe considerazioni possono essere svolte a proposito della limitazione generale della responsabilità introdotta nel 1996¹¹⁷, sebbene sulla sua legittimità si sia pronunciata la Corte costituzionale; quest'ultima, infatti, ne aveva sì dichiarato la costituzionalità, ma aveva tuttavia aggirato la questione della sua compatibilità con l'art. 77 Cost., senza affrontarla direttamente.

Profili di incostituzionalità si ravvisano, infine, alla luce di quanto disposto dall'art. 97 Cost., che appare violato sotto un duplice profilo. Da un lato, infatti, la limitazione della responsabilità per le condotte commissive ai casi di dolo non pare tenere conto dell'obbligo per le amministrazioni di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico¹¹⁸ di cui al primo comma, la cui difesa si rivela, ormai, come premessa fondamentale per garantire il corretto andamento della pubblica amministrazione; tale disposizione trova per altro eco negli artt. 81, co. 1, 117 lett. e) e 119, co. 1 Cost., che risultano dunque parimenti violati. Dall'altro lato, non paiono tutelati né il principio di buon andamento, né quello di imparzialità, di cui all'art. 97, co. 2 Cost. Infatti, se l'eliminazione della colpa grave fa venire meno il parametro dell'*homo eiusdem professionis et conditionis* – necessario a valutare la condotta del funzionario rispetto agli obblighi cui è tenuto e che si profila, conseguentemente, come elemento su cui valutare il buon andamento –, l'amministrazione, rassicurata in merito alla perseguibilità delle sue condotte, potrebbe essere portata ad assecondare gli orientamenti della maggioranza di governo¹¹⁹.

116 Cfr. Corte cost., sent. n. 1146/1988.

117 Discorso diverso può farsi in merito alle limitazioni della responsabilità specifiche e per condotte tipizzate contenute nel c.d. decreto cura Italia. Più, infatti, un decreto è «*cucito*» su un evento imprevedibile, più appare giustificato alla luce del suo carattere provvedimentale, che ne rende più evidenti i requisiti di necessità e urgenza, come osservato da M. LOSANA, *Il contenuto dei decreti legge: norme oppure provvedimenti?*, in *Osservatorioaic.it*, 2021, 2, 176 ss.

118 Come modificato dall'art. 2 della legge costituzionale n. 1/2012.

119 In questi termini anche V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. cost.*, 1962, 136 ss.; L. SAMBUCCI, *Licenza di sbagliare (anche molto gravemente), ovvero le insidie della legislazione di emergenza*, cit. Sulla criticità del rapporto tra politica e amministrazione si rinvia a G. D'ALESSIO, *Evoluzione dei sistemi amministrativi, il quadro d'insieme*, in M. DE BENEDETTO (a cura

4.3. Il secondo comma oltre la Costituzione: ulteriori perplessità sulla novella legislativa

Di là dalle questioni di legittimità costituzionale, un fondamentale aspetto che il legislatore sembra non aver considerato attiene alla possibilità di esercitare parallelamente all'azione erariale un'azione risarcitoria in sede civile, stante la loro reciproca indipendenza in virtù delle diverse finalità che connotano i due giudizi¹²⁰: riparatrice e integralmente compensative quelle del giudizio civile, volte alla tutela del buon andamento della pubblica amministrazione quelle del giudizio erariale¹²¹. L'art. 21, co. 2, infatti, non riesce ad escludere l'eventualità di un'azione risarcitoria civile del danneggiato¹²², che diventa, anzi, il principale canale per ottenere il ristoro del danno subito allorché lo stesso non riesca a trovare composizione in sede contabile. Finiscono così sotto lo scrutinio del giudice ordinario vicende che avrebbero dovuto essere valutate da quello contabile, maggiormente specializzato e dotato dei poteri necessari ad identificare il giusto danno da risarcire¹²³. Le conseguenze sono paradossali: in primo luogo, poiché nel giudizio civile si abbraccia la concezione c.d. psicologica della

dì), *Istituzioni, politica ed amministrazione. Otto paesi europei a confronto*, Torino, Giappichelli, 186 e, più in generale, a M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri, Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1994, 699 ss.

120 È quanto affermato anche dai giudici della Cassazione: cfr. Cass. Civile, SS.UU., n. 24859/2019.

121 In tema di doppio binario, si vedano E. ROMANI, *Il sistema del doppio binario civile e contabile in materia di responsabilità, tra giurisdizione esclusiva della Corte dei conti e diritto di difesa dell'amministrazione danneggiata*, in *Federalismi.it*, 2021, 15, 217 ss. e F. PINTO, *Per un nuovo modello del giudizio contabile: riflessioni in tema di doppio binario e ruolo delle amministrazioni non statali*, in *Riv. Corte conti*, 2022, 1, 32 ss., che affermano che si dia per scontato che la procura sia l'unico soggetto legittimato all'azione e che necessariamente sostituisca il danneggiato pur non essendo evidentemente portatore di un interesse proprio; si potrebbe ipotizzare l'unità della giurisdizione davanti al giudice contabile abbandonando la ricostruzione delle procure come portatrici di un generico interesse pubblico alla regolarità della spesa e ciò per altro senza dover mettere necessariamente mano alla legislazione vigente.

122 I giudici di legittimità hanno ribadito l'indipendenza tra i due giudizi anche a seguito dell'entrata in vigore del decreto-legge: cfr. Cass. Civile, SS.UU., n. 16722/2020, in cui i giudici di legittimità, nonostante la Corte dei conti avesse precedentemente archiviato il caso, hanno confermato la giurisdizione del giudice ordinario per ottenere il ristoro delle somme illecitamente erogate dall'amministrazione di appartenenza ad un dipendente che aveva svolto attività esterna senza essere stato preventivamente autorizzato.

123 C. GRECO, *La responsabilità erariale dopo il d.l. "semplificazioni"*, in *Associazione Veneta degli avvocati amministrativisti*, cit.

colpa¹²⁴ – la quale non tiene conto delle circostanze concrete della condotta – non viene applicato il potere riduttivo, bensì si richiede il risarcimento integrale del danno¹²⁵; inoltre, non solo in esso si guarda – salvo eccezioni¹²⁶ – alla colpa semplice, ma possono trovare spazio anche ipotesi di responsabilità oggettiva. Inoltre, il giudizio civile prevede un termine prescrizione maggiore, nonché la trasmissibilità della responsabilità agli eredi e non contempla che il danno sia preliminarmente contestato con un invito a dedurre, il quale potrebbe determinarne l'archiviazione. A seguito della condanna, poi, la sentenza è resa immediatamente esecutiva: il condannato è pertanto tenuto a risarcire l'Amministrazione per cifre spesso esorbitanti, a meno che, dimostrando la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, non faccia richiesta al giudice di appello di sospendere l'esecutività del pagamento (richiesta che però il giudice potrebbe non accogliere). In breve, il legislatore non pare avere tenuto conto delle caratteristiche tipiche del giudizio civile, con la conseguenza che «uscita dalla porta, la colpa grave (e finanche lieve) rientra dalla finestra»¹²⁷. Nessuna reale assicurazione potrebbe esercitata su dipendenti e amministratori pubblici se si considera che anche le altre forme di responsabilità in cui questi potrebbero incorrere – ossia quella penale (fatta salva la modifica apportata dall'art. 23 all'art. 323 cod. pen.), disciplinare e dirigenziale – sono rimaste invariate. Così, un dirigente, ad esempio, potrebbe non incorrere in responsabilità erariale per il danno arrecato, ma essere comunque destinatario di una sanzione per responsabilità dirigenziale¹²⁸.

124 Cfr. nt. 64.

125 M. PERIN, *Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no*, in *Lexitalia.it*, 2020, 8, il quale conclude osservando che «davanti al giudice ordinario si è ancora tutti uguali», salvo alcune categorie, come quella dei medici, che godono di alcune protezioni in ragione della delicatezza del lavoro che svolgono e che non sarebbe in ogni caso assimilabile a quella dei funzionari pubblici. Si vedano anche R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministratori*, in *Dir. amm.*, 2009, 1, 53 ss.; V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 601 ss.

126 Cfr. nt. 63.

127 Così A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, in *Riv. Corte conti*, 2021, 1, 20.

128 M. GERARDO, *I quattro pilastri governativi per l'utilizzo efficiente del Recovery Fund*, cit., 235.

Si pensi, poi, alle sorti del potere riduttivo. Quest'ultimo, non trovando applicazione a fronte di condotte dolose¹²⁹, cessa di operare per le condotte attive poste in essere con dolo nel lasso temporale indicato dal secondo comma. Viene così svilito, da una parte, il ruolo di un istituto tipico del giudizio erariale, essenziale tanto per conferire elasticità ad una disciplina che sottopone al medesimo regime sia i dipendenti pubblici dotati di funzioni meramente esecutive, sia quelli con compiti di alta responsabilità, quanto a determinare la distribuzione del rischio tra apparato e dipendente, che viene pertanto alterata a tutto sfavore dell'amministrazione. Lo stesso discorso può essere fatto in merito all'istituto della *compensatio lucri cum damno*: non solo anch'esso si colloca nella logica di redistribuzione del rischio, ma potrebbe comunque non avere senso tenere conto dei vantaggi comunque perseguiti dalla p.a. a fronte di condotte sorrette dall'elemento soggettivo dell'intenzionalità.

La nuova conformazione della responsabilità erariale suscita critiche anche alla luce dell'impatto negativo che essa potrebbe avere sulla prevenzione dei fenomeni corruttivi. Quest'ultima, a seguito dell'evoluzione del principio di buon andamento, ha assunto progressiva centralità,¹³⁰ tanto che si è abbracciata una concezione di corruzione più ampia che nel diritto penale, essendo ad essa riconducibili tutte le forme di abuso di pubbliche funzioni a vantaggio di interessi privati¹³¹. Poiché i fenomeni corruttivi spesso sfuggono alla repressione penale essendo gli accordi sottostanti conosciuti solo alle parti contraenti, può essere utile verificare se tali accordi si siano estrinsecati attraverso un uso im-

129 La giurisprudenza è concorde sul punto. Per uno dei (rarissimi) casi in cui la giurisprudenza contabile ha ritenuto applicabile il potere riduttivo nel caso di condotta dolosa, si veda Corte conti, sez. giur. Marche, 16 maggio 2019, n. 112.

130 Sulle tappe principali della normativa anticorruzione, si vedano M. SINISI, *Sistema anticorruzione e responsabilità amministrativa: vecchie e nuove fattispecie di responsabilità e tipologie di danno erariale*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, *cit.*, 85 ss.; F. CERIONI, *Il contrasto alla maladministration ed alla corruzione: il ruolo della Corte dei conti*, in *Relazione della Procura generale per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2022*, 1 marzo 2022, disponibile su www.corteconti.it, 14 ss.; E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, 2019, 3, 497 ss.

131 Così M. DELSIGNORE, M. ROMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 62 ss.

proprio delle risorse pubbliche, che può fungere da «*punta dell'iceberg*» di dinamiche corruttive rimaste latenti e che il p.m. contabile non è riuscito a intercettare¹³².

Appare altresì illogica l'esclusione dall'ambito del comma 2 delle fattispecie sanzionatorie. In questo modo, infatti, gli illeciti commissivi sorretti da colpa grave non saranno fonte di responsabilità, mentre si potrà incorrere in quest'ultima e nella relativa sanzione qualora si ponga in essere una condotta commissiva connotata da colpa grave ma tipizzata in una fattispecie sanzionatoria.

Si pensi, in aggiunta, al tema della retribuzione. Dal momento che quest'ultima dovrebbe essere direttamente proporzionale al rischio, non si può ritenere ragionevole mantenere la retribuzione dei dipendenti amministratori pubblici invariata a fronte di uno spettro di responsabilità che si riduce al punto da arrivare ad ammettere che questi ultimi possano agire con superficialità senza subirne le conseguenze¹³³. Ciò è tanto più evidente quanto più si guardi a chi ricopre cariche all'apice dell'amministrazione, dove lo scrupolo e la perizia richieste dovrebbero essere massime in ragione della delicatezza degli incarichi.

Sempre in proposito della limitazione temporale contenuta nel comma 2 e al di là della sua compatibilità con la Costituzione, essa è stata criticata anche alla luce del fatto che, data la sua transitorietà, non sortirebbe affatto l'effetto di tranquillizzare i dipendenti pubblici¹³⁴; vi è poi chi ha dubitato della bontà di tale scelta sostenendo che non possano in ogni caso ammettersi sperimentazioni temporali su temi delicati come quello della responsabilità¹³⁵; altri ha invece rilevato la possibilità che, da temporanea, questa disposizione diventi definitiva,

132 È quanto affermato da F. ALBO, *Limitazione della responsabilità amministrativa e anticorruzione: il Pnrr è adeguatamente protetto?*, in *Diritto e conti*, 24 maggio 2021, disponibile su <https://dirittoeconti.it>.

133 Si veda in proposito E. MANCINI, *L'incredibile norma del decreto semplificazioni che esenta i funzionari pubblici della responsabilità amministrativa per colpa grave*, cit.

134 È di questo avviso G. FRANCHINA, *Il decreto semplificazioni alla prova dei fatti - il venir meno del dolo contrattuale e la codificazione del criterio penalistico*, in *Giur. It.*, 2021, 5, 1242 ss.

135 E. MANCINI, *L'incredibile norma del decreto semplificazioni che esenta i funzionari pubblici della responsabilità amministrativa per colpa grave*, cit.

secondo un *trend* non nuovo nell'ordinamento giuridico¹³⁶. Quest'ultima preoccupazione sarebbe suffragata dalla proroga al 2023, la quale, stante l'incertezza della durata dell'emergenza sanitaria, potrebbe costituire solo la prima di una lunga serie di proroghe, con l'evidente rischio che l'ordinamento si assuefaccia a tale controversa disposizione, inizialmente ammessa solo in virtù della sua eccezionalità.

Infine, se si ritiene che la responsabilità contabile rientri nell'ambito della teoria generale delle obbligazioni, l'art. 21, comma 2, potrebbe persino scontrarsi con il disposto dell'art. 1229 cod. civ. che, al primo comma, prevede la nullità di qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave.

5. La nuova configurazione della responsabilità erariale nel contesto del programma *Next Generation EU*

A seguito della legge costituzionale n. 1 del 2012 e anche alla luce dell'art. 325 TFUE, è stato arricchito il disposto dell'art. 97 Cost., stabilendo l'obbligo per le amministrazioni di assicurare l'equilibrio di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico «*in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea*». Tale obbligo riecheggia, come già osservato, negli artt. 81, 117 e 119 Cost., mostrando l'evidente presa di coscienza che la compromissione degli interessi finanziari del Paese determina di riflesso anche quella degli interessi finanziari dell'Unione. La nuova configurazione della responsabilità erariale crea, pertanto, non solo dubbi di legittimità rispetto all'ordinamento interno, bensì anche rispetto a quello comunitario che, soprattutto nella fase dell'emergenza sanitaria, richiede agli Stati membri una gestione ancora più rigorosa delle proprie risorse. In particolare, sorgono perplessità circa la compatibilità con il Regolamento UE 2021/241 che impone un rafforzamento del controllo sulla gestione dei fondi in virtù del programma *Next Generation EU*¹³⁷. Quest'ultimo rappresenta

136 A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità*, cit., 20.

137 Per un approfondimento sul suo funzionamento, si rinvia M. SMIRLODO, *I meccanismi di funzionamento dell'attuazione del Pnrr*, in *Relazione della Procura generale per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2022*, cit., 260 ss., e A. MAGNANI, *Next Generation EU, cos'è e come funziona*, in *Il Sole*

un'imperdibile occasione di crescita per il nostro Paese dal momento che, ricorrendo per la prima volta anche a politiche di indebitamento, destina all'Italia risorse straordinarie con l'unico vincolo che siano «*spese bene*»¹³⁸. Si tratta, infatti, di un programma *performance-based*: per ottenere il rilascio delle *tranches* di finanziamento, è cioè necessario che la Commissione abbia verificato il puntuale raggiungimento degli obiettivi previsti dal Pnrr, secondo lo schema del s.a.l. Com'è ovvio, alla Corte dei conti è stato richiesto uno sforzo ulteriore per presidiare alla corretta spesa delle risorse europee,¹³⁹ la cui ingente mole rischia, per altro, di incentivarne l'utilizzo improprio e il proliferare di fenomeni corruttivi¹⁴⁰. In questo senso, e in paradossale controtendenza rispetto agli adiacenti artt. 21 e 23, il legislatore ha innanzitutto inserito l'art. 22 del d.l. n. 76/2020, rendendo più incisivo il controllo concomitante; tale disposizione sembra infatti idonea a suscitare un freno psicologico nella p.a. e ad accentuare la percezione della Corte come organo della sanzione, a discapito della funzione collaborativa di cui l'art. 11 della legge 15 del 2009, prima di tale integrazione, la colorava. Poi, oltre al controllo preventivo di legittimità – che ha trovato conferma nell'art. 9, co. 3 del d.l. n. 77 del 2021 – è stato previsto, *ex art.* 7 co. 7 del citato decreto-legge, anche un controllo sulla gestione, nonché un'attività

24Ore, 4 marzo 2021, disponibile su www.ilsole24ore.com.

138 Cfr. L. CASO, *Il condono degli sprechi non può essere la via per la recovery italiana*, in *Il sole 24ore - Norme e Tributi*, 10 maggio 2021, 29, che afferma che viene richiesto il passaggio «da un mero riscontro quantitativo dei costi a una valutazione qualitativa dei risultati»; C. MANCINI, *Controlli, la Corte dei conti si «ritaglia» un ruolo attivo sull'utilizzo dei fondi Ue per Next Generation*, in *Il sole 24ore - Norme e Tributi Plus Enti Locali e Edilizia*, 14 gennaio 2021; P. CASALINO, *La fase di prima attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza: gestione, monitoraggio e controllo; principi trasversali e condizionalità per il corretto utilizzo delle risorse europee*, in *Riv. Corte conti*, 2021, 5, 5 ss. La necessità di non abbassare la soglia dell'attenzione amministrativa in questo particolare momento storico è stata ribadita sia in occasione dell'Inaugurazione dell'anno giudiziario 2021, sia 2022.

139 Già nel 2014, la Corte costituzionale con sent. n. 39/2014 aveva sottolineato che i controlli di legittimità della Corte sono «strumentali al rispetto degli obblighi che lo Stato ha assunto nei confronti dell'Unione europea in ordine alle politiche di bilancio». In merito all'evoluzione dei controlli della Corte dei conti alla luce dei vincoli comunitari, si veda F. S. MARINI, *La Corte dei conti nella recente giurisprudenza costituzionale*, cit.

140 Secondo quanto riportato nel *Corruption perception Index* 2020 di Transparency international, l'Italia si colloca al 52° posto tra i 180 paesi del mondo quanto a corruzione; in Europa, invece, si colloca al 20° posto rispetto ai 27 Stati europei presi in considerazione: cfr. G. VILLANACCI, *Le insidie del neocontestualismo nella rinnovata funzione di controllo della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 2022, 1, 28 ss.

di referto al Parlamento con cadenza non più annuale, bensì semestrale¹⁴¹. Alla luce di tali disposizioni, risulta allora di ancora più difficile comprensione cogliere come il legislatore pensasse di poter garantire l'efficiente funzionamento delle sezioni di controllo della magistratura contabile, la cui natura richiede la necessaria compresenza di attività giurisdizionali e di controllo, a fronte dell'indubbio *vulnus* arrecato alle prime.

Poco rincuorante risulta la recente proroga dell'efficacia del comma 2 al 2023. Da un lato, essa fa emergere con tutta evidenza la miopia del legislatore nell'aver originariamente stabilito il termine di validità al 31 dicembre 2021: se non è plausibile pensare di prevedere i tempi della pandemia, non pare nemmeno saggio adattare a tali tempi – per definizione incerti – la vigenza di una disposizione che tocca un tema chiave come quello della responsabilità e che comporta tutte le problematiche ricadute sin qui esaminate. Dall'altro, suddetta proroga rischia di minare irrimediabilmente gli interessi finanziari dell'Unione sia nel periodo di durata dell'emergenza sanitaria sia, laddove le proroghe continuassero a susseguirsi, *sine die*, esponendo quindi il Paese anche a tutte le misure a cui l'Europa, come conseguenza dell'infrazione, potrebbe decidere di sottoporlo.

Infine, un ulteriore punto di scontro con l'ordinamento comunitario può essere ravvisato nel Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092, il quale chiarisce che affinché gli Stati possano garantire una sana gestione finanziaria è necessario che le autorità pubbliche agiscano in conformità alla legge, che siano perseguiti efficacemente i casi di frode e che le decisioni arbitrarie o illegittime siano fatte oggetto di un effettivo controllo giurisdizionale¹⁴². In quest'ottica si colloca l'istituzione dell'European Public Prosecutor's Office (EPPO)¹⁴³, le cui competenze concernono i fatti che pregiudicano gli interessi finanziari dell'Unione. Si tratta di un modello di tutela della finanza pubblica che non solo l'art. 21

141 G. RUTELLI, *La Corte dei Conti e la sfida del Pnrr. Parla il presidente Carlino*, 2 dicembre 2021, disponibile su <https://formiche.net>.

142 Cfr. par. 8

143 Istituito con Regolamento UE 2017/1939, il cui funzionamento è iniziato il 1 giugno 2021.

non pare rispettare, ma che risulta anche scevro da qualsiasi distinzione tra condotte attive e omissive, su cui invece la novella del comma 2 si impernia.

6. L'art. 21 nelle aule della magistratura contabile

Solo ad alcuni degli interrogativi sin qui sollevati la giurisprudenza contabile ha già dato risposta. In particolare, i giudici della Corte dei conti, assumendo una posizione opposta rispetto a quella portata avanti in dottrina, si sono fin ora dimostrati concordi nell'accordare alla disposizione natura sostanziale¹⁴⁴ e, dunque, irretroattiva *ex art. 12 disp. prel. cod. civ.*, affermando altresì che, diversamente opinando, sarebbe paradossalmente preclusa al p.m. contabile una integrazione probatoria in appello, di cui all'art. 194 c.g.c.,¹⁴⁵ con l'effetto che la sentenza di primo grado potrebbe essere riformata per mancata dimostrazione della volontà dell'evento dannoso. La Corte dei conti non ha poi mancato di rilevare come il potere di emanare leggi retroattive sia stato limitato dalla stessa Corte costituzionale in nome del rispetto dei principi di legalità e certezza del diritto¹⁴⁶. Si ribadisce, poi, che la giurisprudenza, discostandosi da quanto affermato in dottrina, ha fin ora sostenuto che la limitazione temporale di cui al secondo comma sia da estendersi anche al primo, essendo anche quest'ultimo volto a combattere il fenomeno della burocrazia difensiva¹⁴⁷.

144 Cfr. Corte conti, sez. giur. Sicilia, 21 gennaio 2021, n. 59; ID., sez. I app., 24 maggio 2021, n. 197; ID., 8 ottobre 2020, n. 2632; ID., 2 settembre 2020, n. 234; ID., sez. giur. Trentino-Alto Adige, 7 aprile 2021, n. 58; ID., sez. giur. Toscana, 14 dicembre 2020, n. 313; ID., sez. giur. Lombardia, 6 ottobre 2020, n. 152; ID., sez. giur. Liguria, 10 agosto 2021, n. 157; ID., sez. giur. Sicilia, 21 gennaio 2021, n. 59; ID., sez. giur. Sicilia, 9 marzo 2022, n. 239; ID., sez. II app., 15 marzo 2022, n. 95.

145 *Ex multis*: Corte conti, sez. II app., 18 marzo 2021, n. 95; ID., sez. I app. 16 novembre 2020, n. 317.

146 Si veda Corte conti, sez. giur. Liguria, 5 ottobre 2020 n. 68. Per le pronunce della Consulta, cfr. Corte cost., sent. nn. 118/1957, 69/2014, 308/2013, 257/2011, 74/2008. A nulla valgono, tra l'altro, le eccezioni spesso mosse dai difensori dei presunti responsabili secondo cui qualora venga introdotta una *lex mitior* che limiti i casi di punibilità, essa andrebbe applicata anche ai fatti commessi anteriormente la sua entrata in vigore. La Corte dei conti si sbarazza di tale eccezione sostenendone l'irrilevanza e manifesta infondatezza e riconoscendo alla responsabilità amministrativa un *genus* del tutto estraneo a quello della responsabilità penale quanto a finalità e presupposti (cfr., *ex multis*: Corte conti, sez. III centr. app., 23 aprile 2021, n. 204; ID., sez. II app., 16 marzo 2021, n. 95; ID., sez. giur. Sicilia, 21 gennaio 2021, n. 59; ID., 6 agosto 2021, n. 888).

147 Cfr. nt. 88.

In tema di dolo eventuale la Corte, com'era prevedibile, si è fin ora agevolmente sbarazzata dell'eccezione sollevata dalla difesa secondo cui nella volontà dell'evento dannoso quest'ultimo non possa essere ricompreso, affermando che assai di rado sussiste in capo all'agente la specifica volontà di danneggiare le finanze pubbliche¹⁴⁸ e che «*la stessa violazione delle regole di servizio comport[a] la prevedibilità dell'evento dannoso quale accettazione del rischio di pregiudizio all'Erario pubblico*», sostenendo che, diversamente argomentando, fondato sarebbe il sospetto di illegittimità costituzionale della novella *ex* artt. 3, 24, 28, 77, 97, e 103 Cost¹⁴⁹.

A proposito della compatibilità con la Carta costituzionale, la magistratura contabile sembra fin ora orientata ad escludere che il comma 2 dell'art. 21 violi l'art. 3 Cost., stante la sua limitazione temporale che ne provverebbe la natura eccezionale; ciò sarebbe avvalorato dall'impossibilità, da un lato, di interpretazione analogica *ex* art. 14 delle Preleggi e, dall'altro, dal difetto di identità e dunque dall'incomparabilità fra le situazioni considerate dalla norma e quelle estranee al suo raggio applicativo, che comportano l'insussistenza dei presupposti per sollevare la questione di legittimità costituzionale con l'art. 3¹⁵⁰.

Concludendo sul punto, si può ritenere che i giudici contabili abbiano sin qui scelto di percorrere la via più prudente nel risolvere alcuni dubbi interpretativi. In effetti, sostenere che tanto la natura sostanziale, quando la limitazione temporale sussistano sia per il primo che per il secondo comma dell'art. 21 evita di travolgere retroattivamente i giudizi pendenti e le relative istruttorie, oltre ad essere coerente con le finalità di semplificazione e accelerazione dell'attività amministrativa. Inoltre, ricomprendendo il dolo eventuale nella nuova formulazione dell'art. 1, co. 1 della legge 20 del 1994, la Corte si mostra pienamente

148 *Ex multis*: Corte conti, sez. giur. Trentino Alto Adige, 7 aprile 2021, n. 58; ID., 3 giugno 2021, n. 81; ID., sez. giur. Veneto, 19 agosto 2021, n. 205; ID., sez. giur. Umbria, 18 novembre 2021, n. 94; ID., sez. giur. Basilicata, 12 gennaio 2022, n. 6.

149 *Ex multis*: Corte conti, sez. giur. Liguria, 21 ottobre 2020, n. 83; ID., 5 ottobre 2020, n. 68.

150 È quanto stabilito da Corte conti, sez. giur. Sicilia, 22 aprile 2021, n. 482. Si vedano anche Corte conti, sez. I app., 24 maggio 2021, n. 197 e ID., sez. giur. Toscana, 10 novembre 2020, n. 288.

consapevole dei tratti salienti della responsabilità erariale e della sua finalità prevalentemente risarcitoria. Non si può tuttavia fare a meno di notare che tutte le pronunce fin qui registrate hanno avuto ad oggetto condotte poste in essere prima del 17 luglio 2020, alle quali la Corte non ritiene applicabile l'art. 21. Non solo, pertanto, non è inverosimile l'avvento di un qualche *revirement* giurisprudenziale, ma è anche altamente probabile che ad impiegare maggiormente i giudici saranno le questioni inerenti la compatibilità dell'articolo in questione con le disposizioni costituzionali. In ogni caso – e in disparte la posizione che la Corte dei conti assumerà sul punto – non pare erroneo sostenere che, nell'ideare un tale intervento normativo, il legislatore non sembri aver tenuto conto del ruolo della Costituzione che, in quanto *Grundnorm* dell'ordinamento, nei periodi di crisi più che mai dovrebbe rappresentare un faro per il suo agire, non essere sacrificata. Vero è che gli schemi giuridici valevoli nei periodi di quiete possono non reggere l'urto travolgente di un'emergenza come quella da Covid-19, le cui ripercussioni si manifestano in ogni dove della vita sociale, economica e istituzionale e che possono giustificare la possibilità di derogare alle disposizioni costituzionali¹⁵¹; in ogni caso però, l'emergenza non dovrebbe mai legittimare lo “svuotamento” – nemmeno transitorio – della giurisdizione contabile e l'adattamento delle norme ritenute non adeguate a fronteggiare la crisi non dovrebbe mai spingersi fino ad ottenere una contrazione della portata della Carta costituzionale, soprattutto nelle sue parti che maggiormente tutelano i valori fondamentali dello Stato¹⁵². Invece, ciò a cui si è assistito appare piuttosto configurarsi come un «*complessivo bilanciamento della Costituzione con*

151 È la stessa Corte costituzionale, con sent. n. 15/1982 che afferma: «Di fronte ad una situazione d'emergenza [...] Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso e indeclinabile dovere di provvedere, adottando un'apposita legislazione di emergenza»; si aggiunge poi che «si deve, tuttavia, convenire che l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo».

152 Infatti, come affermato da V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *Diritti fondamentali*, 2020, 1, 666, «la Costituzione liberale con i suoi principi e valori anche nei tempi dell'emergenza segna la linea di discriminare tra ciò che è giusto e legittimo e ciò che, comunque, resta vietato. È un imperativo che vale per tutti».

*l'emergenza stessa, fatalmente destinato a risolversi a beneficio di quest'ultima e con un costo assai gravoso, forse per vero insopportabile, per la prima»¹⁵³. L'intervento in esame aggiunge, in breve, alle tante vittime della pandemia anche il regime delle fonti del diritto¹⁵⁴, sicché parrebbe possibile una parziale riscrittura del brocardo latino "*necessitas non habet legem*" a favore di una nuova, più puntale, formulazione, ossia "*necessitas habet leges principales*", dove le "*leges principales*" stanno ad indicare i principi primi, fondamentali ed inderogabili della Carta costituzionale. Anche in quest'ottica, la proroga della vigenza del secondo comma al 30 giugno 2023 non può che sollevare maggiori preoccupazioni; pur costituendo tale data un termine, e pur rappresentando la situazione pandemica ancora in atto un *unicum* nella storia del globo quanto a gravità, un po' troppo ambizioso sembra pensare di riuscire a prevedere la fine di un'emergenza che affatica, nel tentativo di arginarla, i Governi di tutto il mondo da più di due anni. Se anche la pandemia fosse completamente debellata prima della scadenza fissata dalla norma, è assai improbabile che il legislatore si affrettarebbe a riespandere il regime della responsabilità riportandolo alla sua precedente configurazione, a maggior ragione se si considera che anche il Governo stesso beneficia dello scudo erariale; se, invece, l'emergenza dovesse protrarsi, plausibile risulta la possibilità di una proroga ulteriore, con l'evidente rischio che si pongano le basi per il radicamento nell'ordinamento del nuovo assetto della responsabilità erariale.*

Della giurisprudenza contabile, che sul punto è ancora tutta da scrivere, si auspica soprattutto l'univocità, alla stregua di quanto fin ora avvenuto a proposito della irretroattività dell'art. 21 e in tema di dolo eventuale. Del resto, l'intervento del legislatore si fa più invasivo lì dove vi è assenza di una costante nomofilachia della magistratura, come avvenuto a proposito della natura del dolo erariale. È vero anche il discorso inverso: il dato normativo, non stabilen-

153 In questi termini A. RUGGIERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti Regionali-Rivista di diritti delle autonomie territoriali*, 21 marzo 2020, disponibile su www.dirittiregionali.it.

154 È quanto affermato da L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2020, 6, 727 ss.

do alcun criterio per distinguere tra condotte attive e omissive – spesso assai arduo sul piano pratico¹⁵⁵ – rappresenta un'imperdibile occasione per la magistratura contabile, che potrebbe sfruttarlo a proprio favore facendo ricadere una determinata condotta nell'ambito delle azioni omissive (o inerti), così recuperando il sindacato giurisdizionale di cui è stata temporaneamente spogliata.

7. L'art. 23 e i nuovi (problematici) confini del reato di abuso d'ufficio

Parallelamente al ridimensionamento della responsabilità erariale, il legislatore è intervenuto con l'art. 23 del d.l. semplificazioni anche sulla controversa fattispecie dell'abuso d'ufficio, da sempre ritenuta idonea, a causa della sua vaghezza, ad alimentare gli atteggiamenti difensivi di funzionari e amministratori pubblici¹⁵⁶ e per questo già fatta oggetto, nel 1990 e nel 1997, di due riscritture volte ad aumentarne la determinatezza¹⁵⁷. Nonostante la riforma del 1997 avesse significativamente contribuito a migliorare la precisione dell'enunciato normativo, perplessità erano sorte in dottrina e in giurisprudenza¹⁵⁸ circa la

155 Non emanare, ad esempio, il provvedimento conclusivo di un procedimento amministrativo, è classificabile come condotta omissiva, attiva o inerte? Innanzi ad un obbligo legale di agire, si può essere sicuri che il non agire integri una condotta omissiva o inerte? E ancora: in caso di condotte plurisoggettive, è davvero possibile in punto di nesso di causalità distinguere le tipologie delle condotte?

156 In effetti, sebbene solo una minima parte dei numerosi procedimenti iniziati per abuso d'ufficio si concluda con una condanna, non si può trascurare che spesso le assoluzioni si verificano dopo anni, cioè non solo dopo che l'interessato ha sostenuto le spese necessarie per stare in giudizio, ma che ha soprattutto subito un non indifferente danno reputazionale, che può anche determinarne il demansionamento; secondo l'Istat, nel 2017 a fronte di oltre 6500 procedimenti aperti sono state solo 57 le condanne con sentenza definitiva. Ciò è confermato dai dati del Ministero della Giustizia: dei 7133 procedimenti definiti nel 2018, 6142 sono stati archiviati. In proposito, si veda A. R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2018 e A. CHERCHI, *Molti processi, poche condanne. Ma l'abuso d'ufficio frena la p.a.*, in *Il Sole 24Ore*, 15 giugno 2020. A conferma dell'incidenza del reato sul fenomeno della burocrazia difensiva, si rinvia a M. LANZAROTTO, *Salerno, il flop dell'abuso d'ufficio: la condanna è una chimera*, in *La Città di Salerno*, 13 febbraio 2020 che riporta gli esiti di un'indagine del 2019 condotta dall'Università di Salerno sui dipendenti della Regione Campania, che hanno mostrato come il 65% di essi si senta condizionato dal timore di essere sottoposto a un procedimento ex art. 323 cod. pen.

157 Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2019, 350 ss.; G. INSOLERA, *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2, 584 ss.; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1, 106 ss.

158 Solo in un primo momento infatti la giurisprudenza ha appoggiato la volontà del legislatore, sancendo l'impossibilità per il giudice penale di sindacare la discrezionalità amministrativa ed escludendo l'art. 97 come parametro di legittimità: in tal senso, cfr. Cass. Penale, sez. II, n.

possibilità di ricomprendere nella nuova formulazione della norma tanto l'eccesso di potere¹⁵⁹, quanto l'art. 97 Cost.¹⁶⁰ in qualità di parametro per configurare il reato¹⁶¹. Sollecitato dai tempi serrati imposti dall'emergenza sanitaria, il legislatore del 2020 ha ritenuto opportuno circoscrivere ulteriormente la fattispecie, sostituendo l'espressione «*violazione di norme di legge o di regolamento*» dell'art. 323 cod. pen. con la formulazione «*violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*».

La novella ha introdotto, sostanzialmente, tre non-novità, ciascuna passibile di critiche¹⁶². In primo luogo, essendo stato eliminato il riferimento ai regolamenti, si è detto che non sia possibile tutelare il buon andamento permetten-

877/1997; ID., sez. II, n. 37515/2004; ID., sez. V, n. 48485/2019.

159 Oltre a chi denunciava che potendo essere verificato solo dopo che l'atto è stato compiuto, esso si scontrasse in ogni caso con il principio di determinatezza e tipicità del diritto penale, vi era anche chi sosteneva che l'eccesso di potere fosse espressione di una violazione della legalità amministrativa *tout court*, che quindi non fosse riconducibile alla «*violazione di norme di legge o di regolamento*» e che ricomprenderlo avrebbe in ogni caso ampliato enormemente il sindacato del giudice penale, in evidente spregio della volontà del legislatore: cfr. G. COLLAZZO, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio: la metamorfosi del gattopardo*, in *Riv. PDP*, 25 gennaio 2021. Ad ogni modo, più frequenti erano i casi in cui si riteneva che l'eccesso di potere potesse essere sanzionato in quanto sviamento dallo scopo per cui il potere stesso fosse stato conferito: cfr. Cass. Penale, SS.UU. n. 155/2011.

160 Se ne sosteneva infatti la natura programmatica: in quanto norma di principio che non prescrive comportamenti puntuali, l'art. 97 Cost. non sarebbe stato idoneo ad integrare l'elemento richiesto dalla fattispecie penale (cfr. Cass. Penale, sez. II, n. 877/1997).

161 Era stata avanzata, infatti, la c.d. proposta Castaldo-Naddeo, che è tra l'altro tornata alla ribalta a seguito dell'intervento del 2020 e che proponeva una nuova formulazione dell'art. 323 cod. pen. In merito, si vedano M. NADDEO, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente*, in A. R. CASTALDO, *Migliorare le performance della Pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, cit., 31 ss.; A. R. CASTALDO, F. COPPOLA, *La riforma dell'abuso d'ufficio nel D.L. "Semplificazioni"*, 17 luglio 2020, disponibile su www.quotidianogiuridico.it.

162 Si rinvia a A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, 23 ottobre 2020, disponibile su www.lalegislazionepenale.eu; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 14 settembre 2020; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, 2020, 7, 133 ss.; G. PIGNATONE, *Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva imbrigliano il Paese nell'immobilismo*, in *La Stampa*, 14 giugno 2020; G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari. A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76*, in *DisCrimen*, 31 luglio 2020; M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, in *Archivio Penale*, 2021, 1; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, in *Sistema Penale*, 20 novembre 2020; G. L. GATTA, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *Sistema Penale*, 2 dicembre 2020; T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit.

do che i regolamenti che le amministrazioni si danno siano violati e che, in ogni caso, essi siano indispensabili per dare seguito alle scelte legislative¹⁶³. Alla luce di ciò – nonché del fatto che i regolamenti hanno acquisito particolare importanza nel quadro delle fonti e che, ai sensi dell'art. 14 del d.P.R. n. 1199/1971, essi sono «atti amministrativi generali a contenuto normativo» – si potrebbe però ritenere che il legislatore non intendesse escludere dal perimetro della fattispecie quei regolamenti, per così dire, “di rango legislativo” o senza i quali si svuota la portata della norma primaria. Inoltre, il fatto che questo segmento della norma si presti a favorire rinvii a norme subprimarie emanate in forza della legge, utilizzate come norme interposte¹⁶⁴, è osteggiato dalla parte della dottrina che afferma che le norme di rilevanza legislativa indiretta non possano integrare il requisito della violazione delle norme di legge, pena la trasgressione del divieto di analogia e del principio di riserva di legge¹⁶⁵. In secondo luogo, l'espressione «regole di condotta specifiche ed espressamente previste» si presta a valorizzare l'inosservanza di regole comportamentali meramente organizzative, totalmente neutre rispetto al disvalore dell'evento. Inoltre, chi già dopo la riforma del 1997 sosteneva l'esclusione dell'art. 97 dall'ambito della norma, ha rinvenuto nel requisito della specificità ulteriore conferma della propria tesi, che continua tuttavia ad essere smentita da chi in dottrina ritiene che quanto meno il dovere di imparzialità costituisca una espressa e specifica regola di condotta¹⁶⁶.

163 Così G. INSOLERA, *Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari*, *cit.*

164 Classico è il caso dell'abuso d'ufficio per violazione delle regole del bando che danno attuazione a principi fissati nella legge, o quello della violazione delle prescrizioni contenute nel piano regolatore. A proposito di quest'ultimo caso, la giurisprudenza non si è sempre espressa in maniera univoca, negando talvolta rilievo penale al rilascio di una concessione edilizia in contrasto con le prescrizioni del piano alla luce dei principi di riserva di legge e di determinatezza della fattispecie incriminatrice: cfr. Cass. Penale, sez. VI, n. 2114/1998; *contra* ID., n. 350/1999. La giurisprudenza però, a seguito dell'entrata in vigore del decreto-legge ha ammesso che il permesso di costruire rilasciato senza rispetto del piano regolatore integra una violazione (mediata) di legge, rilevante ai fini dell'art. 323 cod. pen.: cfr. Cass. Penale, sez. VI, n. 31873/2020.

165 Così N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1, 9 ss.

166 G. AMATO, *Abuso d'ufficio: meno azioni punibili, così la nuova riforma “svuota” il reato*, in *GD*, 2020, 34-35, 30 ss.; in senso contrario M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema Penale*, 2021, 7-8, 71 ss.

La terza e più problematica innovazione risiede, invece, nell'aver voluto limitare la cognizione del giudice penale alle sole attività vincolate, escludendo ogni forma di eccesso o sviamento di potere. È stato, pertanto, nuovamente ribadito quanto già sostenuto nel 1997, ossia che sia proprio nelle maglie della discrezionalità che si insidiano gli abusi¹⁶⁷ e che l'unica forma di discrezionalità da cui sia ragionevole escludere il sindacato giurisdizionale sarebbe quella politica, strettamente attinente al merito delle scelte¹⁶⁸. In ogni caso, la nuova formulazione della norma non sembra tale da escludere la sindacabilità dell'eccesso di potere estrinseco¹⁶⁹, vale a dire quello in cui il potere discrezionale viene solo formalmente esercitato, in quanto l'agente travalica con la sua condotta il perimetro delle scelte consentitegli dalla norma attributiva del potere. Non stupisce, dunque, che i primi critici abbiano accusato il legislatore di aver eretto una «*cinta immunitaria intorno alla discrezionalità amministrativa*» che assume nell'«*empireo dei salvati*»¹⁷⁰ coloro che, detenendo il potere discrezionale, sono anche in grado di abusarne e di aver fatto ciò, per di più, in parallelo al depotenziamento della responsabilità erariale e senza aver ripensato gli strumenti alternativi e complementari alla sanzione penale.

Alla luce delle considerazioni svolte, appare chiara la ragione per cui si può parlare di non-novità: la riforma del 2020 è stata motivata dalle medesime finalità che avevano animato il legislatore nel '97, ma che ha perseguito in modo più esplicito, tanto che, più che in passato, si è denunciato il rischio che tale intervento neutralizzi la portata della norma incriminatrice. Infatti, i casi in

167 Cfr. A. TRAVI, *La responsabilità penale dei pubblici amministratori: alcune considerazioni sulla riformulazione del delitto di abuso di ufficio*, in D. SORACE, *cit.*, 506, che afferma; «è proprio nelle maglie (talora ben larghe) della discrezionalità amministrativa, e dietro il paravento di una 'scrupolosa osservanza' della legge e dei regolamenti che si annida l'arbitrio più sfacciato e partigiano».

168 È quanto sostenuto da G. L. GATTA, *Da "spazzia-corrotti" a "basta paura"*, *cit.*

169 Si veda N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, *cit.* In proposito si è espressa recentemente anche la Corte di Cassazione (Cass. Penale, sez. VI, n. 1146/2020), che ha affermato che si esclude il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità dell'Amministrazione «*sempreché l'esercizio del potere non trasmodi tuttavia in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito [...]*».

170 Entrambe le espressioni sono di T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, *cit.*, 9.

cui il legislatore determina l'*an*, il *quid* e il *quomodo* della condotta del pubblico agente non solo sono rari, ma riguardano anche la sfera della mera esecuzione dell'attività amministrativa, che certo non ne costituisce il cuore. La soluzione di eliminare del tutto la fattispecie, suggerita da alcuni¹⁷¹, non pare tuttavia la migliore strada percorribile, anche alla luce del ruolo di norma con funzione repressiva di chiusura del sistema che l'art. 323 cod. pen. riveste. Ci si dovrebbe, piuttosto, rendere conto del fatto che il problema non risiede tanto nell'indeterminatezza della fattispecie, quanto nella sua inesatta applicazione e recuperare l'orientamento interpretativo che circoscriveva la punibilità ai soli casi in cui l'abuso nasceva dall'inosservanza di precise disposizioni legislative e regolamentari che disciplinano l'assetto sostanziale degli interessi in gioco; si potrebbe, poi, non ostacolare, bensì accogliere il formante giurisprudenziale, che potrebbe rendere ancora più determinata e prevedibile la fattispecie¹⁷².

Al pari dell'art. 21, anche l'art. 23 desta dunque non poche perplessità. Oltre ad agevolare le condotte prevaricatrici, esso non pare offrire alcun contributo utile alla semplificazione amministrativa, né pare adeguato ad alleggerire i timori di funzionari e amministratori pubblici. La riforma ha infatti lasciato inalterata l'altra condotta contenuta nell'art. 323 cod. pen., ossia quella inerente l'omessa astensione per conflitto di interessi. In proposito – e similmente a quanto osservato in merito alla distinzione tra condotte attive e omissive

171 «Il reato di abuso d'ufficio non va riformato, ma abolito. È una nostra vecchia battaglia. È un reato troppo generico, che non serve: bastano le norme che sanzionano le condotte specifiche. Altrimenti diventa un buco nero dove far ricadere nella dimensione penale e condotte di illegittimità amministrativa»: queste le parole di Gian Domenico Caiazza, presidente dell'Unione delle camere penali, riportate in A. CHERCHI, *cit.*; in merito alla necessità di abrogazione, cfr. anche S. PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso di ufficio*, in A. R. CASTALDO, *Migliorare le performance*, *cit.*, 13 ss.; G. FIANDACA, A. MERLO, *Riformare, abolire? C'è una terza via per il reato fantasmatico dell'abuso d'ufficio*, in *Il Foglio*, 24 giugno 2020; A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo insoluto ma non insolubile*, *cit.*, secondo cui l'art. 323 cod. pen. potrebbe essere sostituito con la previsione di illeciti amministrativi, più duttili perché idonei a recepire i rinvii a fonti sublegislative e a norme di principio; A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, *cit.*, che suggerisce la parallela rivitalizzazione della responsabilità disciplinare.

172 Queste sono alcune delle osservazioni in A. Cherchi, *Molti processi, poche condanne. Ma l'abuso d'ufficio frena la p.a.*, *cit.*; M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, *cit.*; M. GAMBARDELLA, *Simul stabunt vel simul cadent*, *cit.*; G. FIANDACA, A. MERLO, *Riformare, abolire? C'è una terza via per il reato fantasmatico dell'abuso d'ufficio*, *cit.*; A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, *cit.*

dell'art. 21 –, sarebbe tuttavia forse sufficiente cambiare prospettiva per far ricadere nell'omessa astensione tutte le ipotesi non più riconducibili alla prima condotta tipica, in quanto questa opera a prescindere dalla violazione di una specifica regola di condotta contemplata espressamente dalla legge¹⁷³ e non può mai essere vincolata, rappresentando la discrezionalità un suo elemento intrinseco; in alternativa, l'interpretazione estensiva della norma potrebbe comunque essere garantita valorizzando il riferimento agli «*altri casi prescritti*», così da includervi tutte le modalità in cui l'agente abbia causato l'ingiusto vantaggio o danno.

Chi denunciava invece che la materia penale sarebbe stata intaccata con decreto-legge, con la formula “salvo intese”, marginalizzando il ruolo del Parlamento e nel contesto di una riforma amministrativa disomogenea, senza per altro operare alcun intervento organico¹⁷⁴, è stato tuttavia smentito da una recente pronuncia della Corte costituzionale – la n. 8 del 2022 – con cui il Giudice delle leggi, a differenza di quanto avvenuto per l'art. 21, ha già avuto modo di chiarire la compatibilità dell'art. 23 con l'art. 77 Cost. La Corte ha infatti escluso, da un lato, che la modifica censurata fosse «*eccentrica e assolutamente avulsa*» rispetto ai contenuti del decreto-legge in cui è stata inserita, dal momento che anch'essa risponde alla finalità di tranquillizzare gli amministratori pubblici riguardo il rischio di incorrere in responsabilità; dall'altro, ha sostenuto che la riforma del reato di abuso di ufficio fosse da tempo necessitata, ma che sia giunta a maturazione definitiva solo a seguito dell'emergenza pandemica¹⁷⁵.

173 Si veda quanto affermato in Cass. Penale, sez. VI, n. 26702/2003 e ID., 1205/2020.

174 In questi termini anche G. L. GATTA, *Da “spazzza-corrotti” a “basta paura”*, cit. e G. VICICONTE, B. RIDARELLI, *Il nuovo abuso d'ufficio e la difficile convivenza tra diritto penale e diritto amministrativo*, in *Il Penalista*, 21 settembre 2020.

175 La Consulta al par. 2.5 aggiunge che «*risulta trasparente l'intento di sbarrare la strada alle interpretazioni giurisprudenziali che avevano dilatato la sfera di operatività della norma introdotta dalla legge n. 234 del 1997: la puntualizzazione che l'abuso deve consistere nella violazione di regole specifiche mira ad impedire che si sussuma nell'ambito della condotta tipica anche l'inosservanza di norme di principio, quale l'art. 97 Cost.; richiedendo che le regole siano espressamente previste dalla legge e tali da non lasciare “margini di discrezionalità” si vuol negare rilievo al compimento di atti viziosi da eccesso di potere*».

Ad ogni modo, anche a seguito di tale intervento della Consulta non pare potersi negare che si sia trattato di un ulteriore intervento «*frettoloso e maldestro*», che ha fatto ricorso ad una «*tecnica normativa rozza e ad un lessico che cozza con i dati di realtà*»¹⁷⁶; mostrandosi contrario ad ogni obiettivo di semplificazione, non pare eccessivo ritenere che anche l'art. 23 si risolva principalmente in uno *slogan* all'insegna del populismo penale e a prevalente beneficio della propaganda politica.

8. Burocrazia difensiva: principali cause e possibili i rimedi

Si è già avuto modo di osservare come l'amministrazione difensiva, pur non comportando di per sé alcun esercizio illegittimo di poteri, ma solo la scelta dell'alternativa meno rischiosa, rappresenti una delle possibili declinazioni della *maladministration*, dal momento che causa un costo sistemico in termini di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa. Infatti, così come il funzionario corrotto persegue un guadagno individuale causando una perdita collettiva, quello difensivo rinuncia ad un guadagno collettivo per evitare il rischio di una perdita individuale¹⁷⁷. Si tratta – ahimè – di un fenomeno piuttosto radicato nel nostro Paese, come dimostrato dalle diverse indagini condotte in merito¹⁷⁸.

176 M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio*, cit., 86.

177 S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 293 ss., che osservano che essa sia non «meno illegittima delle condotte illegittime punite con le sanzioni che essa mira ad evitare»; tuttavia, palesandosi solo alla fine, ossia quando si tratta di trarre le somme dei risultati dell'azione amministrativa, costituisce «una forma di illegittimità meno visibile, più subdola e, per questo, forse più pericolosa»; si veda anche M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, 625 ss.

178 Cfr. Forum PA, *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?*, Collana Ricerche, 30 maggio 2017, disponibile su www.forumpa.it: l'intervista a quasi 1500 dipendenti pubblici ha mostrato che per la maggior parte di essi l'amministrazione difensiva fosse un problema reale e che la sua entità fosse cresciuta nell'ultimo quinquennio; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *Indagine sull'amministrazione difensiva*, in *Rivista italiana di Public Management*, 2021, 2, 342 ss. che riportano gli esiti di un'indagine condotta intervistando 538 amministratori pubblici attivi come RUP, secondo cui l'amministrazione difensiva è percepita da questi in modo «non trascurabile»; ID., *L'amministrazione si difende*, cit., 295 e bibliografia *ivi* indicata, che osservano come la burocrazia difensiva non sia un problema solo italiano, essendo stato riscontrato anche in Germania, dove una ricerca del 2018 ha rilevato che, in media, circa il 25% delle dieci decisioni più importanti prese nell'anno precedente erano state motivate da scelte difensive, almeno l'80% dei dirigenti ha dichiarato di aver preso almeno una decisione difensiva e il 17% che almeno la metà delle proprie

Sull'assunto – indimostrato¹⁷⁹ – che la molteplicità di addebiti in cui può incorrere il dipendente pubblico alimenti notevolmente la percezione di *overdeterrence*, il legislatore ha puntato tutto sulla sola “carta della responsabilità”, scegliendo di ridimensionare tanto quella erariale, quanto quella penale. Tuttavia, sia l'art. 21, sia l'art. 23, non solo sono forieri di numerose contraddizioni e criticità, ma falliscono soprattutto nel raggiungere le finalità per cui sono stati ideati. Il legislatore ha cioè, ancora una volta, puntato tutto sulla «*capacità magica delle norme*», senza porre attenzione alla loro indispensabile dimensione attuativa¹⁸⁰ e alimentando un ordinamento già connotato dall'eccessiva produzione normativa. In merito, vi è chi ha osservato che la paura della firma avrebbe potuto più efficacemente essere combattuta mediante un chiarimento circa il concetto di colpa grave, alla stregua della legge sulla responsabilità civile dei magistrati¹⁸¹, così da ridurre la discrezionalità di procure e giudici contabili nell'affermare la sussistenza; in aggiunta, si sarebbe potuto porre un tetto alla responsabilità patrimoniale del funzionario pubblico che, in caso di colpa grave, risponde illimitatamente con tutto il suo patrimonio¹⁸².

decisioni erano state difensive.

179 A. CANALE, *Il decreto semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile*, cit., che riferisce che nel biennio 2019/2020 sono stati circa 2000 i giudizi di responsabilità promossi innanzi alla Corte. Da questi emergono: 267 (nel 2019) e 203 (nel 2020) fattispecie direttamente connesse alla commissione di reati, circa 100 frodi comunitarie, numerosi casi di assenteismo, casi dei “furbetti del cartellino”, di mancate entrate tributarie, di mancata riscossione di canoni, di percezione di emolumenti non dovuti, di indebiti conferimenti di incarichi e di consulenze, di danni derivanti da attività sanitarie, di indebita percezione o indebito impiego di contributi pubblici, di indebita corresponsione di premi, indennità, trattamenti accessori, di omesso recupero di crediti, di ritardati o mancati accertamenti. Ad essi si aggiungono danni di varia natura al patrimonio pubblico, assunzioni illegittime, falsi invalidi, ecc. Ebbene, nulla, fin qui, che si possa ricondurre alle supposte cause della “paura della firma”; per una conferma di ciò, si veda anche ID., *Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2022, Intervento del Procuratore generale Angelo Canale*, 1 marzo 2022, disponibile su www.corteconti.it che riporta i dati fino al 2022.

180 A. PAJNO, *Il sistema amministrativo e il decreto semplificazioni. Qualche osservazione sulla disciplina dei contratti pubblici e sulle responsabilità*, disponibile su www.irpa.eu.

181 Il riferimento è alla l. n. 117/1988, secondo cui i magistrati rispondono con una sanzione pari al massimo a sei mesi di retribuzione netta. Anche per i medici la legge n. 24/2017 ha introdotto un tetto massimo, pari al triplo della retribuzione lorda annuale.

182 È quanto suggerito da R. PATUMI, *Procedure di affidamento semplificate introdotte dal decreto semplificazioni e responsabilità dei funzionari pubblici*, cit.; E. MANCINI, *L'incredibile norma del decreto semplificazioni che esenta i funzionari pubblici della responsabilità amministrativa per colpa grave*, cit.; F. S. MARINI, *La Corte dei conti nella recente giurisprudenza costituzionale*, cit.

In ogni caso, per contrastare la burocrazia difensiva il legislatore pare aver scelto non la migliore soluzione, bensì quella più facilmente praticabile¹⁸³, tralasciando di occuparsi delle vere cause della *maladministration* – che andrebbero ricercate proprio nella «*esonazione legislativa*»¹⁸⁴, nella ferraginosità delle regole, negli intricati percorsi decisionali, nei troppi controlli preventivi, nell'inadeguata preparazione dei dipendenti pubblici¹⁸⁵ –, colpevoli di alimentare da anni la diffusione dell'espressione «*deficit sistemico*»¹⁸⁶ per descrivere la situazione in cui versa il Paese. Per altro, ciò appare ancor più grave allorché si consideri che è rimasta inascoltata la nota diffusa il 5 giugno 2020 dall'Associazione magistrati della Corte dei conti, con la quale quest'ultima non solo manifestava al legislatore la propria viva preoccupazione circa la pericolosità dell'eliminazione della responsabilità per colpa grave e la sua inadeguatezza a perseguire gli obiettivi di semplificazione, ma si offriva anche di collaborare con l'Esecutivo nell'«*individuazione di meditati e ragionevoli interventi di reale semplificazione dell'attività amministrativa, purché idonei a preservare e garantire legalità ed efficienza nell'interesse supremo del Paese*».

8.1. La tutela giurisdizionale e non giurisdizionale come strumenti per combattere la *maladministration*

Prima di trattare le vere cause e alcuni possibili rimedi ai malfunzionamenti della macchina amministrativa, pare utile premettere che questi ultimi

183 A. CANALE, *Il decreto semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile*, cit.

184 Così L. SAMBUCCI, *Licenza di sbagliare (anche molto gravemente), ovvero le insidie della legislazione di emergenza*, cit.; altre espressioni simili spesso utilizzate quali «*caos*», «*giungla*», «*gabbia*» sono riportate in M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, cit.

185 Si tratta di tematiche affatto nuove per il Paese: cfr. M. S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979, disponibile su www.tecnichenormative.it, che dimostra come i problemi segnalati allora siano ancora tremendamente attuali.

186 Si rimanda a A. VON BOGDANDY, M. IOANNIDIS, *Il deficit sistemico dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 3, 593 ss.; L. DE LUCIA, *Commento all'articolo di Armin von Bogdandy e Michail Ioannidis: il concetto di "deficit sistemico" tra democrazia e Stato di diritto*, in ID., 2014, 3, 641 ss.; V. BERLINGÒ, *Cattiva amministrazione "sistemica" e nuove funzioni della responsabilità per danno erariale*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, cit., 101 ss.; M. PIGNATTI, *Due convegni su "corruzione e crisi sistemica" e "indagini sulla corruzione negli appalti pubblici"*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 1148 ss.

possono essere combattuti tanto mediante strumenti di carattere non giurisdizionale, quanto di carattere giurisdizionale.

Per quanto concerne i primi, si rammenta che il sindacato del giudice contabile si è progressivamente esteso dal singolo provvedimento all'intero rapporto amministrativo e alla protezione di interessi super-individuali¹⁸⁷. In questo senso, sono stati positivizzati nuovi rimedi, tra cui si annovera l'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, prevista dall'art. 4 co. 2, lett. l) della legge n. 15 del 2009. Ai sensi di tale disposizione, la legittimazione a proporre ricorso nasce dalla violazione dell'obbligo di garantire risultati di qualità nello svolgimento dell'azione amministrativa e nella gestione del servizio pubblico che, se non ottemperato, comporta il riconoscimento in capo al giudice di poteri di polizia amministrativa¹⁸⁸, fisiologicamente pertinenti alle autorità di controllo, non a quelle giurisdizionali. Sebbene tale azione segnali un'evoluzione del processo amministrativo sempre più svincolato dal sindacato sui profili di illegittimità del provvedimento, essa manifesta anche sia la sfiducia del legislatore nell'efficienza e nell'organizzazione degli organismi di controllo, sia la sua scarsa considerazione nei confronti dell'attività di monitoraggio della Corte dei conti sulla *performance* amministrativa, dal momento che la sentenza di condanna del giudice amministrativo viene comunicata a quello contabile solo qualora emergano profili di responsabilità erariale¹⁸⁹. Pertanto, per risultare davvero efficaci contro i fenomeni di *maladministration*, gli strumenti di tutela giurisdizionali dovrebbero essere decisamente migliorati. La stessa disciplina dell'azione per l'efficienza è stata definita «*troppo timida, fram-*

187 In questi termini M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, cit., 13 ss. Si vedano anche I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 401 ss. e V. DOMENICHELLI, *Per un processo amministrativo paritario*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 3, 415 ss.

188 Ex art. 4, co. 2, lett. l), n. 4, il giudice ordina «all'amministrazione o al concessionario di porre in essere le misure idonee a porre rimedio alle violazioni, alle omissioni o ai mancati adempimenti [...] e, nei casi di perdurante inadempimento, dispon[e] la nomina di un commissario»; ex n. 4, invece, «la sentenza definitiva comport[a] l'obbligo di attivare le procedure relative all'accertamento di eventuali responsabilità disciplinari o dirigenziali».

189 Si veda A. L. TARASCO, *Amministrazione di qualità e controlli efficaci: un'endiadi possibile nella nuova "azione per l'efficienza"?*, in *Riv. Corte conti*, 2010, 1, 271 ss.

*mentata e contraddittoria»*¹⁹⁰ e problemi analoghi si riscontrano anche con riferimento agli atti autoritativi inerenti i servizi pubblici. In generale, il giudizio amministrativo continua ad essere incentrato sulla valutazione di legittimità e ancorato alla lesione specifica e concreta di una situazione giuridica soggettiva; in più, la partecipazione dei cittadini-utenti alla definizione degli *standard* comporta spesso concessioni alle loro richieste minime e simboliche, come dimostrato dalle carte di servizi che, a differenza che in altri Paesi, si risolvono di frequente in Italia in «*inutil[i] document[i] propagandistic[i]*»¹⁹¹.

A proposito delle forme di tutela non giurisdizionali, queste possono essere tipicamente amministrative ed incidere direttamente sull'organizzazione e sul funzionamento dei pubblici poteri – come le carte di servizi, le regole di trasparenza, la possibilità per il cittadino utente di prendere parte al c.d. ciclo della *performance* –, o non propriamente amministrative¹⁹². Tra queste ultime rientrano gli accordi transattivi, che possono rappresentare un utile strumento per garantire l'efficienza e l'economicità dell'agire amministrativo¹⁹³ e la figura del Mediatore europeo¹⁹⁴. Quest'ultimo esamina i fatti di cattiva amministrazione avvenuti in ambito comunitario¹⁹⁵, assicurando tutela – oltre che nei confronti dell'attività amministrativa invalida – anche alle condotte irrispettose delle regole sulla buona amministrazione. Poiché il Mediatore non può spingersi ad indagare fatti di *maladministration* interni agli Stati membri, alcuni di essi hanno istituito mediatori nazionali propri; tuttavia, non solo non si riscontra la me-

190 Così G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, Giappichelli, 2012, 402.

191 M. CALABRÒ, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 402 ss.: in Gran Bretagna ad esempio, all'indomani dall'introduzione della Citizen's Charter, il Governo si è fortemente attivato per rendere effettivo il contenuto del documento e per monitorarne la corretta implementazione.

192 Per un approfondimento sulla ricostruzione che segue, cfr. M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, cit., 8 ss.

193 A. NAPOLI, *La transazione e gli istituti conciliativi quali rimedi eliminativi dell'inefficienza*, in F. MASTRAGOSTINO, S. PILATO, cit., 174 ss.

194 Si veda M. P. CHITI, *Il Mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 2, 303 ss.

195 Ex art. 228 TFUE, il Mediatore esamina i casi di cattiva amministrazione «*nell'azione delle istituzioni, degli organi o degli organismi dell'Unione, salvo la Corte di giustizia dell'Unione europea nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali*».

desima tendenza in tutti i Paesi, ma anche laddove il mediatore interno sia stato istituito, quest'ultimo non coordina la propria attività con quella del Mediatore europeo. Data la centralità della figura nella lotta ai fenomeni di *maladministration*, potrebbe dunque rivelarsi assai utile l'istituzione di una rete di mediatori nazionali negli Stati membri che assorbano, nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle esperienze proprie di ogni realtà nazionale, le competenze degli esistenti mediatori, garantendo una più capillare ed effettiva tutela. L'utilità delle forme di tutela non giurisdizionali emerge soprattutto se si considera che le Corti, per l'eccessivo carico di lavoro, spesso mostrano tempi di risposta eccessivamente lunghi¹⁹⁶. Sarebbe dunque auspicabile un potenziamento di tali misure alla stregua di quanto avvenuto a livello europeo, dove la creazione di una «*amministrazione giustiziale dentro alla propria amministrazione*»¹⁹⁷ fa sì che la possibilità di adire la Corte di Giustizia sia spesso subordinata all'esperimento del rimedio interno, ossia al ricorso ad agenzie e *authorities* a composizione mista tecnico-giuridica, che adottano atti di natura amministrativa offrendo ai privati la possibilità di una revisione delle decisioni in tempi celeri e senza costi eccessivi. L'esempio offerto dall'Unione europea è stato seguito da alcuni Stati membri¹⁹⁸, ma non dall'Italia, in cui, a causa della «*visione antagonistica dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione*» che impedisce di cogliere «*la comune finalità di giustizia*»¹⁹⁹, manca ancora uno «*spazio di mezzo tra il procedimento e il processo che possa garantire al cittadino un canale efficiente, informale ed economico di tutela alternativo alla giurisdizione*»²⁰⁰.

196 Si veda B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, 2, 423 ss.

197 *Ibidem*, 426.

198 In Francia ad esempio si sono ampliate le forme di tutela non giurisdizionali; la Germania ha predisposto un sistema di ricorsi amministrativi e autorità amministrative in ambito di gare pubbliche; nel Regno Unito si sono dotati dell'*Ombudsman*, degli *administrative tribunals* (che fino al 2007 erano dei corpi amministrativi specializzati e sono stati poi giurisdizionalizzati) e della *proportionate dispute resolution*.

199 Le citazioni sono di A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, 3-4, 747.

200 B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, *cit.*, 447.

8.2. (a) La sovrabbondanza legislativa

In Italia, le leggi statali sono oltre 20.000, contro le 10.000 in Francia e 5000 in Germania; Titolo_ paragrafo a queste vanno aggiunte le leggi regionali, i regolamenti governativi e degli enti locali, gli atti normativi dell'autorità di regolazione dei mercati, quelli dell'Unione Europea²⁰¹. Al posto di una cornice normativa composta da poche, chiare leggi che sarebbe in grado di garantire la certezza del diritto e guidare i comportamenti dei consociati, il nostro Paese presenta un eccessivo numero di disposizioni normative, spesso anche scadenti sotto il profilo qualitativo in quanto frammentate ed eccessivamente tecniche²⁰². Ne derivano non solo maggiori costi in capo a cittadini e operatori economici – che, da un lato, sono tenuti ad adeguare la propria attività alle norme che si applicano loro e, dall'altra, muovendosi in quadro normativo incerto, si espongono al rischio di ulteriori esborsi in sede giudiziaria –, ma anche l'agevolazione di fenomeni distrattivi delle risorse pubbliche o di inefficace impiego delle stesse²⁰³.

Malgrado sia maturata nel corso del tempo la consapevolezza circa l'incessante proliferare delle norme e si sia tentato di porvi un freno, il problema non è mai stato davvero risolto. In proposito, è stato osservato che si è intervenuti sulla *complicazione* del sistema delle fonti, senza porre la dovuta attenzione al fenomeno, ben distinto, della sua *complessità*²⁰⁴. Il legislatore pare cioè vittima della convinzione che i problemi si risolvano intervenendo sulle norme

201 Cfr. M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 1, 159 ss. Si vedano anche S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 1 ss. e G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 611 ss. che osservano come l'ipertrofia normativa sia in buona parte causata dal carattere democratico degli ordinamenti.

202 Si rinvia a M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 3, 985 ss.

203 Così G. CARLINO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2021, Cerimonia di insediamento del Presidente della Corte dei conti*, 19 febbraio 2021, disponibile su www.corteconti.it, 6-7.

204 Cioè agendo nella direzione del miglioramento della tecnica legislativa, della delegificazione, del riordino della normativa di settore, dell'introduzione di automatismi taglia-leggi, dell'introduzione di strumenti per il ciclo della regolazione, del raccordo tra i centri di produzione normativa, della consultazione e informazione dei destinatari delle norme, come evidenziato da M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, cit., 1018, cui si rinvia.

– aggiungendole, modificandole, talvolta sopprimendole –, mentre il ricorso massiccio allo strumento del decreto-legge dimostra come si tenda a ritenere migliore una politica che agisca in tempi serrati, annunciando gli interventi in forma di “manifesto”, piuttosto che dare importanza al dibattito pubblico che mira alla produzione di una buona legislazione²⁰⁵. In questo senso, sarebbe necessario sostituire la frenesia che porta all’incessante mutamento delle norme con la «lentezza del codificatore»,²⁰⁶ affinché siano create disposizioni armoniche, efficaci e che reggano la prova del tempo. È stata altresì suggerita la rifondazione del Dipartimento per gli affari giuridico-legislativi della Presidenza, che risulterebbe particolarmente utile per veicolare una «lingua unica» del Governo, nonché la costruzione di un Comitato per la codificazione e l’attivazione di un dialogo continuo con il Parlamento²⁰⁷.

Inoltre, a causa della sfiducia che nutre nei confronti dell’amministrazione, spesso il legislatore alimenta l’ipertrofia legislativa facendo ricorso a leggi altamente specifiche che riducano la discrezionalità di quest’ultima²⁰⁸ o emanando leggi auto-applicative²⁰⁹ aspirando a raggiungere una completa autosufficienza. Così facendo, però ci si dimentica da un lato «che il Parlamento non è adatto al disbrigo di compiti amministrativi»²¹⁰ e, dall’altro, perdendo in generalità e astrattezza a favore di previsioni di dettaglio, nel lungo periodo la legge perde

205 Si vedano Y. MENY, *La riforma amministrativa in Europa: possiamo ancora crederci?*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2016*, cit., 27 ss. e B. G. MATTARELLA, *La riforma amministrativa: istruzioni per l’uso*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2016*, cit., 253 ss.

206 L’espressione è di S. DE FELICE, *Alcune idee per una PA migliore per il Paese. Non solo per la Recovery*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it, approfondimenti Dottrina, 20 febbraio 2021.

207 Così G. NAPOLITANO, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, 2, 145 ss.

208 Il riferimento è alle c.d. leggi-provvedimento, il cui grado di dettaglio diminuisce notevolmente la discrezionalità dell’amministrazione e all’emanazione di atti legislativi in spazi che dovrebbero essere destinati ai regolamenti e che modificano norme di rango secondario o intervengono sull’organizzazione degli uffici. In merito, cfr. L. CASINI, *Politica e amministrazione: “the Italian style”*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 13 ss.

209 Si vedano S. CASSESE, *Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 1 ss.; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, cit., 167 ss.; L. CASINI, *Politica e amministrazione: “the Italian style”*, cit., 18.

210 S. CASSESE, *Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?*, cit., 2.

anche la capacità di guidare l'azione amministrativa²¹¹. Allo stesso tempo, la stessa amministrazione contribuisce alla riduzione della propria libertà d'azione dal momento che, intimorita dal fatto che il pieno esercizio della propria discrezionalità possa aumentare il rischio di controlli e sanzioni, essa chiede frequentemente copertura legislativa prima di adottare determinati provvedimenti. Ne deriva un inevitabile e profondo malessere dell'amministrazione – la cui essenza è la discrezionalità, non la meccanica applicazione di norme²¹² – che rende necessario disincentivare la promozione dell'atteggiamento fideistico da parte della p.a. nei confronti di leggi e regolamenti, nonché valorizzare una “buona discrezionalità” che, unita a ponderati meccanismi di responsabilizzazione, consenta sia di calibrare la decisione sul caso specifico, sia di curare al meglio il pubblico interesse.

8.3. (b) I problemi interni alla pubblica amministrazione

Se si guarda “nella pancia” dell'amministrazione, l'immagine che viene restituita è quella di una p.a. vecchia, indigente, senza ricambio né prospettive di carriera, tristemente caratterizzata dalla *path dependency*; una realtà, insomma irremovibile ed eterna, quasi al pari delle istituzioni religiose²¹³. Liberare l'amministrazione dai retaggi del passato viene ritenuto un compito «titanico», ragion per cui i tentativi di riforma sin ora effettuati hanno solo scalfito la superficie del granitico assetto amministrativo, limitandosi ad introdurre procedure di eccezione, ad approvare leggi di principio che rimandano i problemi ai decreti di applicazione, o ad ideare interventi modesti che hanno finito con il ren-

211 È quanto sostenuto da A. BATTAGLIA *et al.*, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo. Burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, disponibile su www.irpa.eu.

212 In merito alla limitazione della responsabilità nel contesto delle gare pubbliche, cfr. anche M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, *cit.* e ID., *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 35 ss. Si veda anche G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, 271, che osserva che «la legislazione [...] non è il mezzo per conferire forza di legge [...] a qualunque volontà»; a pensarla diversamente, si incorrerebbe infatti nell'«abuso di funzione legislativa».

213 Così Y. MENY, *La riforma amministrativa in Europa: possiamo ancora crederci?*, *cit.*; si vedano anche M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, *cit.*; L. CASINI, *Politica e amministrazione: “the Italian style”*, *cit.*

dere il sistema ancora più caotico²¹⁴. In più, la promozione delle autonomie ha determinato una notevole frammentarietà e differenziazione dell'amministrazione, oggi costituita da una «costellazione di apparati variegata e multilivello», i cui ambiti di competenza non sono sempre definiti in modo chiaro, e tra cui spesso mancano efficaci canali di comunicazione e raccordo²¹⁵. Ne consegue un'amministrazione spesso lenta, poco trasparente, irrigidita dalle tortuosità burocratiche e, in definitiva, poco vicina alle esigenze della collettività²¹⁶. Una possibile soluzione in tal senso, già segnalata in dottrina²¹⁷, potrebbe consistere nel portare a termine l'anagrafe degli enti pubblici, dal momento che una mappatura completa consentirebbe di eliminare le realtà amministrative ormai inutili o non più operative e sostituirle con uffici pubblici «start-up», che possano essere rapidamente attivati o chiusi in caso di raggiungimento o mancato raggiungimento del proprio scopo.

Un ulteriore problema scontato dall'amministrazione è l'assenza di personale dotato di preparazione adeguata. La conseguenza è che più che «fare», quest'ultima «fa fare»²¹⁸: la mancanza di corpi professionali propri fa sì, cioè, che essa debba collocare ai suoi margini organismi in funzione servente, rendendola completamente dipendente dall'esterno e determinandone, dunque, l'annichilimento. Tale tendenza potrebbe essere arginata se l'esternalizzazione avvenisse previa attenta predisposizione di linee di indirizzo politico, definendo i criteri dell'esternalizzazione affinché questi non si traducano in deleghe in bianco e prevedendo dei meccanismi di *disclosure* nei confronti dell'amministrazione dei risultati conseguiti²¹⁹. Si dovrebbe altresì puntare decisamente di più sulla

214 Si veda Y. MENY, *ibidem*.

215 M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, cit., 169 ss. Si veda anche S. CASSESE, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 2, 465 ss.

216 M. CLARICH, *ibidem*.

217 G. NAPOLITANO, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, cit.

218 S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, cit., 7; ID., *Maladministration e rimedi*, cit.; B. G. MATTARELLA, *La riforma amministrativa: istruzioni per l'uso*, cit. Per un esempio concreto si rimanda a C. CLERICETTI, *Ancora licenziamo i dirigenti pubblici*, 6 marzo 2021, disponibile su <https://clericetti.blogautore.repubblica.it>.

219 È quanto suggerito anche A. AVERARDI et al., *La pubblica amministrazione dinanzi ai nuovi interventi di sostegno all'economia: gestione diretta vs esternalizzazione*, disponibile su www.irpa.eu.

formazione dei funzionari pubblici – aumentando gli investimenti, distribuendo meglio le attività di formazione per quanto riguarda temi e categorie di dipendenti, migliorando la formazione iniziale e quella continua, elaborando piani formativi²²⁰ –, nonché sulla professionalizzazione dei soggetti preposti alla loro selezione e valutazione²²¹. I dipendenti pubblici andrebbero poi scelti in base al merito e in funzione delle esigenze delle amministrazioni, tenendo presente che «solo l'impiego di uomini competenti assicura la buona amministrazione, solo un'amministrazione tecnicamente competente è una buona amministrazione»²²². In tema, il metodo di reclutamento merita di essere ripensato: andrebbe ridisegnata la modalità di svolgimento dei concorsi per renderli davvero selettivi ed orientati al merito, esplicitati dei *framework* di competenze per i ruoli dirigenziali, prevista la presentazione di una lettera motivazionale o un programma delle azioni da compiere per l'accesso agli incarichi di vertice e potenziate le prospettive di carriera, così che sempre più frequentemente i capaci e meritevoli siano incentivati a guardare alla pubblica amministrazione come possibile destinazione professionale²²³.

Significativi progressi sono ancora da compiere anche sul fronte del procedimento. Non si può trascurare che «dopo oltre trent'anni di vigenza, la L. n. 241/1990 è rimasta in mezzo al guado»²²⁴: avendo fallito nell'evolversi in una disciplina organica e omnicomprensiva, il procedimento amministrativo rappresenta

220 Per ulteriori suggerimenti si veda D. AGUS *et al.*, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo. La pubblica amministrazione dispone di effettive leve di gestione del personale? Incentivi vs disincentivi*, disponibile su www.irpa.eu.

221 Così G. DELLA CANANEA *et al.*, *Gli appalti pubblici si semplificano in tre mosse*, 23 aprile 2021, disponibile su www.lavoce.info.

222 Queste le parole in F. FOLLIERI, *Politica, burocrazia e buon andamento*, in questa *Rivista*, 2021, 1, 104. Cfr. anche G. DELLA CANANEA, *Tutti i rischi della stabilizzazione*, 27 novembre 2007, disponibile su www.lavoce.info.

223 Sui possibili interventi si rimanda a D. BEVILACQUA *et al.*, *Come può la pubblica amministrazione reclutare le migliori competenze? Le buone pratiche*, disponibile su www.irpa.eu; C. CARMOSINO *et al.*, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo. Lo stato dell'amministrazione: dati di partenza e chiavi interpretative*, disponibile su www.irpa.eu; M. BARBIERI, G. GIROSANTE *et al.* (a cura di), *Sistemi di selezione e valutazione dei dirigenti pubblici in Europa. Spunti per la riforma in Italia*, Milano, Egea, 2016.; L. CASINI, *Politica e amministrazione: "the Italian style"*, *cit.*, 35 ss.; D. AGUS *et al.*, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo*, *cit.*

224 Si veda G. NAPOLITANO, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, *cit.*

spesso una «selva oscura», che finisce col disincentivare anche gli investimenti esteri²²⁵. Parimenti, la digitalizzazione nel nostro Paese è ancora ferma ad uno stadio embrionale e il Codice dell'amministrazione digitale non è ancora riuscito ad imporsi come modello ordinario di interazione tra cittadini e p.a.²²⁶

Per quanto concerne, poi, il rapporto politica-amministrazione, è noto che alla separazione tra dirigenza e politica sul piano teorico non sia seguita quella sul piano pratico, sicché si profila nella sostanza una netta sudditanza dell'amministrazione nei confronti della politica²²⁷. Sebbene i principi di strumentalità e imparzialità possano trovare differenti declinazioni e condurre a modelli organizzativi differenti²²⁸, al potere politico non dovrebbe mai essere concesso di esercitare sull'amministrazione un controllo tale che si «consumi il delitto perfetto», ossia che il primo decida senza assumersene la responsabilità giuridica²²⁹. Invece – a causa tanto del meccanismo dello *spoils system*²³⁰, quanto a di

225 *Ibidem*.

226 *Ibidem*; ID., *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, cit., che fa notare come la Francia abbia investito molto nella direzione della digitalizzazione; oggi è infatti tra i Paesi più avanzati nel processo di digitalizzazione pubblica ed è terza nelle classifiche internazionali sul tasso di trasparenza. Si veda anche A. CELOTTO, *Emergenza e pubblica amministrazione*, in *Riv. AIC*, 2021, 1, 422 ss., che osserva che in Italia «fra le carte abbiamo pezzi di digitale: una specie di grande spezzatino».

227 La riforma del 1972 – con cui si riconosceva la dirigenza come *status* e ad essa si attribuiva non solo il potere di adottare decisioni vincolanti verso l'esterno, ma anche una forma di responsabilità diversa da quella politica – è rimasta sulla carta fino agli anni '90, quando ha iniziato a prendere piede l'idea della separazione tra *policy* e *management* ed è nata la responsabilità dirigenziale. La dirigenza tuttavia non è mai riuscita a trovare la propria identità, né ad esercitare il potere nelle modalità in cui le era stato riconosciuto sulla carta. Si rimanda a S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, disponibile su www.irpa.eu; ID., *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2002, 12, 1341 ss.; ID., *La nuova sfida dei dirigenti pubblici*, in *Corriere della Sera-Opinioni*, 31 agosto 2016, disponibile su www.corriere.it; B. CIMINO, *La dirigenza pubblica tra privatizzazione e politicizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 4, 1001 ss.; G. GARDINI, *La perenne riforma della dirigenza pubblica*, in *Variazioni su Temi del Diritto del Lavoro*, 2020, 1; ID., *La dirigenza pubblica in cerca d'identità. Riflessioni alla luce di una riforma interrotta*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 1, 155 ss.

228 È quanto affermato da S. CASSESE, *Maladministration e rimedi*, cit., dal momento che si tratta di principi e non di regole.

229 In questi termini F. FOLLIERI, *Politica, burocrazia e buon andamento*, cit., 91; si veda anche A. BATTAGLIA, S. BATTINI et al., «Burocrazia difensiva»: cause, indicatori, rimedi, cit., 1299, che affermano che così «le decisioni corrono verso l'alto, cioè verso chi non può essere chiamato a rispondere delle opinioni espresse o dei voti dati nell'esercizio delle sue funzioni (art. 68 Cost.)».

230 Con sent. n. 103/2007, la Corte costituzionale ha sancito la illegittimità costituzionale dello *spoils system* una *tantum* perché contrastante con gli artt. 97 e 98 Cost., nonché con il principio di continuità dell'azione amministrativa; esso è comunque rimasto operativo con riferimento agli

quello delle nomine dell'alta dirigenza, spesso poco trasparente e volto ad assicurare nelle posizioni chiave personale in linea con gli obiettivi della maggioranza di governo —, ciò a cui si assiste è un rapporto politica-amministrazione del tutto squilibrato a sfavore della seconda, cosicché «*chi non sa, decide e chi sa, invece, non conta*»²³¹. Paradossalmente però, Governo e Parlamento sono soliti guardare alla burocrazia come causa di malfunzionamenti amministrativi, additandola come «*il regno del bizantinismo, delle complicazioni, della corruzione*», scaricando così «*agli occhi dell'opinione pubblica, tutte le colpe ad una impersonale "burocrazia"*»²³². Al fine di assicurare l'indipendenza dell'amministrazione dalla politica, bisognerebbe riconoscere che il nesso fiduciario appare giustificato solo per le funzioni amministrative di ausilio al Governo e non anche per quelle di gestione vera e propria, che dovrebbero svolgersi all'insegna della autonomia organizzativa ed ispirarsi al principio di imparzialità che, per definizione, è opposto a quello sottostante l'attività politica. In proposito, è stato suggerito che il perno della separazione tra politica e amministrazione potrebbe ruotare sul principio di responsabilità e, dunque, sul sistema dei controlli, individuando «*una figura di garanzia dell'agire amministrativo e della leale cooperazione*» che possa «*interpretare in modo nuovo il sistema relazionale tra politica e amministrazione, perseguendo l'obiettivo generale di efficientamento del sistema*»²³³.

A proposito del sistema delle nomine, la selezione avviene per lo più sulla base dell'anzianità, delle aspettative, della vicinanza politica e, di fatto, tra operazioni di contenimento della spesa e blocco pluriennale delle assunzioni, forti sono i limiti al ricambio generazionale. Ne consegue l'inevitabile sacrificio

incarichi di vertice, le cui nomine sono basate ancora su un rapporto fiduciario.

231 Così S. DE FELICE, *Alcune idee per una PA migliore per il Paese. Non solo per il Recovery*, cit.; si veda anche F. FOLIERI, *Politica, burocrazia e buon andamento*, cit., 93 che afferma che «*gli organi ad investitura politica senza garanzia di competenza (e nei fatti in larga parte "occupati" da persone prive di competenze tecniche politiche), esercitando le funzioni ad essi conferite dall'ordinamento o ingerendosi nell'esercizio delle funzioni conferite agli organi ad investitura burocratica, condannano l'amministrazione al dilettantismo e dunque ad una diffusa inefficienza*».

232 Queste le parole di S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, cit., 1.

233 È quanto suggerito da A. BLASINI et al., *I responsabili dell'efficienza nella pubblica amministrazione: politica vs burocrazia*, disponibile su www.irpa.eu.

della valorizzazione dei risultati raggiunti²³⁴. Il diritto amministrativo dell'efficienza, sviluppatosi a partire dagli anni '90 del secolo scorso, non ha ancora attecchito ed è per molti profili rimasto sulla carta; se, da un lato, proliferano le norme che ascrivono la responsabilità in caso di violazione di regole di condotta, lo stesso non può dirsi, dall'altro lato, in caso di violazione di obblighi di risultato. Si può dunque affermare che l'amministrazione difensiva non sia causata esclusivamente dall'eccesso di responsabilità e sanzioni, ma anche da un difetto delle stesse: vi è sostanzialmente «*un differenziale di sviluppo [...] fra il diritto amministrativo della legalità e il diritto amministrativo dell'efficienza, che crea un assetto sbilanciato degli incentivi*», tale per cui «*il funzionario teme i controlli di legalità, mentre i controlli di efficienza non destano alcuna preoccupazione*»: ne deriva che «*l'amministrazione difensiva è favorita tanto dal primo timore quanto dall'assenza del secondo timore*»²³⁵. Sebbene, poi, il d.lgs. n. 150 del 2009 preveda la presenza nell'ordinamento di un sistema di valutazione della *performance*²³⁶, quest'ultimo è frequentemente percepito come un adempimento solo formale, dal momento che la politica individua obiettivi spesso generici se non ovvi, e che i premi legati alla *performance*, quando riconosciuti, lo sono in modo indiscriminato²³⁷. Inoltre, in caso di mancata adozione degli atti necessari per compiere la misurazione-valutazione, nessuna responsabilità sorge in capo all'organo politico; le conseguenze si riversano, piuttosto, sui pubblici dirigenti, che non essendo stati valutati nei risultati raggiunti non ricevono alcun premio, nemmeno se meritevoli²³⁸. È pertanto necessario prendere atto della «*perdurante disarmonia tra politiche di pena e di gratificazioni*»²³⁹ e prevedere premialità, economiche e non, tanto a fronte dell'assunzione

234 In questi termini L. CASINI, *Politica e amministrazione: "the Italian style"*, cit., 26 ss.

235 Così S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit., 317, che sottolineano come i dirigenti rimossi per risultati negativi della gestione in più di vent'anni «*si contano sulle dita di una sola mano*».

236 Cfr. artt. 8 e 11.

237 Si veda F. FOLLIERI, *Politica, burocrazia e buon andamento*, cit., 99 ss.

238 *Ibidem*.

239 Così M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, cit., 639; si vedano anche D. AGUS *et al.*, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo*, cit., e A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 54 ss.

di scelte rischiose, quanto del raggiungimento di risultati, guardando non solo ai profili quantitativi ma anche e soprattutto a quelli qualitativi dell'azione amministrativa. Bisognerebbe altresì rivitalizzare la responsabilità dirigenziale, la quale nella prassi è spesso banalizzata o assimilata ad altre forme di responsabilità: non rispondendo il dirigente dei risultati negativi della gestione, bensì di comportamenti adottati in violazione di regole, viene così contraddetto lo spirito stesso della responsabilizzazione²⁴⁰.

Agli interventi sin qui suggeriti andrebbe certamente il merito di conferire maggiore prestigio sociale alla burocrazia, contribuendo a restituire ai cittadini l'immagine di un'amministrazione al servizio del Paese e riducendo i dubbi circa la sua efficienza e trasparenza²⁴¹, al pari di quanto avviene – ad esempio – in Francia, Germania o Inghilterra, paesi caratterizzati dalla presenza di un corpo di funzionari altamente qualificato, garantito nelle modalità di accesso agli impieghi pubblici, formato in apposite scuole e selezionato in base al merito²⁴².

8.4. (c) Il mercato assicurativo a copertura del rischio percepito

Uno dei fattori che maggiormente consente di riconoscere l'esistenza del fenomeno dell'amministrazione difensiva e su cui sarebbe opportuno intervenire per ridurla, è rappresentato dall'andamento del mercato assicurativo a copertura del rischio percepito²⁴³. La privatizzazione del rapporto di lavoro e la centralità assunta dalla figura del dirigente hanno imposto nuove riflessioni anche in merito all'ammissibilità di una copertura assicurativa per i danni commessi

240 Cfr. S. BATTINI, *La disciplina del lavoro pubblico tra crisi del modello privatistico e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2016*, cit., 187 ss.; R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 2, 309 ss.

241 Si veda F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa possono servire le riforme amministrative*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2016*, cit., 1 ss.

242 Cfr. C. SARTORETTI, *Il contrasto alla corruzione "amministrativa": riflessioni sul modello francese*, in *DPCE Online*, 2019, 1, 561 ss.

243 S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit., 294 ss. oltre all'evidenza fornita dall'esistenza di un florido mercato assicurativo, la prova dell'esistenza della burocrazia difensiva è fornita anche, nell'ambito delle gare pubbliche, dai c.d. tempi di attraversamento intercorrenti fra l'avvio del primo livello di progettazione di un'opera pubblica e l'affidamento della sua realizzazione. In proposito, M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 1, 35 ss.

nell'esercizio delle pubbliche funzioni²⁴⁴. Se con riferimento alla possibilità da parte dell'amministrazione di stipulare polizze assicurative per la responsabilità civile verso terzi a favore dei propri dipendenti non si sono mai posti particolari problemi²⁴⁵, discorso diverso va fatto a proposito delle polizze a garanzia della responsabilità amministrativo-contabile. Infatti, oltre al danno patrimoniale patito dalla p.a. per la sopportazione dei costi del premio, la copertura assicurativa della responsabilità amministrativo-contabile a spese dell'ente pubblico di appartenenza pone i problemi dal punto di vista della deresponsabilizzazione della classe dirigente, che riceverebbe tutela gratuita a fronte di scelte illegittime o irragionevoli. Pertanto, ferma restando *ex art.* 1900 cod. civ. l'impossibilità di assicurare le condotte dolose, il legislatore, all'art. 3, co. 59 della legge n. 244 del 2007, ha espressamente previsto la nullità di ogni contratto assicurativo stipulato dall'ente pubblico a beneficio dei propri amministratori²⁴⁶ e ha stabilito il termine del 30 giugno 2008 per la cessazione di efficacia di eventuali prodotti assicurativi già sottoscritti in violazione del divieto; ha poi disposto, in caso di inosservanza della norma, l'obbligo di rimborsare a titolo di danno erariale una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto stesso²⁴⁷; fermo restando tale divieto, l'ente pubblico potrà comunque

244 Si veda L. TRUCCHIA, *La copertura assicurativa della responsabilità a carattere professionale dei dirigenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 2, 371 ss.

245 La regola della solidarietà è infatti stabilita dall'art. 28 Cost.

246 È stato chiarito che il riferimento a «*propri amministratori*» nel testo della norma non impedisce di ritenere applicabile la disposizione a tutti i pubblici dipendenti o, in ogni caso, a chiunque sia legato all'amministrazione da un rapporto di servizio: cfr. Corte conti, sez. contr. Emilia-Romagna, 27 gennaio 2009, n. 3/PAR.

247 In realtà, anche prima del 2008 la dottrina maggioritaria negava la possibilità di estendere la copertura assicurativa per responsabilità amministrativo-contabile (non per quella civile) di amministratori e dipendenti pubblici ai danni arrecati alle pubbliche finanze, ritenendo che ciò urtasse con la personalità della responsabilità amministrativa. Si sosteneva che si sarebbe snaturata la funzione repressivo-sanzionatoria che, unitamente a quella risarcitoria, connota l'illecito amministrativo-contabile. Se, poi, il contratto di assicurazione fosse stato stipulato a spese dell'ente, alla nullità del contratto si sarebbe aggiunta la distrazione illecita di pubbliche risorse, dal momento che l'ente creditore verso il funzionario avrebbe dovuto accollarsi il pagamento del premio, diventando sostanzialmente creditore di sé stesso. Si rimanda a V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: contabilità, pensioni, controlli*, cit., 434 ss.; I. CACCIAVILLANI, *Note minime sulla liceità della polizza assicurativa dei funzionari per il danno erariale*, in *Foro amm.*, 1998, 9, 2615 ss.; S. LANDINI, *Danno erariale, responsabilità sanitaria e assicurazioni*, in *Diritto e Salute*, 2020, 1, disponibile su www.dirittoesalute.org. In tale senso si era già espressa anche la giurisprudenza contabile

assicurarsi corrispondendo il relativo premio contro i rischi rientranti nella propria sfera.

Maggiori perplessità suscita invece il tema della responsabilità dell'amministrazione nell'ipotesi di danno cagionato dal dipendente con colpa lieve. Della colpa lieve del funzionario risponde infatti la sola amministrazione: a quest'ultima, che pur subendo un danno patrimoniale non può esercitare l'azione di rivalsa nei confronti del dipendente (che, fatto salvo il regime transitorio introdotto dall'art. 21 del d.l. n. 76/2020, risponde solo in caso di dolo o colpa grave), sembra possibile riconoscere la possibilità di stipulare una polizza assicurativa²⁴⁸. Si può inoltre ritenere plausibile la stipula, da un lato, di un'assicurazione contro i danni commessi dal dipendente anche con dolo e colpa grave (con conseguente azione di rivalsa) all'assicuratore che abbia indennizzato la p.a. ex art. 1914 cod. civ. e, dall'altro, quella che copra l'eventuale infruttuosità dell'azione di rivalsa. In entrambi i casi, infatti, l'ente pubblico non si dota di un contratto assicurativo a copertura della responsabilità amministrativo-contabile del proprio dipendente, bensì di una polizza contro i danni che possono essere causati al proprio patrimonio²⁴⁹.

Per quanto riguarda la possibilità – non espressamente affrontata dalla norma – che il dipendente stipuli in proprio il contratto di assicurazione, la giurisprudenza si è da subito mostrata incline a riconoscere tale possibilità anche alla luce del fatto che, garantendo l'assicuratore una solvibilità maggiore rispet-

(Corte conti, sez. riun., 5 aprile 1991, n. 707/A) secondo cui l'assicurazione non si può trasformare «in un più favorevole trattamento economico per gli amministratori, ma in una legittima responsabile cautela adottata nell'interesse stesso dell'ente stipulante, a copertura dell'alea che sul medesimo sarebbe gravata qualora detti soggetti, nell'esercizio dell'attività istituzionale, avessero subito dei danni che l'ente medesimo avrebbe dovuto risarcire» e che «la copertura assicurativa, implicando una spesa pubblica, deve corrispondere adeguatamente allo scopo di salvaguardare soltanto la responsabilità civile incombente sulla struttura organizzativa pubblica, riguardata come mandante, con esclusione, cioè, di qualsiasi aggravio che deriva dall'assicurare anche altre evenienze dannose, le quali, non connesse all'espletamento del mandato, debbono restare a carico delle persone fisiche degli amministratori»; nello stesso senso, ID., sez. giur. Lazio, 12 febbraio 1997, n. 12; ID., sez. giur. Friuli Venezia Giulia, 19 ottobre 2000, n. 489/EL; ID., sez. giur. Lombardia, 10 maggio 2002, n. 942; ID., sez. giur. Sicilia, 25 ottobre 2006, n. 3054; ID., sez. giur. Emilia-Romagna, 7 luglio 2011, n. 319.

248 Corte conti, sez. contr. Molise, 14 ottobre 2008, n. 34.

249 S. LANDINI, *Il problema dell'assicurabilità del danno erariale*, in *Assicurazioni*, 2009, 4, 455 ss.

to a quella del dipendente, potrebbe essere in tal modo assicurato il pieno recupero delle somme oggetto di condanna, che oggi si assesta solo intorno al 12% del totale²⁵⁰. Proliferano così nel nostro ordinamento le compagnie assicurative che offrono a funzionari e dipendenti pubblici la possibilità di sottoscrivere polizze a copertura della responsabilità erariale, i cui contratti meriterebbero però di essere ripensati per potersi dire davvero efficaci contro la burocrazia difensiva. Per prima cosa, infatti, se si dà uno sguardo alle statistiche si nota che il prezzo medio dei premi pagati è pari a circa 300 € all'anno; tuttavia, in caso di incarichi di maggiore responsabilità, i premi possono raggiungere tetti più che doppi rispetto al valore mediano, con conseguenti massimali e periodi di retroattività maggiori. Inoltre, sebbene negli ultimi anni ci sia stata una crescita del prodotto offerto, a fronte di un aumento dei prezzi per i premi più alti, si è verificato un crollo delle polizze con valori di massimale maggiori, a dimostrazione del peggioramento dei rischi percepiti nel mercato. Non essendovi alcuna obbligatorietà di sottoscrivere le polizze però, molti sono anche i dipendenti pubblici che scelgono di rimanere privi di copertura assicurativa, vuoi perché non disposti a pagare il premio "di tasca propria", vuoi per ragioni culturali. In più, i massimali sono spesso troppo esigui per garantire un'adeguata copertura a fronte di processi complessi e onerosi e i prodotti assicurativi sono quasi impossibili da reperire sul mercato per coloro che abbiano proprio carico precedenti sinistri segnalati. Non è poi spesso chiaro se le polizze offrano copertura anche per le spese legali relative alla difesa nel giudizio contabile, nonché nel giudizio penale o civile che siano stati il presupposto di quello contabile; infine, l'omogeneità dei premi su tutto il territorio nazionale dimostrerebbe come il mercato non sia ancora sufficientemente sviluppato per prezzare adeguatamente il rischio²⁵¹.

250 Corte conti, sez. contr. Molise, 14 ottobre 2008, n. 34, *cit.* Si veda V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: contabilità, pensioni, controlli*, *cit.*

251 Si vedano S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, *cit.*, specialmente da 301 a 303 e A. BATTAGLIA *et al.*, *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo*, *cit.*

In generale, mostrando il proprio disfavore verso la stipula di polizze assicurative che proteggano dalla responsabilità erariale, il nostro sistema pare svilire la funzione risarcitoria della responsabilità a favore di quella sanzionatoria. Ciò emerge con evidenza sia guardando alle società private – dove si stipulano polizze contro la responsabilità civile di consigli di amministrazione, sindaci e dirigenti per violazione di norme di legge, di regolamenti, dello statuto o per la cattiva gestione anche a danno della società stessa –, sia a ciò che accade negli altri ordinamenti, dove non si riscontrano i medesimi divieti²⁵². Al fine di rendere il mercato assicurativo per danno erariale più efficiente, si potrebbe iniziare a riflettere non solo sulle differenze, ma anche sulla potenzialità di una equilibrata coesistenza tra sistemi assicurativi in cui l'assicurato non è tenuto a pagare con sistemi di solidarietà collettiva, basati sulla mutualizzazione dei rischi²⁵³; si potrebbero altresì adottare modelli organizzativi che riducano le occasioni di danno e che siano essi stessi condizione di assicurabilità²⁵⁴. Prioritario sarebbe, tuttavia, prendere definitivamente atto del fatto che la primaria finalità della responsabilità amministrativo-contabile non è sanzionatoria, bensì risarcitoria e, fermo restando il divieto sancito dalla Legge Finanziaria 2008, si potrebbe consentire agli enti pubblici di negoziare con le imprese assicuratrici contratti per i propri dipendenti con condizioni più favorevoli rispetto a quelle oggi previste: da tali operazioni uscirebbe certamente rinvigorita la funzione re-

252 Si pensi a quanto accade in Francia, dove la responsabilità è limitata a condotte intenzionali o gravemente colpose, per le quali in ogni caso risponde l'ente di appartenenza e la cui azione di rivalsa raramente è esercitata.

253 Cfr. L. TRUCCHIA, *La copertura assicurativa della responsabilità a carattere professionale dei dirigenti pubblici*, cit., 390, che in proposito osserva che si potrebbe trarre spunto dall'esperienza francese, comune tra l'altro a quella americana e a molti altri paesi industrializzati, dove un ruolo centrale è stato assunto dalle *mutuelles d'assurance* e in particolare dalle *mutuelles d'assurance des fonctionnaires*, nell'ambito delle quali gli elementi caratteristici dell'assicurazione convivono con una logica mutualistica e con la possibilità di variare l'ammontare dei premi adattandoli *ex post* sulla base dei sinistri verificatisi, chiedendo un supplemento di quota o reinvestendo una parte dei premi riscossi a seconda dei casi.

254 È quanto suggerito da S. LANDINI, *Il problema dell'assicurabilità del danno erariale*, cit., che ricorda quanto avviene in molte clausole delle assicurazioni contro il furto, in cui l'adozione di determinate condizioni di sicurezza è essenziale al fine di ottenere l'indennizzo.

cuperatoria, mentre quella repressiva potrebbe essere valorizzata mediante altri strumenti, quali la responsabilità disciplinare e penale.

8.5. (d) Le inefficienze della funzione di controllo della Corte dei conti

La Corte, sommando su di sé sia una funzione consultiva, sia una giurisdizionale, sia una di controllo, rappresenta un efficace strumento a presidio della legalità, la cui centralità emerge con massima forza soprattutto nei sistemi caratterizzati da inefficienze nell'ambito politico e burocratico, in cui le si domanda maggiore severità e un allargamento della platea dei soggetti controllati²⁵⁵. Naturalmente, affinché possa adempiere al suo ruolo, è necessario che tutte le sue attività si svolgano correttamente che la sinergia tra esse sia ottimale.

Innanzitutto, è opportuno osservare come lo sforzo compiuto verso la riorganizzazione territoriale della giustizia contabile non abbia prodotto i risultati sperati. L'obiettivo è stato compromesso²⁵⁶, in primo luogo, da fattori ambientali, quali la scarsa trasparenza dell'ambiente amministrativo e dei processi decisionali da sottoporre a controllo; in secondo luogo, vi sono problematici aspetti di natura procedurale inerenti le modalità di attivazione della giustizia contabile, quale la previsione – in molti casi – che siano gli stessi soggetti controllati a doversi auto-denunciare; in terzo luogo, si è riscontrata una resistenza da parte delle amministrazioni locali, che vedono l'intervento dei magistrati contabili e del loro “braccio esecutivo”, ossia la Guardia di Finanza, come un ostacolo alla realizzazione di una completa autonomia e libertà gestionale, talora intesa in modo distorto come l'assenza di vincoli e di controlli esterni; infine l'insuccesso dei sistemi di controllo è stato dovuto alla scarsa credibilità degli stessi, generata dalla oggettiva difficoltà di recuperare le somme dovute a titolo di risarcimento del danno erariale. Non si è, poi, mancato di considerare che in

255 Si vedano M. NUNZIATA, *Controllo e giurisdizione della Corte dei conti: una problematica sinergia*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 457 ss. e G. COLOMBINI, *La dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2017, 13, 1 ss.

256 La ricostruzione che segue è opera di M. S. RIGHETTINI, *Decentramento e legalità. L'efficacia della magistratura contabile dopo la regionalizzazione della corte dei conti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 2, 407 ss.

un sistema come quello italiano – in cui dilagano i fenomeni di corruzione e cattiva amministrazione – il decentramento rischia, all'opposto delle ragioni per cui è stato introdotto, di ridurre ulteriormente il livello di trasparenza e di efficacia nei processi di allocazione delle risorse.

Inoltre, si è rilevato come la Corte dei conti sia caratterizzata contemporaneamente da «*troppi e nessun controllo*»²⁵⁷. Infatti pur essendosi – da un lato – moltiplicate le sedi di controllo per effetto della riorganizzazione territoriale e – dall'altro lato – aggiunta e sovrapposta all'attività della Corte quella dell'Anac, sono stati trascurati quei controlli ritenuti realmente utili, ossia quelli di risultato e di qualità, ancor più rilevanti alla luce della trasformazione della Corte in un organo a servizio dello Stato-comunità e che tutela il buon andamento della pubblica amministrazione²⁵⁸; l'introduzione di tali controlli consentirebbe pertanto alla Corte dei conti non solo di monitorare con maggiore attenzione la gestione delle pubbliche risorse e ridurre complessivamente i costi dell'attività amministrativa, ma anche di assolvere compiutamente al compito che oggi è domandato ai giudici contabili²⁵⁹.

Infine, se la compenetrazione tra funzioni di controllo e giurisdizione da un lato rafforza la tutela contro la *maladministration*, dall'altro intensifica l'attività ispettivo-sanzionatoria, alimentando i timori dei funzionari di incorrere in responsabilità e, dunque, gli atteggiamenti difensivi²⁶⁰. A questo proposito, è stato osservato che se gli altri strumenti di filtro, responsabilizzazione e controllo funzionassero, così come sul piano del controllo si è superata la verifica meramente formale sulla gestione e sulla finanza, su quello giurisdizionale si potrebbero limitare le ipotesi di responsabilità ai soli danni patrimoniali, senza che quest'ultimo debba farsi carico anche di un sindacato sulla corretta cura

257 S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2016*, cit., 353 ss.; cfr. ID., *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica*, cit.

258 È quanto riconosciuto anche dalla Consulta: cfr. Corte cost., sentt. nn. 29/1995 e 267/2006.

259 Si veda anche Cfr. Intervista al Presidente Calamaro, *La Corte dei Conti nei giorni dell'emergenza*, in *Federalismi.it*, 2020, 21, 1 ss.

260 Cfr. M. NUNZIATA, *Controllo e giurisdizione della Corte dei conti: una problematica sinergia*, cit., 478, definisce l'attività di controllo come un «*moltiplicatore di responsabilità*».

dell'interesse pubblico, per altro estraneo alla funzione originaria della Corte²⁶¹; ne sarebbe prova il fatto che negli ordinamenti che hanno predisposto presidi efficaci contro la *maladministration* non si è affatto avvertita l'esigenza di istituire un organo come la Corte dei conti²⁶².

Il primo passo per riportare la Corte al suo ruolo di garante della legalità dell'azione amministrativa potrebbe essere quello di meglio definire i confini dell'attività di controllo, anche alla luce del fondamentale ruolo di «fabbrica[trice] degli indirizzi amministrativi»²⁶³ che tale funzione dovrebbe assolvere. In questo senso, è stato evidenziato che il tema dell'esonero dalla responsabilità a fronte di condotte che siano state positivamente valutate in sede di controllo andrebbe più attentamente disciplinato²⁶⁴; allo stesso tempo, la ridefinizione dell'ambito del controllo preventivo e l'eliminazione delle storture nell'applicazione delle relative esimenti, se accompagnate ad una rinnovata attenzione alla tempestività dell'attività di controllo, potrebbe condurre ad un importante ridimensionamento del fenomeno della burocrazia difensiva²⁶⁵. Bisognerebbe altresì intensificare le sinergie sia tra sezioni di controllo regionali e centrali, sia di queste con l'OLAF, l'EPPO e i p.m. dei Paesi europei in cui operano organi di controllo che svolgono anche funzioni giurisdizionali²⁶⁶. Per concludere, andrebbe valorizzato il ruolo di interprete ricoperto dalla Corte, la quale, stante l'obsolescenza normativa che caratterizza il nostro Paese, ha il potere attualizzare il signifi-

261 F. FRACCHIA, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, cit., 685.

262 M. NUNZIATA, *Buon andamento e danno da disservizio*, cit., 236.

263 Così V. TENORE, *Le funzioni di controllo "indirizzante" della Corte dei conti nell'ordinamento costituzionale*, in V. TENORE, A. NAPOLI (a cura di), *Studio sui controlli affidati dalla costituzione alla corte dei conti*, Napoli, ESI, 2020, 8 ss. Nel senso della necessità di un riordino delle attribuzioni di controllo, G. DELLA CANANEA, *Verso un codice dei controlli?*, in *Riv. Corte conti*, 2017, 1-2, 723 ss.

264 Così M. NUNZIATA, *Controllo e giurisdizione della Corte dei conti: una problematica sinergia*, cit., 478.

265 Si veda quanto suggerito da A. BLASINI et al., *I responsabili dell'efficienza nella pubblica amministrazione: politica vs burocrazia*, cit.

266 Così A. CANALE, *Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2022*, cit. e P. RUSSO, *Sinergie tra la Corte dei conti europea e l'OLAF*, 12 marzo 2022, disponibile su www.corteconti.it.

cato delle disposizioni di legge senza alterarle, conferendo loro un significato costituzionalmente conforme e più in linea con l'evoluzione sociale²⁶⁷.

9. La corsa a ostacoli verso la semplificazione

Come più volte ribadito, malgrado il nome che porta, il d.l. n. 76 del 2020 sembra dare un contributo opposto alla semplificazione, termine che significa «*facere sine pligā*», ossia rendere scorrevole ciò che è tortuoso, ma senza alterare la sostanza e la natura dell'oggetto dell'intervento²⁶⁸. L'esigenza di semplificazione è da sempre avvertita in tutti i Paesi democratici²⁶⁹, e generalmente riconosciuta come una attività estremamente complicata²⁷⁰, dovendo essa coniugare una pluralità di interessi meritevoli di tutela, potendo investire tanto il settore normativo quanto quello amministrativo²⁷¹ e intervenendo sia sul profilo organizzativo, sia su quello funzionale dell'amministrazione. In Italia, però, a causa della lunghezza dei procedimenti, della frammentazione amministrativa, della pervasività dei controlli, della sovrabbondanza normativa, della confusione dei ruoli tra personale politico e amministrativo e della compenetrazione tra interessi pubblici e privati²⁷², i tentativi di semplificazione si sono sempre arrestati ad una «*generica esigenza di semplificazione*»²⁷³, che ha posto l'attenzione più sul

267 Si rimanda a G. VILLANACCI, *Le insidie del neocontestualismo nella rinnovata funzione di controllo della Corte dei conti*, cit.

268 Cfr. M. R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.-Tar*, 2010, 9, 3041 ss.

269 Cfr. S. PELLIZZARI, *Make it better and simpler. Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1, 265 ss.

270 Si rinvia a E. CASETTA, *La difficoltà di "semplificare"*, in *Dir. amm.*, 1998, 3-4, 336 ss.; A. CHIRICO, *Come semplificare un paese da mille e una norma*, in *Il Foglio*, 28 luglio 2020; G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 3, 662 ss.

271 Per amor di precisione, occorre chiarire che la semplificazione normativa – che, con operazioni di riordino, codificazione e delegificazione mira a risolvere l'inesauribile fame di nome – si riscontra più o meno in tutti i Paesi europei, mentre quella amministrativa – cioè la revisione organica dell'assetto dei poteri amministrativi – dipende dai modelli di semplificazione amministrativa adottati che variano a seconda della rilevanza che assume il procedimento amministrativo nel singolo ordinamento. Sul punto si veda V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2000, 3-4, 617 ss.

272 Queste e altre cause in G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, cit., 655 ss.

273 Così S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 3, 669 ss.

riordino organizzativo che sul ridisegnare i procedimenti²⁷⁴. Il rilievo accordato alla semplicità e gli sforzi compiuti per ottenerla si sono spesso dimostrati in contraddizione, risolvendosi in una semplificazione «più apparente che reale»²⁷⁵, che comporta ulteriori costi per le amministrazioni e logora il rapporto dei consociati con il potere pubblico²⁷⁶. Inoltre, la diffusa convinzione che semplificazione sia sinonimo di efficienza comporta che sia sottratto tempo ad un'attenta valutazione della realtà e dei bisogni dell'amministrazione, dal momento che la complessità dell'azione amministrativa spesso stride con le prerogative di celerità e sommarietà che l'efficienza impone²⁷⁷. A ciò si aggiunge il rilievo che non sempre la semplificazione si rivela lo strumento idoneo a combattere la corruzione – che a volte viene, anzi, da essa alimentata – e che non sempre un paese ad alto tasso di corruzione è indietro nella via della semplificazione, e viceversa²⁷⁸. È stato infatti rilevato come molti interventi legislativi volti a combattere la corruzione abbiano in realtà determinato un irrigidimento dei processi decisionali: la moltitudine di procedure, controlli e oneri da soddisfare ha così finito con l'imbrigliare l'amministrazione nel monitoraggio di sé stessa, a discapito della flessibilità e della differenziazione, essenziali per fare fronte alla molteplicità di situazioni che la realtà presenta²⁷⁹.

274 A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giustamm.*, 2016, 5, 5362 ss., che afferma che anche laddove si sono toccati i procedimenti si è erroneamente pensato che la riforma di questi ultimi avrebbe portato a una riforma anche degli apparati amministrativi.

275 In questi termini R. FERRARA, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 2, 323 ss.

276 Gli interventi di semplificazione sono stati spesso determinati dall'assenza di sistematicità e coordinamento; molti strumenti di semplificazione sono stati oggetto di continue modifiche che hanno contribuito ad esasperare l'instabilità della regolamentazione, mentre altri sono rimasti lettera morta; in più, spesso la semplificazione viene attuata ricorrendo a deroghe ed eccezioni che però, essendo o specifiche o ad efficacia provvisoria, non risolvono il problema della complessità amministrativa alla radice. Si rinvia a M. BENEDETTI *et al.*, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione dell'amministrazione? Vincoli vs opportunità*, disponibile su www.irpa.eu.

277 D. VESE, *L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2018, 18, 1 ss.

278 F. COSTANTINO, *Semplificazione lotta alla corruzione nella legge 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, 623 ss.

279 Si veda M. DELSIGNORE, M. ROMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, *cit.*, 70-71.

Alla luce di tali considerazioni, si potrebbe affermare che la semplificazione sia una tecnica «che documenta, in ultima analisi, una crisi, piuttosto che la sua soluzione»²⁸⁰ e che dimostra l'incapacità di ricorrere agli strumenti che potrebbero davvero migliorare la *performance* dell'amministrazione. Occorrerebbe, pertanto, prendere atto che la semplificazione non debba fare riferimento solo alla riduzione della complicazione, ma anche soprattutto alla comprensione e alla corretta gestione della complessità, avendo consapevolezza che quest'ultima sia un aspetto ineliminabile e connaturato all'ordinamento, che emerge quando un fenomeno viene osservato da più punti di vista e con logiche diverse²⁸¹; è necessario altresì adottare un approccio sistemico, che tenga conto che l'introduzione, la modifica o l'eliminazione di una fonte determina il mutamento dell'evoluzione di un intero sistema²⁸². La semplificazione richiederebbe perciò un impegno «focalizzato e perdurante nel tempo», non «spendibile nella perenne campagna elettorale in cui viviamo»²⁸³, il quale necessiterebbe, tra l'altro, di una apposita e stabile struttura dedicata che, grazie al carattere istituzionale e *super partes*, assicuri un percorso permanente e sistematico di semplificazione normativa. Potrebbe in questo senso risultare utile, al pari di quanto avvenuto negli Stati Uniti, in Gran Bretagna e in Francia, monitorare i processi volti ad incidere sulle norme fin dal momento del loro concepimento, per compararne i costi e i benefici e valutare, laddove possibile, strumenti alternativi per raggiungere i medesimi obiettivi²⁸⁴.

Gli articoli 21 e 23 del d.l. n. 76/2020 rappresentano solo una delle più recenti dimostrazioni della difficoltà (per non dire della pigrizia) del legislatore a prendere coscienza della necessità di ripensare il suo approccio alla semplificazione, spesso invocata come *slogan*, ma raramente realmente perseguita o rag-

280 A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, cit.

281 M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, cit., 1035 e ss.

282 *Ibidem*.

283 Queste le parole in M. BENEDETTI et al., *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione dell'amministrazione?*, cit.

284 Per un approfondimento, si rinvia a M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, cit.

giunta. Come si è avuto modo di illustrare nelle pagine precedenti, infatti, l'unica semplificazione riscontrabile negli artt. 21 e 23 è quella relativa ai problemi che dette disposizioni si propongono di risolvere. Pertanto, le scelte del legislatore si sono rivelate – ancora una volta, direbbe la dottrina che dagli anni '90 evidenzia il deludente esito di molte delle politiche di semplificazione – più che semplificatrici, semplicistiche: ne consegue il confezionamento di due norme che, piuttosto che semplificare, complicano.

10. Osservazioni conclusive

Si può guardare alla pandemia come ad una «stagione del tempo sospeso»²⁸⁵, che ripropone i problemi mai risolti del passato presentandone al contempo di nuovi, così culminando in «un mondo di serpenti, cioè di creature velenose che si divorano a vicenda e che esistendo impediscono, per il loro stesso fatto di esistere, che si possa procedere a un radicale risanamento»²⁸⁶ dell'ordinamento, quantomeno fin tanto che non vengano in soccorso un Parlamento funzionante e un Governo che non perda di vista le esigenze di buon andamento e imparzialità. Le riforme e i tentativi di semplificazione che hanno interessato l'Italia soprattutto a partire dalla metà del secolo scorso, o hanno fallito nel fare i conti con le reali cause dei malfunzionamenti amministrativi – individuabili nell'eccessiva e caotica produzione normativa, nell'inefficienza del sistema dei controlli, nell'incapacità dell'amministrazione di rinnovarsi, della sua eccessiva dipendenza dall'organo politico, dell'inadeguata formazione e selezione dei dipendenti e nella presenza di un mercato assicurativo inadatto a prezzare adeguatamente il rischio –, oppure hanno contribuito ad esacerbarli; la crisi del sistema amministrativo e quella del sistema Paese si sono così reciprocamente nutrite, in una spirale diabolica che genera crisi su tutti i livelli. L'emergenza sanitaria, dal canto suo, non ha fatto che peggiorare la situazione: da un lato, ha legittimato preoccupanti ed ampie

285 A. PAJNO, *Il sistema amministrativo e il decreto semplificazioni. Qualche osservazione sulla disciplina dei contratti pubblici e sulle responsabilità*, disponibile su www.irpa.eu.

286 M. S. GIANNINI, *L'ordinamento dei pubblici uffici e la costituzione*, in G. AMATO et al., *Attualità e attuazione della costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 1979, 104.

deroghe al principio di legalità, alla gerarchia delle fonti, ai diritti fondamentali²⁸⁷ e, dall'altro, ha reso ancora più evidenti le esigenze di riforma della burocrazia, degli ordinamenti giudiziari e del metodo di semplificazione normativa ed amministrativa.

Gli interventi del Titolo II, Capo IV del decreto-legge n. 70 del 2020 appaiono come l'ultimo atto del movimento di opinione che addita il rischio di incorrere in responsabilità come la principale causa dei rallentamenti dell'attività amministrativa e non considera, tra l'altro, che la responsabilità raramente costituisce una minaccia per il funzionario scrupoloso e rispettoso delle leggi, rappresentandola invece – com'è giusto che sia – per chi assolva al proprio compito con negligenza, o subordinando l'interesse pubblico al proprio tornaconto personale²⁸⁸. Le innovazioni introdotte in tema di responsabilità amministrativo-contabile e penale, inserite nel contesto della “semplificazione” e volte a combattere la “paura della firma” di dipendenti e amministratori pubblici, fenomeno ritenuto particolarmente nocivo in tempo di emergenza, suscitano – in capo a giudici, funzionari e consociati – incertezze e non offrono efficaci soluzioni; troppo timido è l'intervento di cui all'art. 23, contrastante con i principi generali in tema di responsabilità e buon andamento quello dell'art. 21. È stata agevolata, di contro, una gestione negligente e incauta della cosa pubblica, che “spunta le armi” al giudice contabile in nome di una accelerazione del funzionamento della macchina amministrativa che rimane, a ben vedere, solo sulla carta. Il legislatore pare essersi dimenticato, da un lato, che la gravità della colpa costituisce il *proprium* della responsabilità erariale, l'architrave che consente di trovare un punto di equilibrio tra etica, responsabilità e promozione del fare²⁸⁹; a fronte di una scelta legislativa così delicata, essenziale sarebbe stato abbando-

287 A. CELOTTO, *Emergenza e pubblica amministrazione*, cit., 422, dove afferma che «anche lo Stato Italiano risulta positivo al COVID».

288 È quanto ribadito anche da A. CANALE, *Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2022*, cit.

289 A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità*, cit., 16.

nare la miopia, la fretta e la tendenza all'introduzione di «*norme bandiera*»²⁹⁰ che solitamente lo animano e utili al solo consenso politico, in favore di un dibattito approfondito in sede parlamentare e di una meticolosa ponderazione degli interessi in gioco. Dall'altro lato, l'incentivo all'azione mediante la limitazione dello spettro di responsabilità erariale pare trascurare il fatto che l'amministrazione difensiva non è solo quella che omette di fare, bensì anche quella che “fa troppo” o che “fa male”, come tra l'altro il divieto di aggravio del procedimento amministrativo, di cui all'art. 1, co. 2 della legge n. 241 del 1990, dimostra. A fronte di ciò, sarebbe opportuno recuperare «*il senso più profondo della responsabilità e dei doveri di ciascuno di noi*», dal momento che «*non può esservi esercizio di diritti e libertà in assenza di una visione etica, che comprenda anche la tutela della res publica*»²⁹¹, ancor più essenziale in questo particolare momento storico e alla luce delle obbligazioni assunte dal Paese nei confronti dell'Unione europea.

Tanto a proposito dell'art. 21, quanto dell'art. 23, determinante sarà il ruolo della giurisprudenza, ancora in larga parte da scrivere. Dal momento che «*legiferare contro la giurisprudenza non porta lontano*»²⁹², è del tutto verosimile attendersi un “braccio di ferro” tra legislatore e giudice: laddove il primo cerca di limitare il secondo, ecco che questi prontamente reagisce riappropriandosi del proprio potere, e così via, in una corsa instancabile, potenzialmente inesauribile e, di fatto, dannosa per la collettività tutta perché mai chiarificatrice. In ogni caso, a fronte di un legislatore che, in nome della semplificazione e dell'emergenza, pare non volersi dare troppa cura di preservare l'integrità delle finanze pubbliche, spetta proprio alla giurisprudenza garantire il recupero delle stesse e, in definitiva, tutelare il buon andamento della pubblica Amministrazione, quanto meno nel breve periodo. Al fine di combattere le inefficienze dell'amministrazione pubblica con interventi che possano portare a benefici duraturi nel

290 Così M. MASI, *Intervento della Presidente del Consiglio Nazionale Forense alla Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2022 della Corte dei conti*, 1 marzo 2022, disponibile su www.corteconti.it, che fa riferimento a disposizioni «visibili» e «mediaticamente spendibili», ma «assai poco pertinenti e spesso del tutto inidonee alla risoluzione delle problematiche che dovrebbero affrontare».

291 Sono le parole di G. CARLINO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2021*, cit.

292 Si veda S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, 1251ss.

tempo, tuttavia, sarebbe in primo luogo essenziale prendere coscienza di tutti gli elementi che ne sono causa; secondariamente, sarebbe necessario elaborare i giusti rimedi per ognuna di esse, facendo tesoro anche delle esperienze straniere, europee e non, ed elaborando, piuttosto che singoli interventi mirati, una riforma strutturale della p.a., da condurre senza prescindere da una «*visione aggregata*» dei problemi²⁹³ e con la consapevolezza che, affinché quest'ultima possa dirsi realmente “buona”, essa richiede un adeguato dispendio di tempo, che i suoi costi si manifestano nell'immediato e che gli interessi di alcune categorie e gruppi ristretti potrebbero risultarne sacrificati. È altresì necessario pensare tale riforma con realismo, abbandonando gli obiettivi non realizzabili ed evitando di affidarsi alla regola del «*one size fits all*»²⁹⁴; in questo senso, sarebbe prioritario predisporre degli interventi *ad hoc* per contrastare il degrado che affligge alcune zone del Mezzogiorno.

Prima di intraprendere un tale cammino verso il virtuosismo istituzionale, sarebbe però necessario che fosse garantito un ampio consenso tra le forze politiche, e – come Giannini trent'anni fa già suggeriva²⁹⁵ – che fossero ridefiniti gli equilibri tra i poteri pubblici e la stabilità dei governi e che si comprendesse che velocità raramente risulta, nel lungo periodo, sinonimo di efficienza²⁹⁶. Cambiamenti, questi, che, fintanto che il Parlamento rimane sotto il dominio dei partiti – i cui esponenti possiedono le amministrazioni che dovrebbero riformare, ma delle quali sono tributari per il mantenimento del loro potere – pare difficile la politica possa essere in grado di concepire, prima ancora che di attuare. Pertanto, la prima riforma di cui il Paese parrebbe necessitare, nonché la più difficile da realizzare, sarebbe quella culturale e ideologica; vi sarebbe bisogno, cioè, di un “Rinascimento culturale”, di un cambiamento della mentalità

293 G. D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, cit., 1221ss.

294 B. G. MATTARELLA, *La riforma amministrativa: istruzioni per l'uso*, cit.

295 Cfr. G. D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, cit., specialmente da 1215 a 1217.

296 Si veda A. BATTAGLIA, S. BATTINI et al., «*Burocrazia difensiva*»: cause, indicatori, rimedi, cit., 1299 che affermano che le proposte per combattere la burocrazia difensiva possono «*apparire illuministiche forse utopistiche se non si segue la realizzazione di un nuovo “ambiente” amministrativo in cui possano farsi realtà*».

della classe politica e dirigente, i cui esponenti devono essere rinnovati e sostituiti da individui adeguatamente formati, che abbiano un “senso alto” della funzione pubblica, che promuovano comportamenti virtuosi e contribuiscano alla realizzazione di uno Stato in cui al rispetto della *rule of law* si affianchi una capacità amministrativa adeguata. Fin tanto che mancherà il coraggio di portare a compimento una tale “rivoluzione culturale”, è dubitabile che la lotta contro la *maladministration* possa mai dirsi davvero vinta; al massimo, qualche intervento particolarmente ben congegnato potrà farsi vanto di averne scalfito la superficie.

VALENTINA CINGANO

Magistrato ordinario

valentina.cingano@giustizia.it

**AMPIEZZA E LIMITI DEL SINDACATO DEL GIUDICE
PENALE SULL'ATTO AMMINISTRATIVO AMPLIATIVO E
SU QUELLO RESTRITTIVO: VIZI MACROSCOPICI ED
ELEMENTO SOGGETTIVO; VIZI NON INVALIDANTI ED
ELEMENTO OGGETTIVO DEL REATO. LA VALUTAZIONE
DELL'ATTO AMMINISTRATIVO DA PARTE DEL GIUDICE
NEL PROCESSO PENALE**

**EXTENT AND LIMITS OF THE CRIMINAL JUDGE'S REVIEW OF
THE ADMINISTRATIVE AND RESTRICTIVE ACT: MACROSCOPIC
DEFECTS AND SUBJECTIVE ELEMENT; NON-INVALIDATING
DEFECTS AND OBJECTIVE ELEMENT OF THE CRIME. THE
EVALUATION OF THE ADMINISTRATIVE ACT BY THE JUDGE IN
THE CRIMINAL PROCESS**

SINTESI

L'indagine è tesa a verificare se il fondamento del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo, costituente presupposto del reato, muti a seconda della natura dell'atto stesso (se ampliativo della sfera giuridica del privato ovvero restrittivo) e se un eventuale diverso fondamento di tale potere incida sull'ampiezza del sindacato medesimo (limitato alla verifica della sua esistenza ed efficacia, oppure estendendolo a tutti i vizi di cui agli artt. 21-*septies* e 21-*octies* della legge n. 241/1990, ovvero ancora restringendola ad alcuni soltanto di tali vizi, eventualmente connotati da un particolare profilo di macroscopicità). La questione teorica, avente portata generale, è sviluppata prendendosi in specifico esame alcune fattispecie di reato.

ABSTRACT

The paper focuses on the Criminal Judge's review of the Administrative Measure, when this measure is an element of the crime.

The goal is to verify what the foundation of this review is and whether its extent changes depending on the nature of the Administrative measure.

The theoretical issue, which has a general scope, is developed with reference to specific examples.

PAROLE CHIAVE: atto amministrativo - processo penale - sindacato del giudice sul provvedimento - elemento soggettivo ed elemento oggettivo del reato - vizi non invalidanti.

KEYWORDS: Administrative Measure – Criminal Trial – Criminal Judge's Review of Administrative Measures – Subjective Element of the Offence – Objective Element of the Offence – Not Relevant Defects and Valid Measure.

INDICE: 1. Perimetrazione del campo di indagine. – 2. Individuazione del fondamento del potere del giudice penale di sindacare la validità dell'atto amministrativo. – 2.1. Presupposto del reato tipizzato in relazione ad atti restrittivi esistenti ed anche validi. -

1. Perimetrazione del campo di indagine

In numerose fattispecie di reato, l'atto amministrativo costituisce presupposto positivo o negativo della condotta, a seconda che abbia un effetto ampliativo (come nel caso del permesso di costruire in relazione alle contravvenzioni di cui all'art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, o alla concessione demaniale in rapporto all'art. 1161 del codice della navigazione) ovvero restringa (come nel caso di un provvedimento impositivo di obblighi, ad esempio in relazione al cd. DASPO urbano di cui all'art. 10 c. 2 del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14) la sfera giuridica del privato¹.

1 In ordine al controllo che il giudice penale esercita nei confronti dell'attività amministrativa, cfr. gli studi monografici di T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1959; G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979; C. FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Padova, 1998; M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980; R. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1979. In argomento, anche A. ALBAMONTE, *Sindacato del giudice penale in materia di atti amministrativi*, in *Giust. Pen.*, 1975, III, 213; T. ALIBRANDI, *L'atto amministrativo nella fattispecie penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1970, 764; F. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, 337; T. GALLANI, *Sindacato giudiziario sugli atti amministrativi e norme penali*, in *Arch. Pen.*, 1968, I, 301; M. GAMBARDELLA, *Legittimità e merito dell'atto amministrativo nell'abuso d'ufficio*, in *Cass. Pen.*, 1994, 1378; L. MAZZAROLLI, *Attività amministrativa e giustizia penale*, in *Dir. e Soc.*, 1978, 663; C. MIGNONE, *Reato di costruzione abusiva e cosiddetta disapplicazione dei provvedimenti amministrativi di concessione edilizia e di sospensione dei lavori*, in *Dir. Pen. Impresa*, 1988, 50; A. MISIANI, *Il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 1995, 187; R. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1965, 28.

In questi casi, si verifica una interferenza fra diritto amministrativo e diritto penale, e si pone -quale problema interpretativo- la necessità di determinare se il reato postuli che vi sia un provvedimento esistente ed efficace (a prescindere dalla sua validità) oppure se la tipizzazione legale del reato presupponga l'esistenza di un'ordinanza valida. Tale problema impinge l'individuazione del fondamento e dei limiti del sindacato del giudice penale sulla legittimità dell'atto, nel caso in cui esso non sia stato impugnato di fronte al giudice amministrativo e, nondimeno, sia affetto da vizi di legittimità.

La presente indagine intende verificare se il fondamento del sindacato del giudice penale sull'atto muti a seconda della natura dell'atto stesso (se ampliativo ovvero restrittivo della sfera giuridica del privato) e se un eventuale diverso fondamento di tale potere incida sull'ampiezza del sindacato medesimo (limitato alla verifica della sua esistenza ed efficacia, oppure estendendolo a tutti i vizi di cui agli artt. 21-*septies* e 21-*octies* della legge n. 241/1990, ovvero ancora restringendola ad alcuni soltanto di tali vizi, eventualmente connotati da un particolare profilo di macroscopicità)².

La questione teorica, avente portata generale, sarà sviluppata prendendosi in specifico esame alcune fattispecie di reato, la cui rilevanza deriva dalla frequenza con la quale ricorrono nella prassi giurisdizionale.

2. Individuazione del fondamento del potere del giudice penale di sindacare la validità dell'atto amministrativo

In linea teorica, il potere del giudice penale di verificare la legittimità dell'atto amministrativo rilevante nella fattispecie tipica di reato può ricollegarsi ad un duplice fondamento: o a quello di accertare la tipicità della fattispecie concreta, oppure al generale potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, che spetta al giudice penale in quanto giudice ordinario, ai sensi de-

² L'indagine vuole anche sottoporre a verifica e sviluppare le linee teoriche sostenute, ormai dieci anni fa, in specifica relazione alla contravvenzione di cui all'art. 255 d. lgs. 152/2006, per cercare anche di estenderle ad altre fattispecie di reato, poco approfondite nella teoria del diritto, ma assai frequenti nella prassi giurisdizionale. Si fa riferimento a *L'inottemperanza al provvedimento amministrativo di rimozione dei rifiuti e i poteri del giudice penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, pp. 325 – 338.

gli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E)³.

Qualora l'atto amministrativo assuma rilevanza interna al precetto penale quale presupposto del reato, il fondamento del potere di sindacare il provvedimento si può collegare direttamente alla verifica della tipicità della fattispecie concreta ed alla sua corrispondenza alla previsione legislativa.

Sia che l'atto abbia natura restrittiva (come avviene nell'art. 650 c.p., ma anche nell'art. 10 c. 2 d. l. 14/2017 per il DASPO urbano e nell'art. 255, comma terzo, d. lgs. n. 152/2006), sia che l'atto abbia natura ampliativa della sfera giuridica del reato (come avviene nell'art. 44 d.P.R. n. 380/2001 per le contravvenzioni edilizie), il sindacato del giudice su di esso può coincidere con l'ordinaria attività di accertamento degli elementi costitutivi del reato, trovando la propria fonte non negli artt. 4 e 5 citati, ma direttamente nella stessa norma che tipizza il reato (oltre che, in linea generale, nell'art. 2 c.p.).

2.1. Presupposto del reato tipizzato in relazione ad atti restrittivi esistenti ed anche validi

3 I quali stabiliscono che il giudice decide la controversia prescindendo dall'atto amministrativo ritenuto illegittimo (ovvero, non applicandolo). Ne discende che il giudice penale, in quanto giudice ordinario, qualora debba conoscere incidentalmente dell'esistenza di un provvedimento, lo può disapplicare, se lo ritenga illegittimo. In argomento, F. Ancora, *Disapplicazione, abrogazione, non applicazione*, in *Giur. Merito*, 1997, 1, 126; R. BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980, 99; F. DELFINO, *Osservazioni in tema di sindacato del giudice penale sull'eccesso di potere*, in *Foro It.*, 1962, II, 328; C. DURIGON, M. Petrelli, *L'invalidità dell'atto amministrativo nel diritto penale*, in *L'invalidità amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, Torino, 2009, 345; T. GALIANI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti del pubblico ufficiale, in riferimento all'art. 323 c.p.*, in *Arch. Pen.*, 1962, I, 443; M. GAMBARDELLA, *Disapplicazione in bonam partem e divieto per il giudice penale di sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione di atti amministrativi discrezionali*, in *Cass. Pen.*, 1997, 12, 3551; A. MAESTRONI, *La funzione della disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio penale in tema di reati venatori*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1996, 3, 503; M. MINNITI, *Disapplicazione degli atti illegittimi: dagli Ermellini stop al giudice penale*, in *D. e G.*, 2005, 11, 42; G. PAGLIANI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio penale*, in *Giur. Merito*, 1998, 6, 1103; R. PANNAIN, *Osservazioni circa il sindacato del giudice penale sulla legittimità di un atto amministrativo*, in *Arch. Pen.*, 1964, II, 510; A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa e i limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; C. SANTONRIELLO, *La riserva di legge in materia penale fra sufficiente determinatezza legale e disapplicazione del provvedimento amministrativo*, in *Giur. It.*, 1993, 12; M. Siniscalco, *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 668; P. TANDA, *Giudice penale e disapplicazione*, in *Cass. Pen.*, 1998, 11, 2950; A. TRIPODI, *La disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice penale. Profili costituzionali*, in *Foro Amm. CDS*, 2010, 9, 2017; B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 76; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003.

Deve aggiungersi che, per quanto concerne gli atti-presupposto che restringono la sfera giuridica del privato, non paiono derivare conseguenze pratiche dalla diversa individuazione del fondamento del sindacato del giudice penale sull'atto, qualora il legislatore abbia espressamente codificato la legittimità dell'atto presupposto (come avviene, ad esempio, in rapporto all'art. 650 c.p., ove è sanzionata l'inottemperanza ad un provvedimento «*legalmente dato*»).

Se infatti nel reato, per come legislativamente tipizzato, il presupposto della condotta è costituito dalla violazione di un valido provvedimento che impone obblighi al privato, quale delle due teorie si segua (della tipicità ovvero della disapplicazione), la conclusione è che il giudice penale deve assolvere l'imputato se riscontri un vizio di legittimità dell'atto.

Il diverso fondamento del potere del giudice non deve riflettersi nemmeno sull'ampiezza del sindacato (con sua estensione a tutti i vizi di legittimità dell'atto e con il solo limite del vizio di merito o del giudicato amministrativo⁴, senza restrizione ad alcuni soltanto di tali vizi).

Qualora, poi, il precetto penale non preveda espressamente che il reato sussiste a condizione che l'atto violato sia legittimo, sembra comunque preferibile ritenere che il requisito della legittimità debba considerarsi implicito nel precetto, nel senso che il comportamento di inosservanza dell'atto amministrativo presupposto è penalmente sanzionabile a condizione che l'atto sia valido, in quanto privo di vizi.

⁴ Cass. pen., Sez. III, 29 marzo 2022, n. 11316. La Corte ha chiarito il rapporto che intercorre tra il giudicato amministrativo e i poteri del giudice penale in ordine alla valutazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto di un illecito penale, osservando che il carattere autonomo della giurisdizione penale rispetto a quella amministrativa e l'assoluta rilevanza ed inderogabilità del potere del giudice ordinario di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo (o di verificare l'integrazione di elementi normativi della fattispecie) radicano l'effetto preclusivo esclusivamente con riferimento ad un provvedimento giurisdizionale del giudice amministrativo passato in giudicato, nella misura in cui detto provvedimento abbia espressamente esaminato lo specifico profilo di illegittimità dell'atto fatto valere, incidentalmente, in sede penale, dovendo altrimenti ritenersi che la preclusione del cosiddetto giudicato amministrativo si estende esclusivamente alle questioni che siano state dedotte ed effettivamente decise e non anche a quelle deducibili e non esaminate.

Ciò non solo perché si possa ritenere che, nel linguaggio del legislatore penale, l'utilizzo del termine *atto amministrativo* o *provvedimento* o *ordinanza* o *permesso* sottintenda sia il concetto di atto esistente sia quello di atto valido, ma anche in quanto il rinvio a categorie dogmatiche proprie del diritto amministrativo (qual è la nozione di provvedimento) implichi che il precetto (come norma penale in bianco) rinvii a dati prescrittivi di fonte extra-penale che integrano il precetto medesimo.

Se si accede a tale ottica, ogni atto o provvedimento amministrativo (anche se richiamato dal precetto penale) per essere tale deve essere stato adottato nel rispetto delle regole dettate dalla legge n. 7 agosto 1990, n. 241 (oltre che, eventualmente, a quelle speciali che regolino il settore di riferimento, come ad esempio avviene per l'art. 255 d. lgs. n. 152/2006 in rapporto alla violazione dell'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 192 del medesimo decreto legislativo; oppure anche nel reato previsto dall'art. 76, comma 3 del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, in rapporto alla violazione del foglio di via emesso dal Questore).

Un provvedimento illegittimo, di conseguenza, non integra il precetto penale.

Dovendosi applicare le categorie proprie del diritto amministrativo, si deve ritenere che il legislatore abbia affidato all'amministrazione pubblica la tutela dello specifico interesse pubblico nelle forme prescritte dalla legge, che ne vincolano il potere in forza del principio di legalità.

Il giudice penale ha così il potere (ed il dovere) di verificare la legittimità dell'atto al fine di accertare se il reato sussiste, esercitando un sindacato sulla tipicità della fattispecie per appurare se vi sia corrispondenza fra la condotta del reo e quanto previsto dalla norma penale.

In conclusione, la legittimità dell'atto costituisce un presupposto di rilevanza penale della condotta anche se non prevista in modo esplicito dal precetto (che non richieda espressamente che l'atto sia legalmente dato), e quindi

pure in modo implicito (desumendosi dalla considerazione complessiva della fattispecie legale).

Nell'uno come nell'altro caso il giudice, per verificare la rilevanza penale della condotta, deve accertare l'avvenuta violazione delle prescrizioni contenute in un provvedimento (restrittivo) legalmente adottato.

Una chiosa aggiuntiva.

Anche se l'orientamento interpretativo prevalente sopra richiamato sembra affermare che, nel caso di atto amministrativo con rilevanza interna al precetto penale, quale presupposto del reato, il fondamento del potere di sindacare il provvedimento si colleghi direttamente alla verifica della tipicità della fattispecie concreta ed alla sua corrispondenza alla previsione legislativa, deve osservarsi che -nel caso di provvedimenti restrittivi- non paiono comunque esservi ostacoli a collegare il sindacato sulla legittimità dell'atto all'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Con la conseguenza che il giudice (anche penale) applica l'atto solo se valido. Per questa tipologia di reati, infatti, la disapplicazione opera con effetti favorevoli al reo (e non sfavorevoli, come invece avverrebbe in rapporto agli abusi edilizi, come subito si verificherebbe).

Così, ad esempio, con riguardo al reato di cui all'art. 76 c. 3 del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 59, consistente nell'inottemperanza al provvedimento del Questore di allontanamento dal territorio comunale (cd. foglio di via), la giurisprudenza ha ribadito la sindacabilità dell'atto in sede penale, in *bonam partem* ed in vista della disapplicazione del provvedimento illegittimo alle cui disposizioni imperative l'imputato non abbia ottemperato, precisando letteralmente che «*il potere di sindacato e di disapplicazione da parte del giudice penale dell'atto amministrativo, anche nel caso in cui esso non comporti una lesione di diritti soggettivi, può trovare fondamento e giustificazione in una esplicita previsione legislativa (come ad esempio avviene con il disposto dell'art. 650 c.p.), ovvero nell'ambito di interpretazione della norma penale, qualora*

la legittimità dell'atto amministrativo si presenti essa stessa come elemento essenziale della fattispecie criminosa»⁵.

Quale che sia il fondamento del potere, ciò che -a parere di chi scrive ri-leva- è la conclusione: ovverosia che al giudice penale sia riconosciuto il potere di verificare non solo l'esistenza dell'atto, ma anche di sindacarne la validità.

2.2. Sindacato sulla tipicità ed atti presupposto ampliativi

Per quanto concerne, invece, gli atti che ampliano la sfera giuridica del privato (come avviene nei reati edilizi e, in particolare, per l'art. 44 del d.P.R. n. 380/2001, ai sensi del quale costituisce contravvenzione la costruzione eseguita in assenza di un permesso di costruire), il fondamento del sindacato del giudice penale sull'atto non può collegarsi agli artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, ma può derivare soltanto dalla verifica sulla tipicità della fattispecie. Se presupposto del reato è un atto ampliativo della sfera giuridica del privato (come nel caso del permesso di costruire, che rimuove un limite all'esercizio del diritto di costruire), la disapplicazione dell'atto determinerebbe effetti *in malam partem*⁶, perché -non applicandosi un titolo esistente ma viziato- si riterrebbe integrato l'elemento oggettivo del reato⁷.

5 Cass. pen., Sez. I, 22 aprile 2022, n. 15698.

6 Proprio sulla base di questa considerazione, le Sezioni Unite (sentenza 31 gennaio 1987, Giordano) avevano affermato, sempre in materia di reati edilizi, che l'equiparazione, agli effetti penali, dell'opera edilizia eseguita con concessione illegittima all'opera eseguita in assenza di concessione non fosse giuridicamente corretta, sia per la non attribuzione al giudice ordinario di un potere generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, sia per l'attinenza del relativo potere ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi dei privati, con esclusione quindi delle autorizzazioni e concessioni. Invece, nella sentenza Borgia del 1993, la Suprema Corte ha ritenuto che l'accertamento del giudice penale, nella materia degli abusi edilizi, consiste nel procedere ad esatta e concreta verifica tra l'opera e la fattispecie legale, quale descrittivamente risulta dalle norme urbanistiche extra-penali che integrano il precetto, sicché gli strumenti normativi urbanistici costituiscono l'organico parametro per accertare la liceità o meno dell'opera edilizia. La concessione edilizia, nei limiti del suo contenuto provvedimentale di esternazione formale dell'assenso comunale a costruire, integra la fattispecie penale in esame, in vista della salvaguardia dell'interesse tutelato. Al giudice penale non è affidato, in definitiva, alcun c.d. sindacato sull'atto amministrativo, ma -nell'esercizio della potestà penale- è tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto (opera *eseguenda* o eseguita) e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela, nella quale gli elementi di natura extra-penale suddetti convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo.

7 L'eventuale illegittimità del permesso di costruire accertata dal giudice penale, rilevante ai fini della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato, può essere valutata per escludere l'elemento

Rispetto ai reati nei quali presupposto della condotta sia l'esistenza di un atto ampliativo, pertanto, il sindacato del giudice penale non può fondarsi sul potere di disapplicazione (il cui esercizio determinerebbe effetti *contra reum*), perché l'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo prevede la non applicazione dell'atto solo a tutela del diritto soggettivo: la disapplicazione in argomento è consentita solo per gli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi (ad esempio quelli impositivi di obblighi), con esclusione degli atti amministrativi che rimuovono un ostacolo al loro libero esercizio (nulla osta, autorizzazioni) o addirittura li costituiscono (concessioni, permessi).

In questa tipologia di reati (nei quali la rilevanza penale della condotta deve essere valutata rispetto ad un atto ampliativo), il fondamento del potere di controllo sull'atto amministrativo presupposto non può che derivare dalla formulazione del precetto penale: è nel verificare la tipicità della fattispecie che il giudice deve svolgere un sindacato sull'atto.

Di qui la rilevanza di stabilire se il precetto richieda la sola esistenza del provvedimento o presupponga pure la validità dell'atto; solo in questo secondo caso, infatti, il giudice potrebbe verificare l'eventuale presenza di vizi.

Ribadito quindi che attribuire rilevanza anche alla validità dell'atto (oltre che alla sua esistenza), implica ritenere integrato il precetto (almeno sotto il profilo oggettivo⁸) nel caso di atto esistente ma invalido (con conseguente estensione dell'area di rilevanza oggettiva del precetto), deve osservarsi che è rispetto agli abusi edilizi che la giurisprudenza si è a fondo interrogata sull'equi-

soggettivo del reato, qualora in concreto emerga la buona fede del privato (il quale ha realizzato l'opera edilizia dopo il rilascio di un titolo abilitativo, seppure illegittimo).

8 E ciò in quanto, se a fronte di un atto illegittimo può ritenersi integrato l'elemento oggettivo del reato, potrebbe poi doversi escludere la sussistenza dell'elemento soggettivo, qualora si accerti il legittimo affidamento del cittadino nell'esercizio legittimo del potere da parte della pubblica amministrazione (ma non nei casi in cui sia invece dimostrata la consapevolezza, se non il concorso, nell'illecito da parte del cittadino beneficiario dell'esercizio di potere, potendosi desumere la sussistenza dell'elemento psicologico anche dall'essere stato il provvedimento rilasciato da organo assolutamente privo del potere di provvedere ovvero nel caso di atto giuridicamente inesistente o illecito, ovvero nei casi di illegittimità dell'atto amministrativo "macroscopiche" o "eclatanti").

parabilità del permesso esistente a quello valido, per stabilire se anche la costruzione sorretta da un titolo esistente ma viziato costituisca reato.

2.3. In particolare, nei reati edilizi

La questione del sindacato del giudice penale sul provvedimento amministrativo che rappresenti elemento costitutivo del reato urbanistico si è infatti inizialmente posta con riguardo alla contravvenzione di costruzione in assenza di concessione edilizia, un tempo prevista dalla legge 28 gennaio 1977, n. 10, art. 17, lett. b, (c.d. legge Bucalossi), successivamente inserita nella legge 28 febbraio 1985, n. 47, art. 20, comma 1, (c.d. legge sul condono edilizio) e poi confluita nel d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44, comma 1, (c.d. testo unico in materia edilizia).

L'art. 44 citato punisce oggi le attività di trasformazione del territorio eseguite in assenza di permesso di costruire o in assenza dello stesso (lett. b), anche in caso di lottizzazione abusiva o nel caso di interventi edilizi in zone sottoposte a vincolo (lett. c), nonché con inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal testo unico, dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire stesso (lett. a).

L'art. 44, lett. b), del d.P.R. n. 380/2001, in particolare, così come le previgenti norme di analogo contenuto, prevede la responsabilità penale per il caso di «*esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso [...]*» e non contempla l'ipotesi di un'opera realizzata in base ad un permesso esistente, ma illegittimo.

Poiché la disposizione penale tipizza la fattispecie contravvenzionale in rapporto all'assenza del titolo, è necessario verificare se integri il precetto (almeno sotto il profilo della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato) anche l'attività edilizia posta in essere in forza di un titolo invalido (la cui illegittimità sia accertata in via incidentale dal giudice penale).

Si tratta quindi di verificare se l'attività eseguita in conformità ad un permesso illegittimo sia equiparabile (sotto il profilo della rilevanza penale della condotta) a quella posta in essere in totale assenza di titolo.

Se la giurisprudenza non ha mai avuto dubbi nel ritenere il reato di costruzione *sine titolo* punito ai sensi della fattispecie incriminatrice quando vi sia un titolo abilitativo inefficace (ad esempio, quando i lavori siano stati eseguiti una volta decorsi i termini di efficacia del permesso di costruire)⁹, vi sono state iniziali incertezze su quale sorte il diritto penale riservi a chi costruisca in base ad un provvedimento amministrativo illegittimo.

Il provvedimento illegittimo perché affetto da uno dei tradizionali vizi dell'atto (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere) è infatti efficace sino a che l'atto non sia annullato.

Diverso, invece, è il problema della sindacabilità del titolo ritenuto illegittimo da parte del giudice penale e delle conseguenze ai fini dell'integrazione dei reati urbanistici, con riguardo alla equiparabilità fra assenza di titolo e illegittimità dello stesso (con la conseguenza di poter ritenere responsabili del reato di costruzione abusiva coloro che avessero chiesto ed ottenuto il titolo confidando nella legittimità dell'operato degli organi comunali), senza che però si ravvisi una violazione del principio di tassatività della legge penale.

L'orientamento che si è consolidato a partire dalla decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, 12 novembre 1993, n. 11635, Borgia, dà risposta affermativa al quesito, collegando il potere del giudice penale di sindacare la validità del provvedimento non al potere di disapplicazione, bensì alla verifica della tipicità della fattispecie, con l'obiettivo di garantire la tutela del bene sostanziale protetto dalla norma, legato al rispetto delle norme e degli strumenti urbanistici¹⁰.

⁹ In argomento, Cass., Sez. III, 21 settembre 2018, n. 56678.

¹⁰ Sull'argomento sono intervenute, in due diverse occasioni, le Sezioni Unite della Corte con le già richiamate sentenze "Giordano" (ss. uu., n. 3 del 31/1/1987, Giordano) e "Borgia" (ss. uu., n. 11635 del 12/11/1993, Borgia ed altri). Con la prima si escludeva che il giudice penale avesse, in base a quanto disposto dalla L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, artt. 4 e 5 il potere di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi che non comportano una lesione dei diritti sogget-

La giurisprudenza successiva ha così ribadito che la non conformità dell'atto amministrativo alla normativa che ne regola l'emanazione, alle disposizioni legislative statali e regionali in materia urbanistico-edilizia e alle previsioni degli strumenti urbanistici può essere rilevata non soltanto se l'atto sia illecito, e cioè frutto di attività criminosa, ma anche nell'ipotesi in cui l'emanazione dell'atto medesimo sia espressamente vietata in mancanza delle condizioni previste dalla legge o nel caso di mancato rispetto delle norme che regolano l'esercizio del potere. Il giudice ordinario non interferisce con la giurisdizione amministrativa, né tantomeno se l'appropria, quando accerta la sussistenza di fattispecie penali, che possono sussistere anche in presenza di atti amministrativi illegittimi e non illeciti, come avviene a proposito dei reati edilizi qualora il titolo

tivi, ma rinnovano un ostacolo al loro libero esercizio (nulla osta, autorizzazioni) o addirittura li costituiscono, a meno che tale potere non trovi fondamento e giustificazione o in una esplicita previsione legislativa, ovvero, nell'ambito dell'interpretazione della norma penale qualora l'illegittimità dell'atto amministrativo si presenti essa stessa come elemento essenziale della fattispecie criminosa. Si giungeva, così, alla conclusione che il reato di costruzione in assenza della concessione non fosse configurabile nel caso di illegittima concessione rilasciata prima dello inizio dei lavori, rilevando che si verterebbe, invece, in ipotesi di assenza dell'atto non solo quando l'atto in questione sia stato emesso da organo assolutamente privo del potere di provvedere, ma anche qualora il provvedimento sia frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che lo rilascia o del soggetto privato che lo consegue e, quindi, non sia riferibile oggettivamente alla sfera del lecito giuridico, oltre la quale non è dato operare ai pubblici poteri. La seconda sentenza (Borgia) chiariva che il reato era configurabile nel caso di realizzazione di opere di trasformazione del territorio in violazione del parametro di legalità urbanistica ed edilizia, costituito dalle prescrizioni della concessione edilizia, richiamata dalla norma penale ad integrazione descrittiva della fattispecie penale, nonché dalle prescrizioni degli strumenti urbanistici e dei regolamenti edilizi, ed, in quanto applicabili, da quelle della stessa legge. Date tali premesse, si escludeva che, sussistendo difformità dell'opera edilizia rispetto agli strumenti normativi urbanistici, ovvero alle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale, il giudice penale dovrebbe comunque concludere per la mancanza di illiceità penale nel caso in cui sia stata rilasciata la concessione edilizia, osservando che la concessione non è idonea a definire esaurientemente lo statuto urbanistico ed edilizio dell'opera *realizzanda* senza rinviare al quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle rappresentazioni grafiche del progetto approvato, con la conseguenza che, in tali ipotesi, non si configura una non consentita "disapplicazione" da parte del giudice penale dell'atto amministrativo concessorio, bensì l'esercizio, da parte del giudice penale, della potestà, attribuitagli dalla legge, di procedere ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata. Il principio è stato ribadito dalle stesse Sezioni Unite con riferimento alla lottizzazione abusiva (ss. uu, n. 5115 del 28/11/2001, Salvini). In dottrina, B. GRAZIOSI, *Il paradigma positivo della lottizzazione abusiva e i nuovi confini della pianificazione urbanistica*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 5, 562.

abilitativo costituisca esercizio del potere in violazione della normativa che lo disciplina sul piano sostanziale¹¹.

Nell'ipotesi in cui si edifichi con permesso di costruire illegittimo, non rileva quindi la disapplicazione di un atto amministrativo, in quanto la questione riguarda, piuttosto, il potere di accertamento del giudice penale dinanzi ad un provvedimento che costituisce presupposto o elemento costitutivo di un reato. In questi casi, non si tratta né di applicabilità, né di inapplicabilità dell'atto amministrativo, ma semplicemente di verifica dei requisiti che il provvedimento deve presentare ai fini dell'integrazione del fatto penalmente rilevante¹².

Deve aggiungersi che, in tema di violazioni urbanistiche, l'interesse protetto non è quello del rispetto delle prerogative della pubblica amministrazione nel controllo dell'attività edilizia e perciò della regolarità delle procedure di rilascio dei titoli abilitativi, ma quello sostanziale della protezione del territorio in conformità alla normativa urbanistica. Perciò non si pone un problema di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, quanto di controllo della legittimità di un atto amministrativo che costituisce un elemento costitutivo o un presupposto del reato. Qualora infatti emerga una difformità tra la normativa urbanistica ed edilizia e l'intervento realizzato, per il quale sia stato rilasciato un titolo abilitativo, il giudice penale è in ogni caso tenuto a verificare incidentalmente la legittimità di quest'ultimo, senza che ciò comporti la sua eventuale di-

11 In questo senso, cfr. Cass. pen., Sez. III, 5 marzo 2014, n. 13986 e, in dottrina, A. SCARCELLA, *Sindacabile in sede penale l'atto amministrativo non soltanto se illecito, ma anche se illegittimo*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 6, 728. Sull'accertamento dei profili di illegittimità sostanziale cfr. ancora Cass., Sez. III, 21 marzo 2006 n. 21487, sulla cui linea si colloca la già citata Cass. pen., Sez. III, 14 maggio 2013 n. 37847.

12 Cass. pen., Sez. III, 19 aprile 2022, n. 14977. In tale ambito l'individuazione dell'interesse tutelato dalle norme penali urbanistiche non serve per attribuire tipicità ad un fatto di reato che sia privo di tale indefettibile connotato, la qual cosa sarebbe giuridicamente impraticabile, ma svolge piuttosto la funzione di attribuire l'esatto significato all'elemento normativo delineato nella fattispecie incriminatrice di riferimento e che, in quanto tale, è ricompreso nella tipicità del fatto, dovendo ritenersi compreso nel tipo e, dunque, nel controllo, tutto ciò che, al di là della lettera della legge, sia imposto dalla immancabile funzione interpretativa, anche estensiva, della disposizione penale che va condotta alla luce del bene giuridico tutelato, della *ratio* della norma e di ogni altro elemento ricavabile dal sistema per ricostruire l'intenzione del legislatore, sicché il giudice penale deve verificare, al fine di ritenere sussistente o meno il reato, tutto ciò che nella descrizione delle varie fattispecie penali, sia stato indicato, esplicitamente o implicitamente, come rilevante (Cass. pen., Sez. III, 30 ottobre 2018, n. 49687).

sapplicazione, in quanto tale provvedimento non è sufficiente a definire di per sé - ovvero prescindendo dal quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, e dalle rappresentazioni di progetto alla base della sua emissione - lo statuto di legalità dell'opera realizzata¹³. Non sussiste l'esercizio di una potestà riservata agli organi dell'amministrazione allorché il giudice ordinario, nella specie penale, sia chiamato a verificare incidentalmente la legittimità dell'atto amministrativo, estrinsecandosi infatti tale potestà nel consentito controllo della legittimità di un atto, che costituisce un elemento costitutivo o un presupposto del reato. Di contro, l'esercizio di una potestà riservata agli organi dell'amministrazione si realizzerebbe se il giudice con il provvedimento impugnato abbia usurpato poteri amministrativi (ad esempio, annullando o revocando un atto amministrativo) e, cioè, abbia esercitato una potestà tipica spettante all'amministrazione.

3. Vizi di legittimità sindacabili in via incidentale dal giudice penale

A parere di chi scrive, quale che sia il fondamento del sindacato del giudice penale sull'atto (che si basi sull'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo ovvero sulla verifica di tipicità della fattispecie), deve ritenersi che il sindacato sull'atto (se restrittivo, ma anche se ampliativo) assuma la medesima ampiezza e non sia limitato alla sola esistenza ed efficacia dell'atto, ma si estenda alla verifica circa la sua legittimità, in applicazione degli articoli 21 *septies* e 21 *octies* della legge n. 241/1990 (in assenza di previsioni legislative espresse in senso contrario).

Circa l'individuazione dei vizi sindacabili, i vizi di legittimità emergono dall'applicazione della legge generale sul procedimento amministrativo (legge n. 241/1990). Tale norma ha natura sostanziale nella parte in cui individua i vizi del provvedimento; il capo IV-*bis*, in particolare, nel disciplinare i vizi di legittimità, individua sia le cause che determinano la nullità dell'atto amministrativo

13 Cass. pen. Sez. III, 29 marzo 2022, n. 11303, che richiama Cass. pen., Sez. III, 16 giugno 2015, n. 36366.

(mancanza di un elemento essenziale, difetto di attribuzione, violazione o elusione del giudicato, altre ipotesi previste dalla legge) sia quelle che lo rendono annullabile (violazione di legge, incompetenza relativa, eccesso di potere).

Possono assumere rilevanza, eventualmente, anche le leggi speciali che regolino l'adozione del singolo atto. Così, ad esempio, in rapporto all'art. 255 d. lgs. n. 152/2006, che sanziona l'inottemperanza all'ordinanza sindacale che ordini la rimozione dei rifiuti, l'art. 192 si configura quale norma che integra il precetto e, allo stesso tempo, riempie di contenuti le previsioni di cui agli art. 21-*septies* e 21-*octies*, perché dettaglia l'*iter* procedimentale per adottare l'ordinanza di rimozione dei rifiuti e il contenuto della stessa. Ne discende che il giudice penale deve verificare se l'ordinanza sia nulla o annullabile, in quanto l'inottemperanza a un ordine di rimozione illegittimo non costituisce reato. E tale conclusione è sostenibile sia che il fondamento del sindacato del giudice discenda dalla verifica della tipicità della fattispecie (perché in forza del combinato disposto degli artt. 255.3 e 192 d. lgs. n. 152/2006 si può sostenere che la legittimità è presupposto implicito della contravvenzione) sia che derivi dall'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (per il quale il giudice non applica l'atto invalido).

Il giudice (anche penale) non può considerare rilevanti solo alcuni vizi di legittimità dell'atto, ma deve valutarli tutti (potendo eventualmente escludere, in concreto, la rilevanza di alcuni e, in particolare, di quelli inerenti alla forma ed al procedimento, se privi di ricadute sul diritto sostanziale e sul bene strumentale).

3.1. ... nel caso di atto ampliativo (in materia edilizia)

Nel caso di atti ampliativi, deve essere affermata la pienezza del sindacato sulla legittimità dell'atto presupposto.

In materia di reati edilizi, tale principio viene ribadita in numerose pronunce, anche se non mancano di emergere incertezze interpretative.

Con riguardo ai reati edilizi, una volta identificato il fondamento del potere del giudice penale sull'atto, l'attenzione della giurisprudenza si è spostata sulla natura del vizio sindacabile.

In modo univoco, è stato ritenuto ammissibile il sindacato sull'atto amministrativo quando questo sia del tutto mancante dei requisiti di forma e di sostanza o inesistente per carenza di potere, perché emesso da un organo assolutamente privo di potere, oppure frutto di attività criminosa da parte del soggetto pubblico che lo ha adottato o di quello privato che lo ha conseguito.

Non sorgono infatti dubbi circa la conformità al canone inviolabile di tassatività della fattispecie punitiva quando l'illegittimità dell'atto amministrativo sia tale da eliminare radicalmente la sua attitudine a conseguire l'effetto per il quale è dato all'autorità competente la facoltà di emetterlo, se esso debba considerarsi giuridicamente *tamquam non esset*, il che si verifica quando il titolo sia frutto dell'attività criminosa del soggetto pubblico che la rilascia o del soggetto privato che la consegue o per concorso di entrambi¹⁴.

Si distingueva, pertanto, fra illegittimità e inesistenza per illiceità, affermandosi solo in tale seconda ipotesi la responsabilità per il reato di costruzione senza titolo. Alcune pronunce escludevano il sindacato del giudice penale nel caso di mancato rispetto delle norme che regolano l'esercizio del potere, pure sussistente, di emettere il provvedimento¹⁵: in tal caso l'atto è stato ritenuto soltanto espressione dell'esercizio abusivo, distorto o genericamente illegittimo di un potere tuttavia esistente, mentre soltanto se frutto di attività criminosa potrebbe essere disapplicato da parte del giudice ordinario¹⁶.

14 Cass., Sez. III, 10 gennaio 1984, n. 2168.

15 Cass., Sez. IV, 17 settembre 2008, n. 38824. In senso analogo, Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 1993, n. 1595 aveva puntualizzato che la maggiore o minore discrezionalità attiene all'esercizio del potere, che, se male gestito, determina l'insorgere di vizi ed ipotesi di annullabilità; ne consegue che il sindacato del giudice penale è possibile nell'ipotesi di inesistenza del potere, che si configura, allorché l'emanazione dell'atto sia espressamente vietata in mancanza delle condizioni formali e sostanziali, previste dalla legge; mentre detto sindacato non sarebbe consentito nell'ipotesi di mancato rispetto delle norme, che, regolando l'esercizio del potere, determinano solo invalidità.

16 Cass., Sez. III, 16 marzo 2018 n. 18530. Nell'enunciare il suddetto principio, la Corte ha rigettato il ricorso avverso l'ordinanza confermativa del sequestro preventivo di area demaniale

Un diverso (e preferibile) orientamento interpretativo, riaffermato in modo organico dalla Suprema Corte, afferma invece che il sindacato del giudice penale debba svilupparsi sulla legittimità dell'atto amministrativo.

Privilegiandosi una concezione sostanziale dell'interesse protetto dai reati urbanistici (rispetto ad una meramente formale che individui l'interesse tutelato nella necessità di sottoporre l'attività edilizia al preventivo controllo della pubblica amministrazione), l'oggetto della tutela penale si identifica nel bene strumentale del controllo e della disciplina degli usi del territorio. È il territorio che costituisce il bene oggetto della tutela. E tale bene può essere pregiudicato da ogni condotta che produca alterazioni in danno del benessere complessivo della collettività e delle sue attività, il cui parametro di legalità è dato dalla disciplina degli strumenti urbanistici e dalla normativa vigente¹⁷. Il bene tutelato dalle norme incriminatrici è la salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio regolati dagli strumenti urbanistici.

Ne segue che il giudice penale deve sindacare la legittimità del provvedimento, senza che tale sindacato sia limitato alla cd. macroscopicità del vizio.

Il giudice penale, nel valutare la sussistenza o meno della liceità di un intervento edilizio, deve verificarne la conformità a tutti i parametri di legalità fissati dalla legge, dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dalla concessione edificatoria. La conformità della costruzione e del titolo alla normativa urbanistica è elemento costitutivo o normativo dei reati contemplati dal t.u. edilizia, stante la individuazione del parametro di legalità urbanistica ed edilizia quale ulteriore interesse protetto dalle disposizioni in questione¹⁸.

La pienezza del sindacato sulla legittimità dell'atto è stata affermata anche con riferimento al sindacato del giudice dell'esecuzione penale, a cui sia ri-

abusivamente occupata in assenza di concessione, in quanto scaduta e non rinnovata, con cui si allegava l'insussistenza di un interesse pubblico allo sgombero, in considerazione dell'illegittimità dell'esercizio della discrezionalità amministrativa nell'assegnazione delle aree demaniali, oggetto di impugnazione avanti al T.A.R.

17 Cass. ss. uu. n. 11635/1993, Borgia, cit. e, di recente, Cass. ss. uu. n. 56678/2018, cit. Cfr. anche Cass., Sez. III, 13 luglio 2017, n. 46477; id., Sez. III, 21 marzo 2006, n. 21487.

18 In questo senso, cfr. Cass. pen., Sez. III, 18 dicembre 2002, n. 4877

chiesto di revocare l'ordine di demolizione di manufatto abusivo in ragione di sopravvenuto provvedimento di condono. La giurisprudenza ha ritenuto che il giudice abbia il potere di sindacare detto atto concessorio, disapplicandolo ove lo stesso sia stato emesso in assenza delle condizioni formali e sostanziali di legge previste per la sua esistenza¹⁹. In particolare, ai fini della revoca dell'ordine di demolizione di un immobile oggetto di condono edilizio, il giudice dell'esecuzione deve verificare la legittimità del sopravvenuto atto concessorio, sotto il profilo della sussistenza dei presupposti per la sua emanazione, dovendo in particolare verificare la disciplina normativa applicabile, la legittimazione di colui che abbia ottenuto il titolo in sanatoria, la tempestività della domanda, il rispetto dei requisiti strutturali e temporali per la sanabilità dell'opera e, ove l'immobile edificato ricada in zona vincolata, il tipo di vincolo esistente nonché la sussistenza dei requisiti volumetrici o di destinazione assentibili²⁰.

Sono però necessarie due precisazioni, per quanto concerne l'accertamento dell'elemento soggettivo e la rilevanza dei vizi di forma.

3.1.1. Estensione del sindacato e rilevanza oggettiva del vizio di legittimità

In primo luogo, di fatto, la risposta repressiva (e, quindi, l'affermazione di responsabile penale) potrà risultare limitata alle sole ipotesi di illegittimità macroscopica.

Tale conclusione, però, deriva non dalla limitazione dell'ampiezza del sindacato esercitabile dal giudice penale sui vizi di legittimità dell'atto, quanto piuttosto dalla rilevanza psicologica del vizio, che può circoscrivere la punibilità ai soli casi di vizi macroscopici.

19 Cass. pen., Sez. III, 17 marzo 2009, n. 25485; id., Sez. 3, 25 novembre 2004, n. 1104.

20 Cass. pen. Sez. III, 2 febbraio 2022, n. 3717: *“nel caso in esame, quindi, non vi è stato alcun esercizio, da parte del giudice penale, di una potestà riservata a un organo amministrativo, posto che il giudice dell'esecuzione deve valutare l'atto concessione e, dove, alla luce di elementi certi e puntuali, come quelli ravvisati nel caso in esame, lo ritenga illegittimo in quanto emesso in assenza delle condizioni formali e sostanziali previsti dalla legge per la sua esistenza, è tenuto a disapplicarlo, come correttamente avvenuto nel caso di specie”*. Nello stesso senso, Cass. Sez. III, 22 maggio 2019, n. 37470.

In altre parole «il giudice può eseguire la verifica della legittimità dell'atto, restringendo il magistero repressivo al solo caso in cui questa illegittimità risulti in modo eclatante e sia tale da non sfuggire ad un soggetto normalmente informato a livelli minimi di conoscenza normativa»²¹.

Valorizzandosi, dunque, la necessità di dare alle norme incriminatrici un'interpretazione teleologicamente orientata in funzione del bene penalmente protetto, si riconosce al giudice penale il potere-dovere di valutare la conformità al modello legale del titolo edilizio (apparentemente) formatosi in relazione ad un'attività di trasformazione del suolo per poter affermare che questa si sia svolta in forza del necessario presupposto di legalità sostanziale.

La macroscopicità del vizio che connota il titolo apparentemente diventa suscettibile d'incidere esclusivamente sul piano della valutazione dell'elemento soggettivo di fattispecie²². La macroscopicità del vizio quindi non limita l'estensione del sindacato, ma consente di verificare la sussistenza del dolo o della colpa, rappresentando un significativo indice sintomatico della sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito²³.

3.1.2. Estensione del sindacato e rilevanza dei vizi procedurali e di forma (nei reati edilizi)

Sotto un secondo profilo, i vizi cd. procedurali (seppure sindacabili) potrebbero di fatto risultare irrilevanti (anche sotto il profilo del sindacato sulla tipicità oggettiva) in quanto non incidenti sul bene strumentale.

Si deve verificare, a questo punto, come incida sul sindacato del giudice penale il fatto che il provvedimento amministrativo (ampliativo) sia affetto da un vizio di forma o di procedimento. E, quindi, se (nel caso di provvedimento

21 Cass. pen., Sez. III, 28 ottobre 1997, n. 11988, in *Dir. Pen. e Processo*, 1998, 12, 1542, con nota di P. M. VIPIANA, *Concessione edilizia illegittima: i poteri del giudice penale*. In termini, Cass. pen., Sez. III, 28 novembre 1997, n. 2906.

22 In motivazione, Cass. pen., Sez. III, del 21 marzo 2006, n. 21487.

23 Cass. pen., Sez. III, 13 giugno 2019, n. 37475: la Corte ha ritenuto che le plurime violazioni degli strumenti urbanistici possono essere valutate, in concreto, quale indice di carenza di buona fede. Cfr. anche Cass., Sez. III, 21 settembre 2018, n. 56678.

ampliativo) il reato sia integrato anche nel caso in cui l'atto sia affetto da vizio di forma o di procedimento.

La questione è complessa sotto i profili processuale e sostanziale, e coinvolge l'applicabilità al processo penale dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, ai sensi del quale i vizi di forma o di procedimento non invalidano l'atto, qualora non incidano sul suo contenuto.

La recente giurisprudenza penale ha ritenuto che non è sufficiente la mera deduzione dell'omessa comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, essendo, piuttosto, necessario prospettare l'incidenza di tale omissione sulla tutela dei diritti soggettivi interessati dall'atto che si assume illegittimo, nel senso che essa abbia impedito di rappresentare nella sede amministrativa competente circostanze in grado di rilevare sul corretto esercizio, oggettivo o soggettivo, del potere. Tale conclusione può essere sostenuta non tanto in forza dell'applicazione (anche nel processo penale) del capoverso dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 (norma processuale)²⁴, quanto in ragione della specifica fattispecie e del tipo di vizio di legittimità dedotto.

Si deve infatti escludere ogni automatismo tra mera illegittimità del titolo abilitativo e sussistenza del reato urbanistico, con la conseguenza che devono ritenersi irrilevanti i meri vizi procedurali che non ridondino in violazione sostanziale, dovendosi ribadire che nell'individuare quelle situazioni di illegittimità che rendono l'atto abilitativo improduttivo di validi effetti, non può che farsi riferimento alle finalità della disciplina urbanistica ed ai presupposti per il rilascio del permesso di costruire, che il t.u. edilizia, all'art. 12, individua, tra l'altro, nella conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente. Ne consegue che, in disparte l'ipotesi dell'illiceità del provvedimento, la illegittimità rilevante per il giudice penale non può che essere quella derivante dalla non conformità del titolo abilitativo alla normativa che ne regola l'emanazione o alle disposizioni normative di set-

²⁴ Come di recente ribadito da Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2022, n. 359.

tore, dovendosi, al contrario, radicalmente escludere la possibilità che il mero dato formale dell'esistenza del permesso di costruire possa precludere al giudice penale ogni valutazione in ordine alla sussistenza del reato²⁵.

In forza di tale interpretazione della normativa, viene sanzionato chi costruisce senza aver previamente ottenuto il permesso, perché in questo modo non è stato consentito all'autorità pubblica preposta di effettuare i necessari controlli finalizzati ad evitare che le attività di trasformazione effettuate dai privati possano porsi in contrasto con l'ordinato sviluppo del territorio, quale definito dalle norme di legge e pianificato dall'amministrazione nel rispetto delle stesse²⁶.

Tuttavia, nel caso di lavori effettuati in forza di un provvedimento affetto da mero vizio procedimentale s'incorrerebbe nel reato previsto dalla lett. a) dell'art. 44 t.u. edilizia, salva la valutazione della sussistenza, in concreto, dell'elemento soggettivo²⁷.

In conclusione, non scrimina il solo fatto di aver realizzato l'opera edilizia in forza di un titolo abilitativo illegittimo per contrasto con la normativa urbanistico-edilizia sostanziale²⁸.

25 In questi esatti termini, Cass. pen., Sez. III, 21 febbraio 2017, n. 12389.

26 Cass. n. 56678/2018, cit.

27 Cfr. in questo senso Cass. pen. Sez. III, 18 dicembre 2014, n. 7423.

28 Tale principio è stato ribadito da Cass. n. 56678/2018, già citata. In motivazione, la Corte effettua alcune puntualizzazioni. La conclusione circa l'irrilevanza di un provvedimento amministrativo illegittimo per contrasto con la disciplina urbanistico-normativa al fine di escludere il reato è di regola affermata, correttamente, anche in relazione alla distinta fattispecie di lottizzazione abusiva, ma con riguardo ad essa non si pone il problema di legalità qui discusso, poiché la descrizione normativa della lottizzazione c.d. materiale - che delinea un reato a consumazione alternativa - considera ugualmente illecite l'inizio dell'esecuzione di "*opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali*" e quelle "*senza autorizzazione*" (art. 30 comma 1 prima parte t.u. edilizia). Quanto poi al permesso di costruire in sanatoria, la situazione è differente rispetto a quello di cui si è sin qui discusso, non venendo in rilievo il tema del rispetto dei principi costituzionali sulla responsabilità penale, ma un sindacato sull'atto volto ad escludere gli effetti estintivi del reato urbanistico (cfr. anche Cass. pen., Sez. III, 13 luglio 2017, n. 46477: "*... proprio perché il provvedimento amministrativo va ad incidere su un reato già commesso, il giudice penale non può sottrarsi al compito di controllare, pieno iure, la sussistenza dei presupposti per la sua emanazione e dei requisiti di forma e di sostanza richiesti dalla legge per il corretto esercizio del potere di rilascio*").

3.2. ... nel caso di atto restrittivo (per l'inottemperanza al foglio di via, per il DASPO, ed in materia ambientale)

Nel caso di atti restrittivi, un atto amministrativo invalido (perché nullo o annullabile) non integra il precetto penale, con conseguente esclusione dell'elemento oggettivo del reato, per carenza di tipicità. Tale opzione ermeneutica non solleva particolari problemi interpretativi (quanto ad estensione del sindacato), dal momento che (dandosi ampia rilevanza ai vizi di legittimità ai fini di escludere la tipicità del reato) si determina la pronuncia di sentenza assolutoria.

Così, in riferimento al cd. foglio di via e di inottemperanza al provvedimento del Questore di allontanamento dal territorio comunale, ai sensi dell'art. 76 c. 3 del d. lgs. n. 159/2011, la giurisprudenza ha ribadito che la conformità a legge del provvedimento di rimpatrio con foglio di via obbligatorio deve essere accertata dal giudice penale alla luce dei parametri dell'incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere, con la precisazione, per quanto riguarda quest'ultimo, che esso è suscettibile di cognizione da parte del giudice ordinario non solo nella classica configurazione dello sviamento di potere, ma anche nelle varie figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza amministrativa. In particolare, quanto alla verifica sulla legittimità della motivazione, il sindacato del giudice in ordine al provvedimento del Questore non può tradursi in una rivalutazione del giudizio di pericolosità, espresso dal provvedimento stesso, ma deve riguardare la verifica della conformità di quest'ultimo alle prescrizioni di legge, tra le quali rientra l'obbligo di motivazione sugli elementi di fatto da cui viene desunto il giudizio di pericolosità²⁹.

L'illeggibilità della firma non può essere considerato vizio rilevante. Pur essendo la sottoscrizione un elemento necessario ed essenziale dell'atto amministrativo, l'illeggibilità della firma apposta in calce all'atto non è tuttavia causa di invalidità o di nullità, quando sia comunque possibile individuare lo *status* del

²⁹ Cass. pen. Sez. I, 9 marzo 2022, n. 8250; Cass., Sez. F, 27 luglio 2018, n. 54155.

soggetto sottoscrittore, con la riferibilità alla pubblica amministrazione emanante³⁰.

Non vi è ragione di limitare o circoscrivere l'ambito e la portata del sindacato di legittimità del giudice penale, quando esso investa addirittura l'accertamento della presenza degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, la cui mancanza sia idonea a comportare la più grave sanzione della nullità, avuto ulteriormente riguardo al rango della situazione giuridica soggettiva lesa per effetto della imposizione, al di fuori delle condizioni previste dalla legge, dei limiti alla libertà di circolazione connessi alla emissione di foglio di via obbligatorio. L'assenza, nel provvedimento del Questore, dell'accertamento e/o del conseguente necessario ordine di rimpatrio rende l'atto amministrativo difforme dalla fattispecie tipica e carente di uno degli elementi essenziali previsti dall'art. 2 del d. lgs. n. 159/2011, la cui mancanza è idonea a produrre la nullità (di natura strutturale) dell'atto prevista dall'art. 21 *septies* della legge n. 241/1990³¹.

30 Cass. pen. Sez. I, 23 marzo 2022, n. 10256.

31 La condotta sanzionata dall'art. 76 c. 3 del d. lgs. n. 159/2011 consiste nella contravvenzione alle disposizioni di cui all'art. 2 del medesimo decreto, a tenore del quale "*Qualora le persone indicate nell'art. 1 siano pericolose per la sicurezza pubblica e si trovino fuori dei luoghi di residenza, il Questore può rimandarvele con provvedimento motivato e con foglio di via obbligatorio, inibendo loro di ritornare, senza preventiva autorizzazione ovvero per un periodo non superiore a tre anni, nel comune dal quale si sono allontanate*". La norma individua e descrive il contenuto del provvedimento amministrativo (la cui inosservanza integra il reato e che ne costituisce il necessario antecedente logico-giuridico) e lo configura come una misura di prevenzione di natura promiscua, che assomma effetti coercitivi e inibitori: il rimpatrio, con il foglio di via obbligatorio, e il divieto di ritorno. La legittima emissione del provvedimento da parte del Questore postula (secondo la giurisprudenza) la sussistenza di una duplicità di condizioni, che devono ricorrere contestualmente (come fatto palese dall'uso della congiunzione "e"), rappresentate, da un lato, dal giudizio di pericolosità formulato nei confronti della persona appartenente a una delle categorie indicate nel precedente art. 1, e, dall'altro, dal dato di fatto che la persona si trovi fuori del luogo di residenza. Ne segue che l'atto amministrativo, per essere conforme alla fattispecie tipica descritta dalla legge, deve prevedere, quale presupposto necessario - e non già eventuale o alternativo - del divieto di rientro della persona (in difetto di autorizzazione, o prima del termine imposto) nel comune dal quale viene allontanata, l'ordine di fare ritorno nel luogo di residenza con foglio di via obbligatorio. Secondo questa prospettiva, l'accertamento che la persona si trova in un luogo diverso da quello di residenza e l'ordine conseguente di farvi (immediato) rientro costituiscono, dunque, condizioni imprescindibili - e inscindibili - della legittima emissione della contestuale inibitoria, rivolta al medesimo soggetto, di fare ritorno nel luogo dal quale viene allontanato. In questo senso, cfr. da ultimo Cass. pen., n. 15698/2022, cit., che richiama Cass. Sez. I n. 28549 del 18/06/2008; id., Sez. III, n. 6537 del 30/03/1992.

Analogamente, con riferimento al cd. DASPO urbano e di violazione del divieto di accesso a determinate aree imposto dal Questore, ai sensi dell'art. 10 c. 2 del d.l. n. 14/2017, il giudice deve valutare la legittimità del provvedimento del Questore, anche con riferimento all'individuazione delle aree con riguardo alle quali è vietato l'accesso. Ai sensi del DL n. 17/2017, infatti, il Questore non può vietare l'accesso a qualsiasi porzione del territorio, ma solo alle aree di cui all'art. 9, vale a dire: *«le aree interne delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano e delle relative pertinenze»*. Ne segue che, qualora il divieto sia stato applicato con riferimento ad una porzione di territorio ben più vasta, non legata da vincolo pertinenziale ad infrastrutture ferroviarie aeroportuali marittime o di trasporto pubblico e comprensiva della gran parte del centro cittadino, il provvedimento deve ritenersi adottato al di fuori dei limiti consentiti e deve essere disapplicato, con conseguente pronuncia assolutoria da parte del giudice penale³².

Tuttavia, anche nel caso di atti restrittivi (come appena considerato per quanto concerne gli atti ampliativi), sembra opportuno affermare che il contravventore non possa invocare un vizio procedimentale (come ad esempio la mancata comunicazione di avvio del procedimento), perché solo laddove la violazione di legge sia tale da incidere direttamente sui diritti soggettivi, il giudice può disapplicare il provvedimento amministrativo la cui violazione è alla base della responsabilità penale.

L'irrilevanza dei vizi di forma e di procedimento è stata affermata, ad esempio, in materia ambientale, per la contravvenzione di inottemperanza all'ordinanza sindacale di rimozione di rifiuti abbandonati, ai sensi dell'art. 255 del codice dell'ambiente³³.

32 In questo senso, la giurisprudenza di merito e, ad esempio, Tribunale di Genova, sez. I, 13.9.2021, n. 3441.

33 Cass. pen. Sez. III, 11 febbraio 2021, n. 16350, con riferimento ad una ordinanza sindacale di rimozione dei rifiuti non ottemperata e con specifica attenzione all'esercizio del potere di disapplicazione.

La fattispecie in esame è costruita in presenza di un'ordinanza di rimozione dei rifiuti non ottemperata (*«chiunque non ottempera all'ordinanza del Sindaco di cui all'art. 192, comma 3»*), cosicché la presenza del provvedimento presupposto, ancorché affetto da vizi di legittimità non esclude necessariamente il reato. A fronte di una fattispecie che evoca un atto, quale l'ordine di rimozione di rifiuti, in grado di incidere su diritti soggettivi, è altresì necessario verificare se la violazione di legge eccepita sia tale da incidere direttamente sui medesimi, e ciò in particolare con riguardo alla ritenuta violazione di norme che lungi dal disciplinare direttamente il potere espressivo dell'atto amministrativo, ne definiscono piuttosto la procedimentalizzazione (cosicché la relativa omessa applicazione non è in grado di per sé di operare immediatamente sulle posizioni giuridiche interessate dall'atto presupposto della fattispecie incriminatrice).

Qualora, nello specifico, sia dedotta la violazione di legge in relazione alla mancata valutazione della legittimità della ordinanza (in funzione della relativa disapplicazione e, quindi, dell'esclusione della tipicità oggettiva del reato), per l'omessa comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, il dovere del giudice penale di verificare il legittimo esercizio del potere deve essere commisurato alla peculiarità della fattispecie penale, e quindi assume rilievo solo per quei vizi dell'atto la cui esistenza possa incidere di per sé su posizioni giuridiche soggettive. L'obbligo di avvio del procedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990, è astrattamente funzionale ad assicurare un confronto, la cui assenza, tuttavia, non necessariamente segna automaticamente la mancata prospettazione da parte dell'interessato di rilievi e osservazioni idonee ad incidere sull'*an* e *quomodo* dell'atto finale.

Tale conclusione è argomentata dalla Corte di cassazione³⁴ in rapporto alle deroghe previste dalla legge n. 241/1990 per l'obbligo di comunicazione: le *«ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento»*, ai sensi dell'art. 7; ipotesi di omessa comunicazione non invalidanti riguardano

³⁴ Il riferimento è sempre a Cass. n. 16350/2021, cit.

poi -oltre i cosiddetti atti urgenti- i provvedimenti cautelari, gli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, gli atti nell'ambito dei procedimenti tributari e gli atti relativi a procedimenti segreti e riservati, ai sensi dell'art. 13; ma anche i casi in cui il soggetto interessato abbia comunque avuto conoscenza in tempo utile del procedimento, in ossequio ai principi di economicità e speditezza dell'azione amministrativa. Ne deriva una disciplina ispirata ad un equilibrio tra le esigenze di celerità dell'azione amministrativa e quelle di partecipazione trasparente al procedimento.

Pertanto, non è sufficiente, per invocare il potere-dovere di eventuale disapplicazione dell'atto amministrativo, da parte del giudice penale, la mera deduzione dell'omesso avviso di avvio del procedimento; essendo necessario, piuttosto, prospettare l'incidenza dell'omissione sui diritti su cui incide l'atto, nel senso della mancata possibilità di rappresentare nella sede amministrativa competente circostanze in grado di rilevare sul corretto esercizio, oggettivo o soggettivo, del potere. Prospettazione che, nella parte in cui deve riguardare le condizioni o i presupposti della funzione amministrativa specifica, espressa attraverso il provvedimento della pubblica amministrazione, è di per sé idonea a sollevare la questione dell'eventuale disapplicazione, senza che debba necessariamente passare attraverso la deduzione della mancata comunicazione dell'inizio del procedimento³⁵.

Sia per gli atti ampliativi, sia per quelli restrittivi, dunque, il sindacato del giudice penale può (e deve) estendersi a tutti i vizi di legittimità dell'atto, salva l'esclusione di rilevanza di quei vizi che (in quanto inerenti alla forma ed al procedimento) non siano invalidanti, in quanto inidonei ad incidere sul bene strumentale tutelato dalla fattispecie penale.

Uno spunto di (ulteriore) riflessione.

35 Considerazione quest'ultima che conduce, secondo Cass. n. 16350/2021, cit., ad escludere la sufficienza e anche la necessità, ai fini della disapplicazione dell'atto amministrativo, della deduzione dell'omesso avviso dell'avvio del procedimento amministrativo, il cui ambito rimane quindi circoscritto nei tempi e nei modi in cui può essere eccepita dinanzi alla P.A. o al giudice amministrativo.

Con riguardo ai delitti ambientali inseriti dalla legge 22 maggio 2015, n. 68, nel codice penale, il legislatore ha fatto ricorso ad una clausola di illiceità speciale per delimitare il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi che (eventualmente) fossero stati rilasciati per abilitare l'esercizio dell'attività ad impatto ambientale. Così, ad esempio, l'art. 452 *bis* c.p. sanziona chiunque *abusivamente* cagioni un inquinamento ambientale; l'art. 452 *quater* sanziona chiunque *abusivamente* cagioni un disastro ambientale.

Qualora la condotta che abbia determinato l'evento sia stata posta in essere in forza di un titolo amministrativo, si pone anche con riguardo ai delitti ambientali la necessità di verificare entro quali limiti il giudice penale possa e debba sindacare la legittimità dell'atto presupposto³⁶.

La giurisprudenza sembra aver optato per una interpretazione assai ampia dell'estensione del sindacato del giudice penale. La condotta *abusiva* di inquinamento ambientale, idonea ad integrare il delitto di cui all'art. 452 *bis* c.p., comprende non soltanto quella svolta in assenza delle prescritte autorizzazioni o sulla base di autorizzazioni scadute o palesemente illegittime o comunque non commisurate alla tipologia di attività richiesta, ma anche quella posta in essere in violazione di leggi statali o regionali – ancorché non strettamente perti-

36 Come acutamente osservato da M. CATENACCI, *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2015, 9, 1069: “*si tratta in sostanza di capire fino a che punto, in presenza di condotte dannose o pericolose per l'ambiente, il giudice possa ritenersi svincolato da un giudizio di compatibilità ambientale delle stesse precedentemente formulato da una pubblica amministrazione, e dunque se (ed eventualmente entro quali limiti) egli possa (o addirittura debba) punire quelle offese nonostante la loro compatibilità con disposizioni di tipo (lato sensu) autorizzatorio*”. L'Autore si sofferma con cauta critica sull'uso di clausole di illiceità speciale da parte del legislatore in questa materia: “*Esse infatti, a causa della loro indiscutibile ampiezza concettuale, da un lato sono in grado di richiamare un numero pressoché illimitato di pretese infrazioni e/o irregolarità, consentendo così al giudice (e prima ancora al pubblico ministero) di considerare come abusiva o illegittima qualsiasi violazione, anche di norme non specificamente finalizzate alla tutela dell'ambiente, a cui si sia in qualche modo accompagnato un evento di inquinamento (si pensi ad es. all'ipotesi in cui un'impresa abbia inquinato rispettando scrupolosamente tutte le disposizioni autorizzatorie della materia ambientale, ma con contemporanea violazione ad es. di prescrizioni urbanistico-edilizie o dell'obbligo di rinnovo del certificato antincendio); dall'altro, non selezionano in alcun modo le norme alla cui stregua valutare l'attività autorizzatoria della P.A., consentendo anzi di assumere a parametro di valutazione anche i principi costituzionali o comunque quelle norme di principio o di indirizzo che, in quanto tali, sono prive di un preciso contenuto precettivo e dietro la cui interpretazione, dunque, ..., ben potrebbe in realtà celarsi un sindacato sul merito delle scelte operate in sede di governo dell'ambiente (così ad es. là dove si ritenga che un certo provvedimento autorizzativo regolarmente rilasciato sia stato comunque non sufficientemente attento a determinati, pretesi rischi per la salute e risultati dunque lesivo dell'art. 32 Cost.)*”.

nenti al settore ambientale - ovvero di prescrizioni amministrative³⁷. Quel che conta, in ultima analisi, è la sussistenza del nesso causale tra tali violazioni (qualunque esse siano), che rendono tipica la causa, e l'evento³⁸.

Sembra quindi opportuno proporre (in via interpretativa) di ritenere rilevanti solo i vizi del titolo che possano incidere sul bene strumentale tutelato dalla fattispecie penale³⁹.

4. Una rilettura sistematica dell'ampiezza del sindacato del giudice penale sull'atto

Come anticipato, si è proposta una lettura unitaria nell'individuazione dell'ampiezza del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo presup-

37 Cass. pen. Sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170. La Corte richiama, in relazione al requisito dell'abusività della condotta (richiesto anche da altre disposizioni penali), il delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti, originariamente sanzionato dal D.Lgs. n. 22 del 1997, art. 53 *bis*, ed, attualmente, dal D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 260, con riguardo al quale si è recentemente ricordato (Cass. pen., Sez. III, 10 marzo 2015, n. 21030) che sussiste il carattere abusivo dell'attività organizzata di gestione dei rifiuti - idoneo ad integrare il delitto - qualora essa si svolga continuativamente nell'inosservanza delle prescrizioni delle autorizzazioni, il che si verifica non solo allorché tali autorizzazioni manchino del tutto (cosiddetta attività clandestina), ma anche quando esse siano scadute o palesemente illegittime e comunque non commisurate al tipo di rifiuti ricevuti, aventi diversa natura rispetto a quelli autorizzati. La sentenza, nella quale vengono escluse violazioni dei principi costituzionali rispetto ad eventuali incertezze interpretative connesse, tra l'altro, alla portata del termine "*abusivamente*", segue ad altre, in parte citate, nelle quali si è giunti alle medesime conclusioni (Sez. 3, n. 18669 del 8/1/2015; Sez. 3, n. 44449 del 15/10/2013; Sez. 3, n. 19018 del 20/12/2012 (dep. 2013); Sez. 3, n. 46189 del 14/7/2011; Sez. 3 n. 40845 del 23/9/2010). In dottrina, sull'art. 260 cit., cfr. L. RAMACCI, *Il nuovo art. 260 del d. lgs. n. 152/2006, vecchie e nuove questioni*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2016, 3, 167.

38 Cass. pen. Sez. III, 30 marzo 2017, n. 15865. Cfr. anche Cass. pen. Sez. III, 27 aprile 2018, n. 28732. In dottrina, cfr. A. TUCANO, *Prima pronuncia della Cassazione in materia di inquinamento ambientale ex art. 452 bis c.p.*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2017, 7, 925.

39 In questo senso, espressamente un passaggio motivazionale di Cass. pen. Sez. III, 4 novembre 2013, n. 44449, con riguardo al reato di cui all'art. 260 d. lgs. n. 152/2006: "*In tema di traffico illecito di rifiuti, il requisito dell'abusività della gestione deve essere interpretato in stretta connessione con gli altri elementi tipici della fattispecie, quali la reiterazione della condotta illecita e il dolo specifico d'ingiusto profitto. Ne consegue che la mancanza delle autorizzazioni non costituisce requisito determinante per la configurazione del delitto che, da un lato, può sussistere anche quando la concreta gestione dei rifiuti risulti totalmente difforme dall'attività autorizzata; dall'altro, può risultare insussistente, quando la carenza dell'autorizzazione assuma rilievo puramente formale e non sia causalmente collegata agli altri elementi costitutivi del traffico*". In applicazione del principio, la Corte ha annullato il sequestro preventivo di un residence turistico, disposto sulla base di mere irregolarità degli impianti preposti al trattamento dei reflui fognari e delle acque di scarico, osservando: "*nel caso in esame, il provvedimento impugnato appare confondere talune irregolarità riscontrate sulla base delle indagini esperite dalla P.G. con le modalità abusive che normalmente caratterizzano il traffico illecito dei rifiuti e per di più richiama irregolarità delle quali non è assolutamente chiara la relazione causale efficiente rispetto alla realizzazione del traffico illecito, apparendo avere invece una rilevanza puramente formale*".

posto, muovendo in particolare dall'analisi della giurisprudenza in materia edilizia ed ambientale.

In tali materie (e soprattutto con riferimento all'art. 44 del d.P.R. n. 380/2001) si tratteggia un orientamento ermeneutico che, consolidato nell'individuazione del fondamento del potere del giudice di sindacare l'atto, fa emergere alcune sfumature quanto alla delimitazione della rilevanza dei vizi⁴⁰.

Come visto, tuttavia, sembra doversi preferire e ribadire l'estensione del sindacato a tutti i vizi di legittimità (con eventuale esclusione di rilevanza di quelli non invalidanti).

Se però si rivolge l'attenzione ad altre ipotesi di reato, similmente caratterizzate da attività la cui liceità dipende dall'esistenza di un atto amministrativo ampliativo (la cui illegittimità, ove accertata dal giudice penale, può determinare l'integrazione della fattispecie tipica, almeno sotto il profilo oggettivo), si rileva l'affermazione di principi non sempre coerenti. Non sono infrequenti arresti interpretativi che (almeno apparentemente) circoscrivono l'ampiezza del sindacato soltanto ad alcune tipologie di vizio. Tuttavia, una attenta lettura della motivazione delle decisioni spesso consente di ricondurli ad unità.

4.1. Atto ampliativo, concessione demaniale e art. 1161 c. nav.

Così, ad esempio, la Corte di cassazione ha ritenuto che l'esercizio da parte del giudice penale del potere/dovere di verificare in via incidentale la legittimità dell'atto amministrativo, per operare una identificazione in concreto della fattispecie con riferimento all'oggetto della tutela, presupponga che i vizi dell'atto amministrativo siano di portata tale da rendere evidente la sua inidoneità a regolamentare il rapporto giuridico di riferimento.

Tale limitazione del sindacato ai vizi che rendano «*evidente*» l'inidoneità dell'atto a regolare il rapporto giuridico è stata affermata dalla Corte di cassa-

40 Uno sforzo di riconduzione ad unità degli orientamenti manifestati in proposito è condotto da Cass. 56678/2018, cit.

zione in rapporto al reato di cui agli artt. 1161 e 54 del Codice della Navigazione⁴¹.

La fattispecie incriminatrice sanziona la condotta consistente nell'occupare senza titolo, cioè nel limitare o impedire la fruibilità di un'area demaniale, senza che ai fini dell'attualità della violazione abbia rilievo quale soggetto abbia dato avvio alla violazione stessa e in quale momento. L'occupazione arbitraria di bene demaniale marittimo consiste infatti nell'acquisire e mantenere il possesso o, comunque, una situazione fattuale di detenzione con il bene in modo corrispondente all'esercizio di un diritto di proprietà o di godimento sia esso reale o personale, contraddistinto dalla continuità o dalla stagionalità, cioè senza un carattere transeunte, dall'esclusione del diritto collettivo di uso per uno spazio non limitato e un tempo apprezzabile in modo da impedire la fruibilità da parte di potenziali utenti o da comprimerne in maniera significativa l'uso. Il bene giuridico tutelato dalla norma, infatti, è costituito dall'interesse della collettività di usare in maniera completa e in tutte le sue implicazioni il bene demaniale⁴².

Ne segue che la condotta di abusiva occupazione, più che sotto il versante della realizzazione di eventuali abusi edilizi, deve essere valutata sotto il profilo della natura dell'occupazione dell'area demaniale, per cui il punto di partenza deve essere individuato nell'esame dell'esistenza e della validità della concessione demaniale.

Si pone dunque la necessità di verificare quale sia l'ampiezza del sindacato del giudice sull'atto presupposto, ampliativo.

A parere di chi scrive, una attenta lettura della motivazione della sentenza che pare limitare il sindacato (ai vizi che rendano «*evidente*» l'inidoneità dell'atto a regolare il rapporto giuridico)⁴³, consente di far emergere che la Corte, in realtà, non abbia circoscritto l'ampiezza del sindacato del giudice penale soltan-

41 Cass. pen., Sez. III, 24 novembre 2021 n. 43101.

42 Cass. pen., Sez. III, 29 settembre 2011, n. 42404; id., sez. III, 22 giugno 2011, n. 34622; id., Sez. III, 25 marzo 2010, n. 16495.

43 Il riferimento è a Cass. pen., Sez. III, 24 novembre 2021 n. 43101, appena citata.

to ad alcuni vizi (come apparentemente potrebbe far intendere la massima), ma abbia sottolineato che il vizio riscontrato, per assumere rilevanza penale, deve essere idoneo ad incidere sul diritto sostanziale. Tale conclusione, così letta, è del tutto coerente all'interpretazione proposta circa l'irrilevanza dei vizi non invalidanti.

È ora necessario procedere con ordine, attraverso l'esame della motivazione, per verificare la sostenibilità della lettura sostenuta. In proposito, secondo la Corte, se può ritenersi consentito l'esercizio da parte del giudice penale del potere/dovere di verificare in via incidentale la legittimità dell'atto amministrativo, tuttavia tale verifica presuppone che i vizi dell'atto amministrativo siano di portata tale da rendere evidente la sua inidoneità a regolamentare il rapporto giuridico di riferimento.

Nel caso sottoposto all'esame della Corte, era stato disposto il sequestro preventivo di alcune opere installate in area demaniale, da parte del titolare di una concessione, in quanto si era ritenuto che fossero state realizzate senza idonea concessione. In particolare, il Tribunale del Riesame aveva ritenuto *tamquam non esset* il rinnovo della concessione, in quanto viziato dalla pregressa e reiterata inosservanza dell'art. 47 lett. F) del codice della navigazione, che individua -fra le cause di decadenza della concessione- l'inadempimento degli obblighi derivanti dalla concessione e imposti da norme di legge o da regolamenti (disposizione ritenuta a maggior ragione applicabile nel caso della violazione di norme in materia edilizia e paesaggistica).

Tuttavia, secondo la Corte, non era stato adeguatamente spiegato nell'ordinanza impugnata in che misura gli interventi edilizi eseguiti presso l'area demaniale in concessione fossero di inequivoca connotazione illecita, essendosi invero in presenza di opere di non immediata rilevanza penale (nel dettaglio, il posizionamento dell'asta per issare la bandiera o il posizionamento dei corpi morti fuori dall'area di mare assegnata)⁴⁴.

⁴⁴ Cass. n. 43101/2021, cit.

Tale conclusione, come sembra, avvalorata l'interpretazione sopra proposta: un eventuale vizio dell'atto (nel caso esaminato dalla Corte, la concessione demaniale) per assumere rilevanza nel sindacato sul precetto, deve essere tale da incidere direttamente sui diritti soggettivi, sul bene strumentale tutelato dalla fattispecie penale.

4.2. Atto restrittivo, omessa bonifica e reati di immigrazione

Analogo ragionamento sembra poter consentire la lettura del principio di diritto enunciato recentemente in tema di deposito incontrollato di rifiuti e di omessa bonifica, ai sensi dell'art. 256 e dell'art. 255 del d. lgs. n. 152/2006.

Secondo la Corte di cassazione, i soggetti destinatari dell'ordinanza sindacale sono obbligati in quanto tali e, in caso di inosservanza del provvedimento, ne subiscono, per ciò solo, le conseguenze se non hanno provveduto ad impugnare l'ordinanza sindacale per ottenerne l'annullamento o non forniscono al giudice penale «*dati significativi*» valutabili ai fini di una eventuale disapplicazione del provvedimento impositivo dell'obbligo⁴⁵.

Come sembra, anche con riferimento a tale reato, la *significatività* del vizio deve essere apprezzata in rapporto non alla macroscopicità del vizio, ma all'idoneità dello stesso ad incidere sulla lesione del bene strumentale protetto dalla norma penale (tenuto conto del fatto che, in tale fattispecie di reato, l'atto amministrativo presupposto è restrittivo della sfera giuridica del privato, in quanto impositivo di un obbligo).

Se poi si amplia l'indagine ad altri reati che presuppongano la violazione di provvedimenti amministrativi (restrittivi), si nota che in materia di immigrazione la giurisprudenza pacificamente collega il sindacato del giudice sull'atto al potere di disapplicazione⁴⁶.

45 Cass. pen., Sez. III, 24 gennaio 2022, n. 2518, che richiama Cass. Sez. III, 12 giugno 2018, n. 39430.

46 Così ad esempio Cass. pen., Sez. I, 8 ottobre 2004, n. 47677: il reato d'inottemperanza, da parte dello straniero, all'ordine del Questore di lasciare il territorio dello Stato, emessa ai sensi dell'art. 14, comma 5-ter, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 presuppone la legittimità dell'ordine anzidetto, la quale è da escludere (con conseguente potere-dovere di disapplicazione del provvedimento da parte del giudice penale), qualora esso non contenga esplicita, ancorché stringata,

Quanto all'ampiezza del sindacato, la giurisprudenza sembra limitarla ai vizi di semplice rilevabilità, in realtà presupponendo l'onere (in capo al privato) di una specifica allegazione del vizio⁴⁷.

5. Conclusioni

Sembra allora che una lettura del potere del giudice penale di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo presupposto, condotta in riferimento trasversale ad alcune fattispecie di reato, consenta di individuare alcune conclusioni trasversali, sistematicamente ricostruibili.

Tale potere rinviene il proprio fondamento nella tipizzazione del precetto penale (che richiami quale presupposto un atto amministrativo). Tanto vale sia per gli atti-presupposto avente natura restrittiva, quanto per quelli aventi natura ampliativa. Mentre con riferimento ai primi, tuttavia, il fondamento del potere potrebbe collegarsi anche alla disapplicazione dell'atto illegittimo, per i secondi tale possibilità deve escludersi (in quanto una eventuale disapplicazione avrebbe effetti *in malam partem*).

Il sindacato sulla legittimità dell'atto, poi, deve essere effettuato dal giudice penale anche se il precetto non tipizzi espressamente che il provvedimento sia stato «*legalmente dato*», costituendo la validità elemento implicito di interpretazione dell'atto che integri la norma penale in bianco.

In ogni caso, l'ampiezza del sindacato del giudice penale sull'atto deve estendersi a tutti i vizi di legittimità del provvedimento, rilevando l'eventuale macroscopicità del vizio in questione ai fini non della delimitazione del sinda-

motivazione in ordine alle ragioni per le quali non sia stato possibile eseguire immediatamente l'espulsione ovvero trattenere lo straniero in un centro di permanenza temporanea.

47 Così, ad esempio, Cass. pen., Sez. I, 11 giugno 2009, n. 28849, ha affermato che il giudice penale può disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo, presupposto di ipotesi delittuosa e provvedere di conseguenza all'assoluzione dell'imputato, ma solo quando la causa dell'illegittimità risulti oggettiva e di semplice rilevabilità. Tale principio è stato enunciato con riguardo ad una fattispecie di illegale reingresso nel territorio dello Stato di straniero espulso, nella quale la illegittimità del provvedimento amministrativo era stata prospettata dal ricorrente sulla base di ipotesi meramente congetturali e comunque eventualmente incidenti solo in modo mediato sull'atto.

cato, ma della prova dell'elemento soggettivo del reato (per il caso di atto ampliativo).

A parere di chi scrive, allora, per quanto maggiormente rileva allo scopo di proporre una ri-lettura unitaria dei principi di diritto affermati in materia dalla giurisprudenza, i vizi procedimentali e di forma, in quanto non idonei ad incidere sul bene strumentale protetto dalla norma incriminatrice, sono da considerarsi non invalidanti e quindi irrilevanti. L'individuazione del bene giuridico protetto è il criterio che consente di individuare i vizi di legittimità effettivamente rilevanti, in funzione non di una limitazione dell'ampiezza del sindacato del giudice, ma dell'idoneità del vizio ad avere una incidenza sostanziale sul bene strumentale tutelato dalla norma penale.

DONATO VESE

Senior Researcher tenure track in Law and Economics, School of Law, University of Pisa

donato.vese@unipi.it

HEALTH CRISIS, LEGAL FRAMEWORK AND ECONOMIC ISSUES: RETHINKING THE ADMINISTRATIVE POWER OF THE WHO

ABSTRACT

The management of the pandemic by the World Health Organization (WHO) has provoked sharp criticism. Prominent scholars have suggested the urgent need for reform with more intrusive administrative powers to increase the authority of this organisation. On the contrary, observing the failure in the past of theories proposing a more authoritarian organisation, this paper argues that WHO needs sharing powers rather than intrusive powers. Given that the main international norms have arguably designated the WHO as a “non-authoritarian” authority aiming at the highest possible level of health individuals, the paper suggests that sharing administrative powers should be incentivised by involving all the relevant actors in the decision-making process, namely governments, national health authorities, and other non-state actors. In doing so, the paper also analyses the WHO organisational model in the light of the spillover effects of the health crisis on the global economy.

Keywords: WHO, emergency, administrative powers, economic effects, public health.

Summary: 1. Introduction – 2. Administrative organisation and activity – 3. Administrative powers – 4. Impact on the global economy – 5. Conclusion.

1. Introduction *

* The article draws from the research activity carried out at Trinity College Dublin in 2021. I thank Dr Alex Layden for the discussion and valuable suggestions. I am grateful to Professor Luca Perfetti for reading a draft of the manuscript and accepting the article in this Journal. I am indebted to Dr Viviana Di Capua for her thoughts on the manuscript.

The recent pandemic was the most severe emergency that the World Health Organization (WHO) has faced since its foundation.¹ Though the global health authority had addressed significant flu pandemics with SARS² and H1N1,³ the unprecedented challenges of Covid-19 brought long-hidden weaknesses to light.

Scholars of public international law have raised a variety of criticisms, focusing essentially on the WHO's lack of transparency, its slow response to the spread of outbreaks, the lack of political cooperation, the light touch approach to the Chinese government, and consequently the absence of sanctions for Member States. Basically, scholars agree that there is an urgent need to reform the WHO and give it more intrusive powers.⁴

While these concerns are legitimate and well-founded, they do not seem to take due account of the current architecture of administrative powers as reflected in the international legal system of the WHO.

This paper argues that the main sources of international law – the Constitution of the World Health Organization⁵ (hereinafter the “Constitution”),

1 See R. HORTON, *The Covid-19 Catastrophe: What's Gone Wrong and How to Stop It Happening Again*, 2 ed., Cambridge and Medford, Polity Press, 2020, p. 9 and p. 50, where the author emphasises that the Covid-19 pandemic is one of the most catastrophic events since the Second World War.

2 See F.L. SMITH, *WHO Governs?: Limited Global Governance by the World Health Organization during the SARS Outbreak* (2003) 28(2) *Social Alternatives* pp. 9-12.

3 See S. ABEYSINGHE, *An Uncertain Risk: The World Health Organization's Account of H1N1*, (2014) 27(3) *Science in Context*, pp. 511-529.

4 Concerns about the implementation of intrusive powers in health matters are expressed by L. O. GOSTIN and L. F. WILEY, *Public Health Law: Power, Duty, Restraint*, 3rd ed., Oakland, University of California Press, 2016, pp. 11-12. Gostin argues that the theory of public health law often poses a paradox. The government is called upon to act effectively in order to promote the health of the people. To many, this role demands robust measures to address health risks. However, government must not unreasonably infringe upon the rights of individuals on account of the common good. Health regulation that exceeds, in the sense that it achieves a minimal health benefit with disproportionate human burdens, conflicts with ethical considerations and is not tolerated in a society based on the rule of law. Therefore, scholars often perceive a tension between the community's claim to reduce manifest health risks and the claim of individuals to be free from government interference. This perceived conflict may be agonising in some cases and absent in others.

5 Constitution of the World Health Organization, New York 22 July 1946, 14 UNTS 185, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg_no=IX-1&chapter=9&clang=en.

and the International Health Regulations⁶ (IHR) – did not designate the WHO as an authority that can exercise its administrative powers in an authoritarian and unilateral manner.⁷

Rather, the WHO was conceived as a democratic authority that seeks to provide the highest possible level of health for individuals through “sharing powers” policies with States Parties, enabling the broader participation of governments, national health authorities, non-state actors and persons in administrative proceedings.

I just mentioned the sharing powers of the WHO. By such powers I mean that administration should not *impose* public power through measures that negatively affect the subjective sphere and disproportionately restrict civil rights and freedoms. Rather, administration should *share* its power through measures that are the result of negotiated procedures with the various actors involved in the administrative proceedings.

In other words, administrative measures, even those taken by the WHO as an international health administration, should be the result of negotiation among different actors. As such, these actors could be put in a position to act on an equal footing with the administrative authority. To do so, the authority should share – rather than impose its powers in an authoritarian and intrusive way – with the other actors involved in the administrative proceedings.

In the context of a health emergency, sharing of administrative powers plays a crucial role both in managing the pandemic effectively and in avoiding undermining people’s rights. Sharing administrative powers implies that actors in an emergency response need to share policies and strategies to achieve effective public health outcomes while minimising restrictions to individual rights.

6 International Health Regulations (2005) <https://www.who.int/publications/i/item/9789241580410>.

7 In this context, the term “non-authoritarian” refers to the exercise of power by an administrative authority like the WHO. Here “non-authoritarian” means that the WHO is required to use administrative power not in a unilateral and intrusive way, but in a multilateral and shared one, as envisaged by international standards (Constitution and IHR).

I have also mentioned the intrusive powers of the WHO. Referring to such powers, I mean the legal tools that can invade the sphere of individuals by exploiting their rights in a way that is disproportionate to the ends that an administration seeks to achieve in using such powers. The reference is of course to the principle of proportionality⁸ as applied in Western democracies, and especially in the jurisprudence of the European courts.⁹

Before analysing those powers in detail, let me begin by outlining the main features of the WHO's administrative action and organisation.

2. Administrative organisation and activity

The WHO and its regulatory policies were widely criticised during the recent emergency. In reality, I believe that this would demonstrate the need for a

8 See G. de BÚRCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, (1993) 13 Yearbook of European Law, p. 105; A. SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, 1995 (2) Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, p. 329; N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 1996; D.-U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998; E. ELLIS (ed), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart, Oxford, 1999; J. JANS, *Proportionality Revisited* (2000) 27 Legal Issues of Economic Integration, p. 239; U. BERNITZ and J. NERGELIUS, *General Principles of European Community Law*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2000; E. CASTORINA, *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una "Democrazia europea"* 2003(3) Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, p. 301; D.-U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento* (2006) Giornale di Diritto Amministrativo, p. 1106; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2nd edn, 2006, ch. 3; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, revised edn, 2006, ch 5; A. STONE SWEET and J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, (2008) 47 Columbia Journal of Transnational Law, p. 73; T.I. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, (2010) 16 European Law Journal, p. 158; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 2nd edn, Oxford University Press, Oxford, 2012, 590-640; A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; M. KLATT and M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012; W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?* (2013) 15 Cambridge Yearbook of European Legal Studies, p. 439; B. PIRKER, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review: A Theoretical and Comparative Study*, Groningen, Europa Law Publishing, 2013.

9 European Court of Justice (ECJ) case-law has acknowledged that proportionality is a general principle of EU law since the *Fedesa* judgement. See Case C-331/88 *The Queen v Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and others* [1990] ECR I-4023, where the ECJ stated as follows: "[i]n accordance with the principle of proportionality, which is one of the general principles of Community law, the lawfulness of the prohibition of an economic activity is subject to the condition that the prohibitory measures are appropriate and necessary in order to achieve the objectives legitimately pursued by the legislation in question."

better understanding of the WHO's architecture, at least in basic terms: though the criticisms are correct in the main, they have also failed to explain that the weaknesses of the WHO depend to a significant extent on the rules of its organisation and activities.

Scholars have suggested that the WHO be reformed, providing it with more intrusive powers by giving binding force to administrative decisions towards States Parties. Clearly, we need to realise how the WHO works. To this end, Section 2 outlines the main features of this organisation, analysing the Constitution, as the main and most relevant document of international law regulating this authority's organisation and activities.

Historically, the WHO was founded in 1948 as a specialised agency of the United Nations and currently has a membership of 194 States.¹⁰ Structurally, it consists of three organs at the central level: the World Health Assembly (hereinafter "Assembly"), the Executive Board (hereinafter "Board") and the Secretariat under the authority of the Director-General. Conversely, at the decentralised level it consists of regional bodies created by the WHO or incorporated from previously existing administrative entities.¹¹

The WHO as an International Organisation (IO) is designed to address public health concerns that States would struggle to tackle on their own.¹² The joint effort of the parties, in international public law matters.

10 See G.L. BURCI, *World Health Organization*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2004. See also G.L. BURCI and B. TOEBES (eds), *Research Handbook on Global Health Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018.

11 See J.P. RUGER, *Global Health Justice and Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2018) p. 247. Ruger argues that the WHO has played a crucial role in coordinating global efforts to eradicate smallpox, handling international reporting, and managing the epidemic through the IHR. It has a unique coordinating function deriving from its Constitution. The WHO is the only agency with the authority to develop and implement international law and health norms and standards and facilitate ongoing discussion among States Parties on priorities.

12 In the doctrine of international law on IOs, see recently P. GAETA, J.E. VIÑUALES, and S. ZAPPALÁ, *International Organizations* in P. GAETA, J. E. VIÑUALES, and S. ZAPPALÁ (eds), *Cassese's International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020. See also M.P. KARNS, K.A. MINGST and K.W. STILES, *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*, Boulder, Lynne Rienner, 2015.

I say this because the WHO would probably not have existed if there had not been the political will of the Member States to establish it. Arguably, the WHO came into being because Member States decided to cede some of their decision-making power in order to achieve common goals to protect and safeguard public health at a global level.¹³ It is no coincidence that we are speaking of the largest international health agency, with the «*wide-ranging responsibilities to address global public health concerns*».¹⁴

Accordingly, this organisation exercises global governance only if and when Member States contribute to enabling it to do so: it is within their power to negotiate decisions on missions, delegate authority, set guidelines for its actions and agree on policy, such as how to become members or observers, the sources of funding, and rules of collaboration. Moreover, the organisation is streamlined to deal with specific issues according to the policy of the Member States.¹⁵

Basically, WHO works with Member States to achieve common goals and, as a result, are accountable to them.¹⁶ Not surprisingly, every IO is set up

13 The research field of global health law has recently supplemented international health law. On this point, see the seminal book of L.O. GOSTIN, *Global Health Law*, Harvard University Press, Harvard, 2014). Previously, for a definition of Public Health Law, see L.O. GOSTIN and L.F. WILEY, *Public Health Law: Power, Duty, Restraint*, *supra* note 4, p. 4. Gostin defines Public Health Law as «*the study of the legal powers and duties of the state, in collaboration with its partners [...] to ensure the conditions for people to be healthy (to identify, prevent, and ameliorate risks to health in the population), and of the limitations on the power of the state to constrain for the common good the autonomy, privacy, liberty, proprietary, and other legally protected interests of individuals. The prime objective of public health law is to pursue the highest possible level of physical and mental health in the population, consistent with the values of social justice*».

14 A.L. TAYLOR, *International Law and Public Health Policy*, in K. HEGGENHOUGH and S. QUAH (eds.), *International Encyclopedia of Public Health*, vol. 3, San Diego Academic Press, San Diego, 2008, p. 674. In particular, Taylor claims that the comprehensive nature of Art. 19 combined with Art. 1 gives the WHO «*the legal authority to serve as a platform for [...] agreements that potentially address all aspects of national and global objectives*».

15 B. KOREMENOS, C. LIPSON and D. SNIDAL, *The Rational Design of International Institutions*, (2001) 55 *International Organization*, p. 761.

16 See S. NEGRI, *International Health Law*, (2018) 1 *Yearbook of International Disaster Law Online*, p. 446. The Emergency Risk Management and Humanitarian Response Department of the WHO works closely with Member States, international partners, and local institutions to help communities prevent, prepare for, respond to, and recover from emergencies, disasters and crises. In 2016 the WHO's Health Emergencies Programme works with Member States and partners to manage and minimise the health risks associated with disasters. The Programme provides technical guidance and support and conducts operational and logistical mis-

by international law with this rationale.

Looking at legal grounds, we can see how the main objective of the Constitution of the WHO is «*the attainment by all peoples of the highest possible level of health*».¹⁷ In turn, this «*highest level of health*» is defined by the Preamble as «*a state of complete physical, mental and social well-being*», and not merely the «*absence of disease or infirmity*».¹⁸

Reflecting the political and social vision of the Charter of the United Nations, the Preamble of the Constitution also enshrines principles that underpin the happiness, harmonious relations and security of all peoples.¹⁹ However, as may easily be understood, the highest standard of health is an aspiration rather than a political reality, as the goals of global and national health systems change as society evolves.²⁰ Yet, as we shall see in Section 3, the governments of States Parties also play a decisive role, in addition to that played by the WHO.

Overall, the organisation is tasked with managing global coordination to prevent the spread of disease, especially pandemics. Hence, promoting knowledge on the prevention of disease is a key role carried out through rules based on scientific knowledge. Consequently, the WHO faces a crucial challenge in assisting governments to strengthen health services, provide appropriate tech-

sions in order to help countries to further develop key health components of risk management across all phases of the disaster risk management cycle. These components include governance, policy, planning and coordination; information and knowledge management; health and related services; and resources.

17 Constitution of the World Health Organization, 22 July 1946, 14 UNTS 185, Art 1. The WHO's Constitution provides expansive legal authority in the field of global health standard-setting, starting with the mandate of Art. 1: the «*attainment by all peoples of the highest possible level of health*». In addition, the Constitution establishes that the Assembly «*shall have authority to adopt conventions or agreements with respect to any matter within the competence of Organization*».

18 Ibid, Preamble.

19 On these points see E. BRUEMMER and A.L. TAYLOR, *Institutional Transparency in Global Health Law-making: The World Health Organization and the Implementation of the International Health Regulations* in A. BIANCHI and A. PETERS (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 275. See also F. P. GRAD, *The Preamble of the Constitution of the World Health Organization*, (2002) 80(12) Bulletin of the World Health Organization, p. 981.

20 X. YI-CHONG and P. WELLER, *International Organisations and State Sovereignty: The World Health Organisation and Covid-19*, (2020) 39(2) *Social Alternatives*, p. 51.

nical assistance and, in emergencies, offer the necessary aid.²¹ Importantly, as we shall see later in Section 3, the WHO also verifies the information that governments provide.

For these purposes, the Constitution assigns the Assembly the functions of determining policies, research, and budgets as well as reviewing and approving the reports and activities of the Board.²²

The organisation's staff of officials provides scientific and technical expertise, while political representation is ensured by delegates representing the States Parties. In this regard, the delegates of States Parties are «*chosen from among persons most qualified by their technical competence in the field of health*», and «*preferably representing the national health administration of the Member*».²³

The WHO is in charge of leading and coordinating activities on health matters in the United Nations system in many ways. It provides guidance on global health issues, directs health research, and makes health policy choices based on the best scientific knowledge. Furthermore, it provides technical expertise to Member States, supervises and assesses health trends, finances medical research and supplies emergency aid in the event of an emergency.²⁴ It also contributes to improving the nutrition, housing, hygiene and working conditions of people around the world.²⁵

Administrative activity is precisely outlined in Article 2 of the Constitution. It focuses on specific aspects of the coordination and management of health emergencies, as the major challenge that the WHO faces as an IO stems

21 WHO Constitution, Arts 1-2.

22 Ibid, Art. 18 indents (a), (f), (k).

23 Ibid, Art. 11.

24 Recently, with regard to the pandemic, see B. M. MEIER, A. TAYLOR, M. ECCLESTON-TURNER, R. HABIBI, S. SEKALALA, and L. O. GOSTIN, *The World Health Organization in Global Health Law*, (2020) 48(4) *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, p. 799. The authors claim that «*[i]t will be crucial to reform global health law to prepare for future global health challenges, but WHO member states find themselves at a crossroads in their reforms: accept the divisive nationalist responses which have characterized the response to Covid-19 or recommit to international cooperation through global health governance*».

25 WHO Constitution, Art. 2 indent (i).

from its responsibility for eradicating epidemics.²⁶ Specifically, it acts as a co-ordinating authority to assist governments in strengthening health services and to provide appropriate technical assistance and support, as well as to establish and maintain administrative and technical services, including epidemiological and statistical services.²⁷

In this context, the Assembly, while generally responsible for making “recommendations to Members with respect to any matter within the competence of the Organization,”²⁸ is specifically entrusted with crucial activities, such as the adoption of regulations concerning sanitary and quarantine requirements to prevent the international spread of disease.²⁹

Similarly, the Board is responsible for the crucial activity of taking emergency administrative measures to deal with events, such as pandemics, that require an immediate response.³⁰ It authorises the Director-General to take the necessary administrative steps to combat pandemics and to participate in the organisation of health relief to the victims of a calamity.³¹

As part of its organisational structure, regional offices of the WHO played a particularly important role during the pandemic. We may mention in this respect the Report³² of the Pan-European Commission on Health and Sustainable Development. This document sheds light on one of the most serious problems during the pandemic, namely the absence of an effective WHO cooperation and coordination strategy.

26 For an overview see Y. BEIGBEDER, *World Health Organization (WHO)*, in R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. X, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 928-930.

27 WHO Constitution, Art. 2 indents (a), (d), (f).

28 Ibid, Art. 23. On this point, see A. L. TAYLOR, *International Law and Public Health Policy*, *supra* note 14, p. 675. Taylor points out that, in making recommendations and adopting regulations, the WHO is “a fairly unique lawmaking device in the international system”.

29 Ibid, Art. 21 indent (a).

30 Ibid, Art. 28 indent (i).

31 Ibid.

32 WHO Regional office for Europe, *Drawing Light from the Pandemic: A New Strategy for Health and Sustainable Development* (September 2021).

In the context of power sharing, regional coordination in health matters is particularly important. Not surprisingly, the European regional office played a crucial role in managing the outbreak of Covid-19 in Italy at the very beginning of pandemic, where the situation was worse than elsewhere. Despite these efforts, it is clear that there was a lack of effective coordination between offices. As we shall see later, this is precisely because of the lack of sharing of administrative powers between the various levels of government, especially regional and central.

In outlining the main features of the WHO's organisation and activities, we have learned a little more about how this organisation should function in responding to an emergency. The next step is to look at the role the WHO played in the recent pandemic. To this end, we will need to explore the administrative power accorded to it by the international legal system.

Not surprisingly, it has recently been argued that one of the main causes of the WHO's failure in managing the pandemic lies in its lack of "intrusive powers."³³ Nevertheless, claiming that achieving global health requires intrusive powers does not sound like a compelling argument.

My point here is that an analysis of the legal context of the main international standards teaches us that the Constitution and the IHR see the WHO as an authority that is not equipped with coercive or intrusive administrative powers, but with soft law powers. In order to avoid undermining the rights of persons.³⁴

I aim to show that the WHO does not need more intrusive powers but rather sharing powers. In doing so, Section 3 analyses the legal grounds of the

33 See E. BENVENISTI, *The Who-Destined to Fail?: Political Cooperation and the Covid-19 Pandemic*, 114(4) (2020) *The American Society of International Law*, p. 590, [doi:10.1017/ajil.2020.66](https://doi.org/10.1017/ajil.2020.66).

34 We can argue how the international health commitments extend to human rights law, with the IHR (Art. 3) requiring that domestic implementation «*be with the full respect for the dignity, human rights and fundamental freedoms of persons*». On this argument, see L. O. GOSTIN, R. HABIBI and B. M. MEIER, *Has Global Health Law Risen to Meet the Covid-19 Challenge? Revisiting the International Health Regulations to Prepare for Future Threats*, 48(2) (2020) *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, p. 378, [doi:10.1177/1073110520935354](https://doi.org/10.1177/1073110520935354).

administrative powers, concentrating on the main legal source of international law governing its exercise, the IHR.

3. Administrative powers

Though they are well known to all, we will nevertheless summarise here the main events relating to the outbreak of the Covid-19 pandemic in order to understand the WHO's course of action. To be concrete, we will briefly review the facts that we need to know in order to appreciate what I argue with regard to the lack of sharing of administrative powers.

On 31 December 2019, Chinese health authorities reported an outbreak of pneumonia cases of unknown origin in Wuhan. On 9 January 2020, China's Centre for Disease Control and Prevention (CDC) identified a new coronavirus as the aetiological cause of these illnesses. The Chinese health authorities also confirmed inter-human transmission of the virus.

On 30 January 2020, after the second meeting of the Safety Committee, the WHO's Director-General, Tedros Adhanom Ghebreyesus, declared the international outbreak of coronavirus a Public Health Emergency of International Concern (PHEIC), as enshrined in the IHR.³⁵ In particular, Article 1 of the IHR defines a PHEIC as an extraordinary event which is deemed, as provided in these Regulations:

- (i) to constitute a public health risk to other States through the international spread of disease;
- (ii) to potentially require a coordinated international response.

On 3 February 2020, the WHO issued a specific action plan for governments, the "Strategic Preparedness and Response Plan" containing measures needed to address the emergency. Specifically, the plan aimed to:

³⁵ On the reform of the IHR, see L.O. GOSTIN, *International Infectious Disease Law. Revision of the World Health Organization's International Health Regulations*, 291(21) (2004) Health Law and Ethics, p. 2361, [doi:10.1001/jama.291.21.2623](https://doi.org/10.1001/jama.291.21.2623). For the WHO's response to a previous pandemic, e.g. SARS, see S.E. DAVIES, A. KAMRADT-SCOTT and S. RUSHTON, *International Norms and Global Health Security*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2015) pp. 43-73; D.P. FINDER, *Sars, Governance and the Globalization of Disease*, Macmillan Publishers, London 2004.

- 1) coordinate action across regions to assess, respond to, and mitigate risks;
- 2) improve country preparedness and response;
- 3) accelerate research and development.³⁶

On 11 March 2020, the Director-General issued the pandemic declaration.³⁷

Against this backdrop, I address the main criticisms levelled at the WHO and seek to explain them in the light of the current legal framework and the latitude of the administrative powers accorded to the WHO. In brief, I can say that the main criticisms focused on the lack of transparency,³⁸ as well as on the slow response to the spread of the outbreak,³⁹ the urgent need for “political cooperation” – as distinct from coordination activities,⁴⁰ and also on the “light

36 WHO, Strategic Preparedness and Response Plan, updated on 24 February 2021, <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-WHE-2021.02>. Retrieved 16 November 2021.

37 WHO, Director-General’s opening remarks at the Mission briefing on Covid-19, 12 March 2020, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mission-briefing-on-covid-19---12-march-2020>. Retrieved 18 November 2021.

38 O. JANSEN, Increasing the Legitimacy of the World Health Organization, *The Regulatory Review* (2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/22/jansen-increasing-legitimacyworld-health-organization/>.

39 See D. N. DURRHEIM et al., *When Does a Major Outbreak Become a Public Health Emergency of International Concern?*, 20 (2020) *Lancet Infectious Diseases*, p. 888. See also Independent Panel for Pandemic Preparedness and Response, Covid-19: Make it the last pandemic. May 2021. <https://theindependentpanel.org/mainreport>. Retrieved 25 November 2021; and J. WISE, *Covid-19: Global Response was too Slow and Leadership Absent*, Report Finds, (2021) *British Medical Journal*, p. 373, <https://doi.org/10.1136/bmj.n1234>.

40 E. BENVENISTI, *The Who-Destined to Fail?: Political Cooperation and the Covid-19 Pandemic*, *supra* note 33, p. 588. Though this argument is well founded and convincing, it does not seem sufficient to explain the actual extent of the WHO’s failure. My point is that we have not only a political reason, but a legal one. See also J.P. RUGER, *Global Health Justice and Governance*, *supra* note 11, pp. 247-248. Ruger emphasises that WHO is weakened institution, riddled with budgetary problems and power politics. In addition, its reputation, effectiveness, and legitimacy have diminished greatly. In fact, the WHO’s failing in addressing the 2014 West African Ebola outbreak showed that it lacks an emergency operation culture and the capacity to prevent and contain pandemics.

touch” approach to the Chinese government⁴¹ or on the absence of sanctions for Member States breaching IHR provisions.⁴²

Conceivably, it could be argued that although the first outbreak was reported in late December 2019, the WHO was ineffective in responding to the emergency. Indeed, as we have seen, the Director-General did not declare a PHEIC until 31 January 2020 even though the Emergency Committee had already been convened on 23 January 2020,⁴³ when the criteria for declaring a PHEIC had been met.⁴⁴ And yet, we know that the doctrine of international law holds that the PHEIC is the main legal tool, along with the pandemic declaration, empowering the Director-General to exercise the function of “international public authority.”⁴⁵

Further flaws were identified by those who noted that countries either delayed or did not implement the administrative containment and mitigation measures recommended by the WHO following the PHEIC.⁴⁶ This last point shows how the lack of effective sharing of administrative powers by WHO – which I discuss in this article – can result in poor cooperation by States Parties.

41 X. YI-CHONG and P. WELLER, *International Organisations and State Sovereignty*, *supra* note 20, p. 50. We do not intend here to diminish the possible responsibilities of the WHO, nor of States Parties such as China, but rather to show that these responsibilities depend significantly on the current architecture of the international legal system set up by the IHR.

42 See J.E. ALVAREZ, *The WHO in the Age of the Coronavirus*, (2020) 20-30 New York University School of Law Public Policy & Legal Theory Paper Series Working Paper, p. 9.

43 See WHO, *Statement on the First Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-nCoV)* 23 January 2020, [https://www.who.int/news/item/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

44 D.N. DURRHEIM et al., *When Does a Major Outbreak Become a Public Health Emergency of International Concern?*, *supra* note 39, p. 888.

45 P.A. VILLAREAL, *Pandemic Declarations of the World Health Organization as an Exercise of International Public Authority: The Possible Legal Answers to Frictions between Legitimacies*, (2016) 1 Goettingen Journal of International Law, p. 95.

46 O. JANSEN, *Administrative Law Rules and Principles in Decisionmaking of the World Health Organization during the Covid-19 Pandemic*, (2021) 73(1) Administrative Law Review, pp. 183-185. Jansen noted that «[t]he WHO has issued several temporary recommendations regarding Covid-19 that the addressee states have not consistently complied with». See also C. LIU, *The World Health Organization: A Weak Defender Against Pandemics*, (2021) 28(2) Virginia Journal of Social Policy & the Law, pp. 174-219.

These and other criticisms offer an opportunity to analyse some of the key norms on the administrative powers that the WHO can exercise as an authority in charge of managing emergencies. For this purpose, exploring the regulatory power to determine a PHEIC granted by the IHR is crucial to understanding the role and responsibility of this authority.⁴⁷

To do so, I can look upon the IHR as offering a comprehensive legal framework for coordinating disease detection, reporting and response at the global level.⁴⁸

In this regard, Article 12(1) IHR establishes that the WHO's Director-General «shall determine [...] whether an event constitutes a public health emergency of international concern» according to the criteria and the procedure laid down in the IHR. However, Article 12(2) specifies that before determining such an emergency, the Director-General «shall consult with the State Party in whose territory the event arises regarding this preliminary determination».

To be sure, this is a key point to better understand the problem that occurred during the Covid-19 pandemic. It should be clear that, at the level of administrative action, the WHO does not generally commence an *ex officio* proceeding to ascertain whether there are facts leading to a PHEIC declaration. Rather, it is up to the States Parties to notify the WHO of the existence of a potential PHEIC within 24 hours (Article 6 IHR).

47 L.O. GOSTIN et al., *The International Health Regulations 10 Years On: The Governing Framework for Global Health Security*, (2015) 386, Lancet, p. 2222. See also D.P. FIDLER, *SARS, Governance and the Globalization of Disease*, Palgrave Macmillan, London, 2004, p. 32, where it is said that the IHR are «the only set of international legal rules binding on WHO member States concerning the control of infectious disease». See also G.L. BURCI, J. HASSELGÅRD-ROWE, *Through the Rule of Law Looking Glass*, 18(3) (2021) International Organizations Law Review, pp. 307-334, where the important parts of the IHR affecting their relevance and effectiveness, the lack of clarity for processes leading to sensitive executive decisions, the absence of compliance assessment mechanisms resulting in lack of accountability for states parties, and an inadequate inclusion of human rights guarantees are carefully examined.

48 E. BRUEMMER and A.L. TAYLOR, *Institutional Transparency in Global Health Law-making*, *supra* note 19, pp. 277-280. The authors argue that the objective of the IHR is to develop a framework for national policies and global cooperation to manage potential health emergencies of international concern and to provide resources of the international community to dealt with such emergencies. To this end, Art. 2 provides «a public health response to the international spread of disease in ways that are commensurate with and restricted to public health risks, and which avoid unnecessary interference with international traffic and trade».

Furthermore, in determining the public emergency, the Director-General acts «on the basis of the information» received from «the State Party within whose territory an event is occurring», in accordance with the provision of Article 12(4) (a) IHR.

What does this last point mean? Of course, that without that information or with bad or otherwise unclear information, the procedure for determining the emergency by the WHO is inevitably flawed.

In addition, Article 12(2) IHR clarifies that the Director-General and the State Party should be «in agreement» regarding the PHEIC determination. If they are, the Director-General issues «appropriate temporary recommendations» (Article 15-18 IHR) by seeking the «views» of the Emergency Committee. In addition, according to Article 12(3) IHR, if no consensus is reached between the Director-General and the State Party within 48 hours, a determination must be made (Article 49 IHR).

Part IX, Chapter II (Articles 48-49) of the IHR provides for the composition and procedures of the Emergency Committee. Regarding the composition, pursuant to Articles 47(1) and 48(2) IHR, the Emergency Committee must be composed of experts in all relevant fields of expertise (the “Expert Roster”) selected by the Director-General.⁴⁹ In particular, the Emergency Committee has an important role in providing its own views on three important issues: *i*) whether an event is a PHEIC; *ii*) deciding on the duration and therefore termination of the PHEIC; *iii*) proposing temporary recommendations as well as requesting their modification, extension or termination.

49 The IHR mandate the creation of an Expert Roster from both the Emergency and Review Committees be drawn. The criticisms of the Emergency Committee brought the WHO's policies on experts into the spotlight. To face such criticisms while fulfilling its organisational objectives, the WHO must ensure that its regulations with respect to experts adequately address conflicts of interest and other transparency dilemmas. Currently, the Regulations for Expert Advisory Panels and Committees address the “International Status of Members” in Art. 4.6, which specifies that experts serve in their individual capacity and mandates that they “shall disclose all circumstances that could give rise to a potential conflict of interest as a result of their membership of an expert committee, in accordance with the mechanisms established by the Director-General for that purpose”. In this regard, see E. BRUEMMER and A.L. TAYLOR, *Institutional Transparency in Global Health Law-making*, *supra* note 19, pp. 290-291.

However, interpreting the provisions of this part of the IHR, I aim to argue that even here international law regards the State Party as having an important role in the decision-making process of determining a PHEIC. In this respect, Article 48(2) IHR clarifies that «*[a]t least one member of the Emergency Committee should be an expert nominated by a State Party within whose territory the event arises*». In addition, pursuant to Article 49(4) IHR, the same State Party may present its views to the Emergency Committee. In this connection, the State Party may submit temporary recommendations to the Director-General or propose the termination of a PHEIC [Article 49(7)].

Focusing on administrative emergency response measures, my point is to show that even the recommendations issued by the WHO need to be “shared” with Member States before being implemented. Indeed, the factors to be considered when «*issuing, modifying or terminating temporary or standing recommendations*» listed in the «*[c]riteria for recommendations*» set out in Article 17 IHR start with «*the views of the States Parties directly concerned*».

As matter of fact, during the last pandemic we learned that the State Party has a key role in PHEIC administrative procedure in terms of sharing crucial powers like administrative ones with the WHO and thus contributing to the correct determination of a global health emergency.

Arguably, sharing powers is a challenge for effective emergency management. This is especially true in view of the fact that the WHO lacks power to impose sanctions for breaches of sharing information committed by States Parties.⁵⁰

We can believe, for instance, that the power to determine a PHEIC is largely dependent on the information submitted by the State Party, while the WHO does not enjoy sufficient freedom to consider other non-governmental sources. Admittedly, the WHO can consider other sources of information (so-

50 See P.A. VILLARREAL, *The 2019-2020 Novel Coronavirus Outbreak and the Importance of Good Faith for International Law*, *Völkerrechtsblog* 28 January 2020, doi: [10.17176/20200128-225858-0](https://doi.org/10.17176/20200128-225858-0), who suggests «*[r]evisiting the importance of good faith for international law*» as a possible solution to ineffective information sharing between the WHO and States Parties.

called “reports”) according to Article 9 IHR. Nevertheless, reasonable arguments on the ineffectiveness of verifying sources aside,⁵¹ this power is significantly limited, and «*before taking any action based on such reports, WHO shall consult with and attempt to obtain verification from the State Party in whose territory the event is allegedly occurring*».⁵² Furthermore, it is reasonable to assume that countries where a health emergency is occurring tend to take their time in passing on information that could be counterproductive to their interests, especially with regard to the economic consequences that may result from the PHEIC declaration.

My point is that looking at the architecture of the administrative powers granted to the WHO by the Constitution and IHR has been fruitful in appreciating how this authority is conceived in international law. I am quite aware of the legal limits that this authority faces in dealing with emergencies, and thus can make some suggestions for addressing the WHO’s weaknesses.

To do so, in the next section we will analyse the impact of the pandemic on the global economy. We will then draw some conclusions.

4. Impact on the global economy

According to the World Bank the Covid-19 pandemic caused one of the biggest global economic crises in recent years.⁵³ Some of the main reasons include the restriction of mobility, lockdowns, and other public health measures needed to address the outbreak.⁵⁴ The world economy has been severely challenged, especially among developing countries. Looking at some data, in 2020 the world economy shrank by about 3%.⁵⁵ To try to limit the impact of the cri-

51 L.O. GOSTIN et al., *US Withdrawal from WHO Is Unlawful and Threatens Global and US Health and Security*, (2020) 396, *Lancet*, p. 293.

52 Cf. Art. 9 IHR.

53 The World Bank, World Development Report 2022, *Finance for an Equitable Recovery* available at <https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2022>. See I.A. MOOSA, *The Economics of COVID-19: Implications of the Pandemic for Economic Thought and Public Policy*, Elgar, Northampton 2021.

54 See E. HUDD, *The Economic Impact of COVID-19*, Abdo Publishing, Minnesota, 2021.

55 Global real GDP growth in 2020 is estimated at –3.1 % in the International Monetary Fund’s World Economic Outlook (IMF 2021c) and –3.5 percent in the World Bank’s Global Economic Prospects (World Bank 2021a).

sis on households and businesses, governments adopted rapid policy responses, accompanied by a combination of fiscal, monetary, and financial policies.⁵⁶

Though this combination of policies has contributed to limiting the economic damage in the short term, the health crisis has also exacerbated a number of economic fragilities, such as rising public and private debt. As the crisis unfolded, it became clear that many households and businesses were not prepared to withstand the economic shock for long. In 2020, more than 50% of households around the world were unable to meet their basic expenses for more than three months due to the loss of income, while companies' cash reserves were able to meet expenses for less than two months.⁵⁷

Still in 2020, the incidence of temporary unemployment was highest for workers who had completed primary education in 70% of the countries. In addition, undertakings in the informal economy and those with more limited access to the credit market were most affected by the economic crisis. On average, the informal economy accounts for an estimated 34% of Gross Domestic Product (GDP) in Latin America and Africa, 28% of GDP in South Asia. In India, over 80% of the labour force is informal. Many low-income countries struggled to mobilise the resources needed to combat the immediate effects of the pandemic and had to take on new debt to finance the crisis response. In middle-income countries, the fiscal response varied significantly, reflecting marked differences in the ability and willingness of governments to mobilise fiscal and spending resources for support programmes.⁵⁸

In many cases, fiscal emergency measures were supported by monetary policy interventions: several central banks in major emerging economies used unconventional monetary policies as asset purchase programmes for the first time in history. These programmes supported the fiscal response and provided

56 See M.C. APEDO-AMAH, B. AVDIU, X. CIRERA, M. CRUZ, E. DAVIES, A. GROVER, L. IACOVONE, et al., *Unmasking the Impact of COVID-19 on Businesses: Firm Level Evidence from across the World*, (2020) Policy Research Working Paper 9434, World Bank, Washington, DC.

57 The World Bank, World Development Report 2022, *Finance for an Equitable Recovery*, *supra* note 53.

58 *Ibid.*

liquidity when it was needed.⁵⁹ However, this monetary policy has resulted in growing inequality between countries, due to the constraints many governments have faced in assisting families and businesses.⁶⁰ Financial instability, household and corporate indebtedness, reduced access to credit and rising sovereign debt are the main risks to which governments will have to respond.⁶¹ For many low-income countries, tackling sovereign debt will be the priority. Middle-income countries, whose financial sectors are more exposed to corporate and household debt, could, by contrast, focus on policies that support financial stability.⁶²

Such a worst economic scenario was confirmed by the Organisation for Economic Co-operation (OECD), which estimated that world economic growth would fall by 0.5% during the health crisis, from 2.9% to 2.4%.⁶³ Furthermore, the International Monetary Fund (IMF) confirmed such a trend, noting that global economic growth fell to an annualised rate of around -3.2 % in 2020, with a recovery of 5.9 % expected in 2021, and 4.9 % in 2022.⁶⁴

The impact of the health crisis on the global economy emphasises the important role the WHO plays in effectively coordinating government policies during an emergency. When a pandemic has to be managed by international or-

59 See D. PAWEŁ and R. WISŁA, *The Socioeconomic Impact of COVID-19 on Eastern European Countries*, Routledge Studies in the European Economy, Abingdon, Oxon, New York, 2022. The authors analyse the directions and dynamics of the spread and its socioeconomic consequences, and provide a comparative analysis of fiscal and monetary packages employed by Europe, with an emphasis on Eastern European countries.

60 See A. TAUSEEF, H. HAROON, B. MUKHTIAR, and H. JIN, *Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Pandemic and Economic Impact*, (2020) 36 Pakistan Journal of Medical Science, p. 1.

61 See W. MCKIBBIN, F. ROSHEN, *The Global Macroeconomic Impacts of COVID-19: Seven Scenarios*, (2021) 20(2) Asian Economic Papers, pp. 1-30. According to the authors, economic costs could be significantly avoided with greater investment in public health systems in all economies, particularly in economies where health care systems are less developed and population density is high.

62 The World Bank, World Development Report 2022, *Finance for an Equitable Recovery*, *supra* note 53.

63 OECD Interim Economic Assessment: Coronavirus: The World Economy at Risk, Organization for Economic Cooperation and Development. March 2, 2020, <https://www.oecd.org/economic-outlook/march-2020/>.

64 World Economic Outlook Update, International Monetary Fund, October, 2021, p. 6, <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2021/10/12/world-economic-outlook-october-2021>.

ganisations, this does not only threaten the health system, but other sectors of the economy as well. Nonetheless, some major weaknesses of the WHO emerged in order to manage an emergency effectively. One of the main problems of the WHO is the loss of control over the regular budget.⁶⁵ This has led to a progressive privatisation of this organisation. Although the Member States adopt the programme's budget, it is only partly financed in a predictable manner (20%) while around 80% of the budget is in the hands of voluntary (public and private) contributors, including philanthropic entities such as the Bill & Melinda Gates Foundation and industrialised countries that make donations for specific purposes often chosen by them unilaterally.⁶⁶

Perhaps the most urgent reform of the WHO that should be addressed by the States Parties is to ask how and by whom this agency is financed. In this regard, the public and multilateral character of the institution should be recovered. These characteristics are a prerequisite for effectively placing the WHO at the service of global public health. Increasing the regular public budget will allow this organisation to address the priorities set by all States Parties without having to constantly follow the priorities of an agenda set by donors.⁶⁷

Pandemic is a global phenomenon whose control requires an international task sharing and effective global coordination.⁶⁸ Currently, the WHO is responsible for coordinating the administrative policies of governments. Indeed, as we have argued, both the Constitution and the IHR assign the WHO a mandate to prevent and respond to international emergencies in the form of disease outbreaks and pandemics.⁶⁹ Nevertheless, the health crisis showed up all the weaknesses of both the WHO and the States Parties in managing administrati-

65 On the budget see WHO, *How WHO is Funded*, <https://www.who.int/about/funding>.

66 See G. VELÁSQUEZ, Germán. *Vaccines, Medicines and COVID-19: How can WHO be given a Stronger Voice?* Springer Briefs in Public Health, Cham, Switzerland, 2022, p. 97.

67 *Ibid*, p. 98.

68 See R.C.R. TAYLOR, *The global governance of pandemics*, 43(6) (2021) *Sociology of Health & Illness*, pp. 1540-1553.

69 See G.L. BURCI and J. HASSELGÅRD-ROWE, *Through the Rule of Law Looking Glass*, *supra* note 47, pp. 307-334.

ve powers in a shared way with participation of all institutional actors. Hence, I believe that it is necessary to rethink the administrative power of the WHO.

5. Conclusion

In the light of the analysis of the legal and economic framework, we would be inclined to think that the main weaknesses are due only to the limited administrative powers conferred on the WHO by international law. However, if we turn our attention to understanding why international norms like the Constitution and the IHR have devised such limitations, we can see that concerns about the intensity of powers are, in the main, unfounded.

I believe that such concerns are unfounded because the WHO should no longer act through intrusive and invasive powers over civil rights and liberties, but by sharing their powers with the subjects of the proceedings. As I argued in this article, sharing powers here means more precisely negotiating administrative measures with the various actors involved in the procedure. Not by imposing conditions in an authoritarian and unilateral manner, but by cooperating and reaching a decision that satisfies the interests of all parties to the proceedings.

Importantly, the international norms have designated the WHO as an organisation that exercises administrative powers in a non-authoritarian manner in order to achieve the highest possible level of health for all people, without undermining other legally protected interests. To do so, I suggest it needs sharing powers with States Parties rather than more intrusive powers over States Parties.⁷⁰ In this regard, from the point of view of the impact of health crisis on the global economy, coordinated and shared emergency management by the WHO and States Parties is crucial in emergencies. GDP losses, public debt accumulation, market and corporate failures, and loss of jobs and savings can at

70 See D. VESE, *Managing the Pandemic: The Italian Strategy for Fighting Covid-19 and the Challenge of Sharing Administrative Powers*, European Journal of Risk Regulation, 2020, p. 5, [doi:10.1017/err.2020.82](https://doi.org/10.1017/err.2020.82).

least be mitigated by effective governance by the WHO and other institutional actors.

Sharing powers – and more precisely administrative powers⁷¹ – means here that the WHO implements measures and strategies for managing the emergency in agreement with the States Parties, by allowing the participation in the proceeding of governments, national health authorities, and other non-state actors involved in the decision-making process.

I claim that one of the WHO's main weaknesses in managing emergencies, namely the slow or ineffective determination of the PHEIC, is due to a lack of or ineffective sharing of powers in the administrative proceedings. This means that the decision-making process whereby the authority chooses a measure and more generally an administrative strategy for managing an emergency should be exercised with the participation of all actors involved in the administrative proceedings.⁷²

I mean that the WHO should not impose public power through measures that negatively affect the subjective sphere and disproportionately restrict civil rights and freedoms. Rather, the WHO should share its power through measures that are the result of negotiated procedures.

In other words, administrative measures taken by the WHO should be the result of negotiation among different actors. Those actors must be placed in such a position as to act on an equal footing with the administrative author-

71 According to L.O. GOSTIN and L.F. Wiley, *Public Health Law: Power, Duty, Restraint*, *supra* note 4, p. 5, a theory of public health law can be defined as «the state's legal powers and duties to assure the conditions for people to be healthy, and limits on the state's power to constrain individual rights». Limiting the powers of the state to restrict people's legally protected interests is a great challenge for public health law.

72 The theory of the participation of institutional actors and persons in the administrative procedure – of which my argument on the “sharing of administrative powers” is a development, is argued by some prominent scholarships in the doctrine of Italian administrative law. In this regard, we refer to F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino: Tra libertà garantita e libertà attiva* [*The New Citizen: Between Guaranteed Freedom and Active Freedom*], Marsilio, Venezia, 1994; G. PASTORI, *La procedura amministrativa* [*The Administrative Procedure*], Neri Pozza, Vicenza, 1964. L.R. PERFETTI (ed.), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato* [*The reforms of Law No 241 of 7 August 1990 between guarantee of legality and result-oriented administration*], Padova: Cedam, Padova, 2008).

ity. To do so, such authority must *share* rather than *impose* its powers in an authoritarian and intrusive way.

The Global Outbreak Alert and Response Network (GOARN), a global partnership of public health institutions, UN agencies, International and national NGOs, academic institutions and consortiums, and other organisations to monitor and respond to pandemics, is a paradigmatic case of power sharing by WHO with the main actors in charge of managing a global health crisis.⁷³ Although it does not fund it directly, WHO provides much of the staff and assistance to the GOARN. Therefore, we welcome those proposals to expand and strengthen this shared crisis management network.

Of course, in the context of a health emergency, sharing administrative powers plays a crucial role both in managing emergencies effectively and in avoiding undermining people's rights. Sharing administrative powers implies that actors in an emergency response need to share policies and strategies to achieve effective public health outcomes while minimising restrictions to individual rights. This meaning complies with the definition of public health law.

I might wonder whether more intrusive powers would have allowed the WHO to achieve better outcomes in terms of China's cooperation in adopting an effective strategy to frame and respond to the pandemic.

Nevertheless, as we have seen, administrative powers were poorly shared during the pandemic, as China failed to provide adequate and timely information, data and documents needed to make the decision-making process effective in managing the emergency.

Thus, it can be reasonably argued that even with more powers, WHO still needs participatory and shared administrative proceedings. The need for sharing powers rather than authoritative ones poses a challenge to the future

73 See GOARN, <https://extranet.who.int/goarn/>. See also the Fourth meeting of the GOARN partners, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/354406/9789240046955-eng.pdf?sequence=1>.

role of the WHO as we move towards the “era of pandemics”.⁷⁴ Arguably, the challenge of sharing powers can help the WHO, States Parties and all actors involved in emergencies to avoid interfering with persons’ rights and avoid serious economic spillovers.

⁷⁴ See the Editorial *A Pandemic Era*, (2021) 5(1) The Lancet Planetary Health, [doi.org/10.1016/S2542-5196\(20\)30305-3](https://doi.org/10.1016/S2542-5196(20)30305-3).

RENATO ROLLI

Professore Associato presso il Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria

renatorolli@hotmail.com

MARIAFRANCESCA D'AMBROSIO

Dottoranda in Giurisprudenza, cultrice di Contabilità di Stato presso il Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche dell'Università della Calabria

dambrosio.mfrancesca@gmail.com

CONSENSO E ACCOUNTABILITY: I POLI DEL COMMERCIO DEI DATI PERSONALI ONLINE

CONSENT AND ACCOUNTABILITY: THE POLES OF ONLINE PERSONAL DATA TRADE

SINTESI

Sin dagli albori del nuovo millennio, la rapidissima diffusione del web ha stravolto ogni aspetto della quotidianità, forse anche in modo latente. Il *world wide web* costituisce uno strumento in grado di colorare di nuove sfumature la libertà di espressione del pensiero, di esplorare l'ignoto e di trovare risposta ad ogni quesito. Tuttavia, la fruizione di questo incredibile strumento ha un prezzo: la dazione totale dei *personal data* ed il conseguente annullamento della *privacy*. Navigando in Internet, infatti, si rendono disponibili ad una platea indefinita di destinatari, i "dati personali" di ciascun utente. Tale espressione potrebbe allora risultare ossimorica: cosa rimane di "personale" nei dati immessi in rete? La diffusione dei dati sensibile apre la strada ad un'ulteriore questione: chi detiene il controllo e, dunque, chi è responsabile di tale diffusione?

La risposta a tali quesiti rende necessario esaminare la natura dei dati immessi in Rete nonché la fitta trama del sistema di *accountability* va che delineandosi nella giurisprudenza delle Corti nazionali e sovranazionali.

ABSTRACT

Since the dawn of the new millennium, the rapid spread of the web has disrupted every aspect of everyday life, perhaps even in a latent way. The world

wide web is a tool that can add new shades of colour to the freedom of expression, it can explore the unknown and it can find answers to every question. However, the use of this incredible tool comes at a price: the total disclosure of personal data and the consequent loss of privacy. In fact, surfing the Internet makes the 'personal data' of each user available to an indefinite number of recipients. This expression could then be oxymoronic: what remains of 'personal' in the data put on the web? The dissemination of sensitive data opens the way to a further question: who is in control, and therefore who is responsible for this dissemination?

The answer to these questions makes it necessary to examine the nature of the data placed on the Net, as well as the dense weave of the accountability system that is emerging in the jurisprudence of the national and supranational Courts.

PAROLE CHIAVE: big data; consenso; privacy; libertà di manifestazione del pensiero; responsabilità.

KEYWORDS: big data; consent; privacy; freedom of speech; accountability.

INDICE: 1. Big data e consenso inconsapevole. - 2. Il valore economico dei Big Data. - 3. Il diritto alla protezione dei dati personali. - 4. La libertà di manifestazione del pensiero sui social network. 5. Il complesso sistema di accountability online. - Conclusioni.

1. *Big data* e consenso inconsapevole

Con il termine inglese *Big Data* (cosiddetti megadati) si suole indicare una quantità di dati ed informazioni così estesa in termini di volume, velocità e varietà da richiedere tecnologie e metodi analitici specifici per l'estrazione di valore o conoscenza. L'espressione viene utilizzata, cioè, per indicare la capacità di analizzare ovvero di estrapolare e mettere in relazione un'enorme mole di dati eterogenei, strutturati e non strutturati – grazie a sofisticati metodi statistici e informatici di elaborazione – al fine di scoprire i legami tra fenomeni diversi – ad esempio, correlazioni – e prevedere quelli futuri.

Tanto premesso, mette conto osservare come tali dati possano costituire oggetto di molteplici attività:

- statistica, intesa quale raccolta di dati e informazioni in forma esclusivamente aggregata e anonima volta a verificare il corretto funzionamento del sito;
- sicurezza, da intendere alla stregua di raccolta di dati e informazioni diretta a tutelare la sicurezza del sito (filtri antispam, *firewall*, rilevazione virus) e degli Utenti ed a prevenire o a far emergere frodi o abusi a danno del sito web;
- attività accessorie, quali la comunicazione dei dati a terze parti che svolgono funzioni necessarie o strumentali all'operatività del servizio – es. box commenti;
- consulenze e incarichi professionali, rispetto ai quali l'utilizzo dei dati è finalizzato alla valutazione dell'incarico, nonché all'eventuale adempimento dello stesso.

È di tutta evidenza che un flusso costante di informazione possa divenire *res in commercio*.

Occorre osservare altresì che la crescita di questi dati segue un andamento tridimensionale¹ (modello delle 3V). Ne discende che con il trascorrere del tempo ne aumenta:

- la varietà: i dati arrivano in modo disomogeneo, trattandosi di foto, documenti, valori alfanumerici, video, audio;
- il volume: la grande quantità di dati proviene da sorgenti differenti (*social media*, transazioni finanziarie, acquisti *online*);
- la velocità: intesa quale velocità di affluenza dei dati ed alla conseguente necessità di utilizzarli in modo tempestivo.

Per le suesposte caratteristiche i megadati sono oggetto, tipicamente, di due azioni: il *Management*, inteso quale serie di processi concernenti l'acquisizione e la memorizzazione di informazioni; l'*Analytics*, ossia l'analisi dei dati da svolgersi in tempi rapidi.

¹Il presente contributo è opera dell'analisi e dell'approfondimento congiunto di Renato Rolli e Mariafrancesca D'Ambrosio. In particolare Renato Rolli ha curato l'introduzione e i paragrafi 2, 5. Mariafrancesca D'Ambrosio si è occupata dei paragrafi 1, 3, 4.

Teoria elaborata nel 2001 dall'analista Doug Laney.

Tanto conduce a delineare il ciclo di vita dei *Big Data*, scandito in una serie di processi che dalla raccolta delle informazioni conduce, attraverso successive modifiche, al loro utilizzo passando, talvolta, per la fase di bonifica, necessaria allorché nel pacchetto vi siano informazioni non più utili ai fini dell'elaborazione.

Più precisamente, l'acquisizione avviene mediante canali (*Application programming interface*, c.d. API²) che al momento dell'accesso al sito importano i dati da *database* preesistenti ovvero interpretano ed estrapolano il flusso di dati che passa in rete; o, ancora, tramite *cookie*, frammenti di dati sugli utenti memorizzati sul computer e utilizzati per personalizzare la navigazione.

Successivamente, la grande quantità di dati raccolta viene stoccata ed archiviata: prende avvio, dunque, la fase relativa all'analisi, alla modellazione – tramite algoritmi ideati per consentire lo studio, l'analisi ed il confronto del flusso dei dati, al fine di estrapolarne informazioni utili per studi futuri – ed alla conseguente interpretazione delle informazioni. Invero, i *Big Data* sono estremamente eterogenei giacché provengono da una molteplicità di siti e di fonti. Tanto ne rende necessaria e – certamente non agevole – l'interpretazione.

Com'è noto, ciascun utente quotidianamente utilizzando lo *smartphone*, il *tablet* o il PC genera, anche inconsapevolmente, una ingente quantità di informazioni: ebbene, gli assai diffusi social network – tra tutti *Instagram* e *Facebook* (ora Meta) – i blog, i siti di vendita online – per tutti, *Amazon* – i motori di ricerca – come *Google*, *Safari* – ed ancora i più svariati siti internet, registrano le azioni compiute dagli utenti per poi indirizzarle e canalizzarle nelle ricerche future: basti pensare che il mero compimento di una ricerca su Google o la semplice navigazione nel web, genera una grande quantità di informazioni.

² Le API, quindi, sono delle interfacce grafiche che sviluppatori e programmatori terzi possono utilizzare per espandere le funzionalità di programmi, applicazioni e piattaforme di vario genere (software e non solo). Rappresentano, quindi, l'interfaccia aperta attraverso la quale interagire con programmi (o parti di essi) altrimenti inaccessibili.

Utilizzando un'API, un programmatore può far interagire due programmi (o due piattaforme, o un programma e una piattaforma) altrimenti tra loro incompatibili. Utilizzando, quindi, degli "artifici" di programmazione, si possono estendere le funzionalità di un programma ben oltre le reali intenzioni dello sviluppatore o della software *house* che l'ha realizzato.

Il conferimento del consenso³ al trattamento dei dati così forniti avviene tramite un banner posto – generalmente – in fondo alla pagina web, ovvero tramite il solo utilizzo o la consultazione del sito, quale comportamento concludente: in tal modo visitatori e utenti approvano l'informativa privacy e acconsentono al trattamento dei loro dati personali ed anche alla eventuale diffusione a terzi se necessaria per l'erogazione di un servizio.

D'altro canto, deve osservarsi come il conferimento e, quindi, il consenso alla raccolta e al trattamento dei dati, sia facoltativo: in altri termini, l'utente può negare o revocare in qualsiasi momento un consenso già fornito. Tuttavia, negare il consenso può comportare l'impossibilità di erogare alcuni servizi e l'esperienza di navigazione nel sito risulterebbe compromessa.

Ebbene, tanto conduce a chiedersi sino a che punto si possa effettivamente decidere se acconsentire alla diffusione dei propri dati, posto che, allo stato, la fruizione totale del servizio in rete parrebbe subordinata alla necessaria prestazione del consenso. Si può, allora, correttamente asserire che la scelta sia rimessa al titolare dei dati?

2. Il valore economico dei *Big data*

Tanto premesso, giova osservare come tanto la raccolta di una quantità di dati sempre più elevata, tanto la conseguente estrazione delle informazioni che si ritengono necessarie costituiscano due operazioni centrali nell'ambito di qualsivoglia business: invero, grazie all'utilizzo di questa risorsa è possibile accrescere l'efficienza dei processi produttivi e delle capacità decisionali, prevede-

3 In riferimento alla natura giuridica del consenso, con riguardo alla disciplina dettata dalla l. 31 dicembre 1996, n. 675, v. S. PATTI, Art. 11. Consenso, in C. M. BIANCA, F. BUSNELLI, A. BELLELLI, F. P. LUISO, E. NAVARRETTA, S. PATTI, P. M. VECCHI (a cura di), *Tutela della privacy*, cit., 359; V. ZENO ZENCOVICH, *Il consenso informato e l'autodeterminazione informativa*, in Corr. giur., 1997, 915.

In epoca più recente, con riferimento alla previgente disciplina dettata dal codice della privacy, v. S. MAZZAMUTO, Il principio del consenso e il problema della revoca, in R. PANETTA (a cura di), *Libera Circolazione e protezione dei dati personali*, t. I, Milano, 2006, 1016; A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, 188. E, in riferimento alla rilevanza che il consenso assume nel regolamento 2016/679 UE, v. F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in Il nuovo Regolamento Europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali.

re con maggiore accuratezza le tendenze attuali e future e, in conseguenza di ciò, rendere più mirate e precise le attività commerciali nell'individuazione del proprio target di mercato. È evidente, allora, che lo sfruttamento dei dati personali possiede un vero e proprio valore economico.

È doveroso premettere, tuttavia, che i dati non hanno valore intrinseco (ossia quali dati grezzi): le informazioni in essi contenute, invero, assumono valore nella misura in cui costituiscano oggetto delle attività di organizzazione, gestione, filtraggio ed estrazione⁴.

A tal fine viene in rilievo la distinzione che intercorre tra le attività commerciali proprie del campo del *business* riguardante i dati: vi rientrano, da un lato, le attività che permettono l'accesso a servizi e/o beni dietro il rilascio di dati personali – ai quali si aggiungono dati ulteriori, per effetto delle attività che l'utente svolge sulle piattaforme digitali – nelle quali il prezzo del servizio è ridotto a fronte dell'accesso ai suddetti dati; dall'altro, vi sono le attività di raccolta e vendita dei dati effettuate da brokers e aventi quali destinatari gli operatori interessati a possederli ai fini di una più ottimale profilazione degli utenti. I *data broker* sono il chiaro esempio di come l'informazione sia denaro: *nella società della conoscenza in cui viviamo le informazioni digitali costituiscono il nuovo petrolio di cui sono disponibili immensi giacimenti che i data broker scandagliano H24 tutti i giorni dell'anno, senza che al momento nessun privato e nessuna autorità pubblica li controlli*⁵.

Si comprende, allora, perché con sentenza del 10.1.2020, n. 261 il Tar Lazio abbia ritenuto ingannevole l'informativa fornita da *Facebook*, con la quale si affermava la gratuità dell'iscrizione in fase di prima registrazione, posto che i dati personali sono suscettibili di sfruttamento economico e, conseguentemente, assumono valore commerciale⁶. I Giudici hanno ritenuto che i dati persona-

4 S. MARCELLI, *Il valore dei dati: prospettive e caratteristiche dei big data*, nota [5]: I dati sono prodotti da innumerevoli fonti, per quanto concerne la loro gestione e organizzazione non si può poi prescindere da sistemi automatici o semiautomatici, come processori e/o algoritmi (si pensi ai sistemi di *machine learning*), nonché in fase di filtraggio mediante processi di estrazione (c.d. *knowledge discovery in database*) tramite appositi software (*data mining, text mining ecc. ecc.*)

5 D. TALIA, *I data broker ci conoscono senza essere nostri amici*.

6 Il giudizio verte sulla legittimità del provvedimento con il quale l'Agcm aveva accertato l'illicitezza della pratica commerciale di Facebook che in fase di registrazione dell'utente a fronte di

li, «in quanto asset disponibili ad assurgere nell'ambito di un contratto alla funzione di "controprestazione", oltre a essere tutelati quale espressione di un diritto della personalità dell'individuo, debbano essere protetti quale possibile oggetto di una compravendita tra operatori economici, ovvero tra questi ultimi e i soggetti interessati⁷. Invero, il fenomeno della "patrimonializzazione" del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un "social network"»⁸.

L'innovativa pronuncia del Tar – riconoscendo l'idoneità dei dati personali ad assumere rilievo economico e, conseguentemente, ad assolvere alla funzione di controprestazione in senso tecnico di un contratto – oltre a garantire una tutela ulteriore in materia di *privacy*, impone la rivalutazione tanto del valore delle informazioni di cui sono in possesso degli enti pubblici, tanto dei rapporti tra i cittadini e le stesse amministrazioni pubbliche detentrici dei loro *personal data*.

Alle delicate *quaestiones* relative alla tutela della *privacy* – che si affronterà *funditus* nel successivo paragrafo – si accompagnano una serie di criticità relative alle possibili derive anticoncorrenziali derivanti dalla loro attitudine ad incidere profondamente sulle corrette dinamiche di mercato.

un claim sulla gratuità del servizio offerto ("Iscriviti è gratis e lo sarà per sempre") ometteva di comunicare che le informazioni relative alla raccolta e all'uso a fini commerciali dei dati personali da parte della Società. L'Autorità aveva ritenuto il messaggio non veritiero e fuorviante, in quanto la raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti a fini remunerativi si configurava come controprestazione del servizio offerto dal social network (tant'è vero che i ricavi provenienti dalla pubblicità on line, basata sulla profilazione degli utenti a partire dai dati forniti da questi ultimi, costituivano l'intero fatturato della società). La società aveva contestato la carenza di potere dell'Agcm, poiché in assenza di un corrispettivo patrimoniale e, quindi, di interesse economico dei consumatori da tutelare, gli obblighi violati avrebbero riguardato esclusivamente il profilo del trattamento dei dati personali degli utenti disciplinato dal Regolamento *privacy* e conseguentemente le attribuzioni del Garante per la protezione dei dati personali. Sul punto si rinvia a <https://www.irpa.eu/il-tar-lazio-riconosce-il-valore-economico-commerciale-dei-dati-personali/>.

⁷ Tar Lazio sentenza del 10.1.2020, n. 261.

⁸ Ibidem.

Invero, nell'ambito dell'economia digitale, tale fenomeno è particolarmente rilevante rispetto ai modelli di business operanti nei mercati a più versanti (c.d. *multi-sided platforms*)⁹: la raccolta di ingenti quantità di dati determina, per le aziende così organizzate, un notevole vantaggio informativo a discapito delle piattaforme che operano sul singolo versante.

Si impone poi la considerazione secondo la quale i *big data* non sono a tutti accessibili e, soprattutto, non lo sono con le medesime possibilità. Non può certamente porsi a confronto la potenza dei grandi colossi del digitale – avallata dall'operato dei *brokers*, quali intermediari nella vendita di pacchetti ingenti di dati – con quella degli operatori minori.

Ne discende che soltanto le aziende in possesso di una grande quantità di dati possono realizzare analisi sempre più approfondite e sofisticate dei megadati e avere, dunque, un assai incisivo potere di impatto sulle scelte di mercato.

In questo contesto va delineandosi una nuova economia che si caratterizza per la volontà/necessità di monetizzare questo ingente flusso di dati, del cui potenziale sono in grado di avvalersi solo poche aziende. Esempio lampante è *Google*, sorto come mero motore di ricerca e divenuto negli anni una macchina in grado, non soltanto di raccogliere le informazioni provenienti dalle ricerche e dalle navigazioni in rete, ma anche di conoscere ogni interesse, gusto, preferenza politica di chiunque ne faccia uso.

Emerge, a questo punto, un interrogativo: fino a che punto è accettabile una simile influenza sull'andamento dei mercati?

3. Il diritto alla protezione dei dati personali

⁹ Esempi di mercati a più parti sono quelli delle carte di credito (formato da coloro che possiedono una carta e i commercianti); sistemi operativi (utilizzatori finali e sviluppatori); pagine gialle (inserzionisti e consumatori); console di videogiochi (giocatori e sviluppatori di giochi); siti di reclutamento (persone che cercano lavoro e agenzie di collocamento); motori di ricerca (inserzionisti e utenti); e reti di comunicazione, come Internet. Esempi di aziende conosciute che utilizzano mercati a due parti sono American Express (carte di credito), eBay (negozi online), Taobao (negozi online in Cina), Facebook (social network), LinkedIn (social network professionale), Mall of America (centro commerciale), Match.com (piattaforma di appuntamenti), AIESEC (associazione studentesca che aiuta i giovani talenti a trovare un posto in un'azienda), Monster.com (piattaforma di reclutamento), e Sony (console di giochi).

La protezione dei dati¹⁰ è colonna portante di una società nella quale le relazioni si svolgono *in toto* – o, comunque, in modo rilevante – secondo modalità digitali¹¹. In tal senso, la protezione dati deve studiarsi e applicarsi quale tecnica di coesione sociale, non solo quale forma di tutela di un diritto fondamentale¹².

Lo sviluppo dilagante ed invasivo del *web* nella vita quotidiana ha acceso l'attenzione sulla questione *privacy*. Invero, nell'odierna società dell'informazione il concetto di *privacy* è intimamente legato a quello di diritto – consacrato in disposizioni nazionali ed internazionali – alla protezione dei dati personali, il cui emergere si deve allo sviluppo delle tecnologie digitali ed al ruolo centrale assunto dell'informazione nell'odierno contesto sociale ed economico. Tali considerazioni delineano le due facce della medaglia: la necessità – scaturita dalla piena appartenenza alla società attuale – di non ostacolare la circolazione di dati; i pericoli per i diritti e le libertà individuali derivanti da tale circolazione.

Ebbene, dirimente sarebbe l'attribuzione all'interessato di un potere di controllo sui dati che lo riguardano. In tal senso, il diritto alla protezione dei

10 Sono dati personali le informazioni che identificano o rendono identificabile, direttamente o indirettamente, una persona fisica e che possono fornire informazioni sulle sue caratteristiche, le sue abitudini, il suo stile di vita, le sue relazioni personali, il suo stato di salute, la sua situazione economica. Tra essi: i dati che permettono l'identificazione diretta - come i dati anagrafici (ad esempio: nome e cognome), le immagini, ecc. - e i dati che permettono l'identificazione indiretta, come un numero di identificazione (ad esempio, il codice fiscale, l'indirizzo IP, il numero di targa); i dati rientranti in particolari categorie: si tratta dei dati c.d. "sensibili", cioè quelli che rivelano l'origine razziale od etnica, le convinzioni religiose, filosofiche, le opinioni politiche, l'appartenenza sindacale, relativi alla salute o alla vita sessuale. Il Regolamento (UE) 2016/679 (articolo 9) ha incluso nella nozione anche i dati genetici, i dati biometrici e quelli relativi all'orientamento sessuale; i dati relativi a condanne penali e reati: si tratta dei dati c.d. "giudiziari", cioè quelli che possono rivelare l'esistenza di determinati provvedimenti giudiziari soggetti ad iscrizione nel casellario giudiziale (ad esempio, i provvedimenti penali di condanna definitiva, la liberazione condizionale, il divieto od obbligo di soggiorno, le misure alternative alla detenzione) o la qualità di imputato o di indagato. Il Regolamento (UE) 2016/679 (articolo 10) ricomprende in tale nozione i dati relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza.

11 Sul dilagante uso del digitale nel settore pubblico si veda E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, n.2, p. 148-157; D. U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*; A. G. OROFINO – *La semplificazione digitale*, in *Il diritto dell'economia* anno 65, n. 100 (3 2019), pp. 87-112.

12 F. PIZZETTI, *Dal GDPR al valore dei dati e delle informazioni*, in *privacylab.it*.

dati personali si sostanzierebbe nel diritto a che detti dati, ove trattati da terzi, siano protetti secondo le modalità stabilite dalla legge, sì da garantire un controllo sulla circolazione delle informazioni, nonché sulle condizioni e sui limiti del trattamento delle stesse: la ratio sarebbe individuabile nella valorizzazione della dignità e dell'autodeterminazione della persona umana mediante il conferimento di facoltà e poteri che conferiscono il controllo sulle qualità corporee ed immateriali che costituiscono l'individualità. Una simile configurazione ben si comprende se si considera che tale diritto è pacificamente ricondotto alla categoria dei diritti della personalità¹³.

13 Come noto ai civilisti, la nozione dei diritti della personalità è conquista giuridica relativamente recente. Basti considerare che, generalmente, la loro nascita come categoria viene fatta risalire all'opera di O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Lipsia, 1895, la quale contiene un capitolo dedicato ai «*persönlichkeitsrechten*». Le motivazioni che sono alla base di siffatto «ritardo», in quello che potrebbe definirsi come «processo di valorizzazione» della persona umana, vanno ricercate prevalentemente nella visione che il Codice civile italiano del 1942 ci consegnava dell'uomo, ovverosia quella di un soggetto il cui obiettivo principale consisteva nella accumulazione della ricchezza e nello scambio di beni e servizi, e la cui protezione era bensì garantita, ma affidata a complessi normativi altri rispetto al diritto civile, primo tra tutti quello del diritto penale. Si deve, quindi, agli sforzi della dottrina e della giurisprudenza, prima, e all'intervento del legislatore nazionale e sovranazionale, poi, il pieno sviluppo di un impianto giuridico, costituito da una unica, o da una pluralità, a seconda che si acceda alla tesi monista o a quella pluralista, di situazioni giuridiche soggettive, aventi ad oggetto gli attributi della persona, anche giuridica, in tutte le sue manifestazioni e sviluppi, passati, presenti, e futuri. Alla base del sistema dei diritti della personalità vi è, dunque, l'esigenza, avvertita sempre più fortemente con l'evoluzione della società, di proteggere tutti quegli interessi della persona ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. Le forme di protezione più rilevanti che circondano tali situazioni giuridiche possono facilmente essere individuate nel diritto penale, da una parte, e nel diritto civile, dall'altra. In questa sede, non ci si soffermerà oltre sul tema brevemente accennato: si rimanda a A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, Milano, 1959; A. DI MAJO, *Profili dei diritti della personalità*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1, 1962, 69 ss.; D. MESSINETTI, *voce Personalità (diritti della)*, in Enc. dir., Milano, 1983; O. T. SCOZZAFAVA, *Nuovi e vecchi problemi in tema di diritti della personalità*, in Riv. crit. dir. priv., 1983, 207 ss.; A. GAMBARO, *I diritti della personalità*, in Riv. dir. civ., 1984, 421 ss.; P. RESCIGNO, *voce Personalità (diritti della)*, in Enc. giur., Roma, 1991; V. ZENO-ZENCOVICH, *voce Personalità (diritti della)*, in Dig. disc. priv., Sez. civ., Torino, 1996; Id., *I diritti della personalità*, in Diritto civile, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, Milano, 2009; G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in Trattato di diritto civile, diretto da R. SACCO, Torino, 2006. Nella letteratura straniera, si veda, in generale, R. SAVATIER, *Le métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Troisième série, Approfondissement d'un droit revouvé*, Parigi, 1959, 5 ss.; P. TERCIER, *Der Entwicklungsstand des Persönlichkeitsschutzes in Kontinentaleuropa*, in Aa.Vv., Das Persönlichkeitsrecht im Spannungsfeld zwischen Informationsauftrag und Menschenwürde: Vortragsveranstaltung, München, 1989, 71 ss.; K. PEIFER, *Individualität im Zivilrecht: Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblcher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen*, Tubinga, 2001; N. WITZLEB, *Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien*, Tubinga, 2002. Per importanti spunti comparatistici Stig Strömholm, *Right of Pri-*

Tanto imporrebbe che ogni sua limitazione non possa spingersi sino ad intaccare il contenuto essenziale dello stesso diritto.

D'altro canto, giova osservare che «*la qualificazione adottata non deve condurre ad un appiattimento del diritto alla protezione dei dati personali sugli altri, più tradizionali, diritti della personalità ed impedire di cogliere i tratti peculiari della relativa disciplina*»¹⁴. Esempio di tale ricostruzione è il Regolamento UE 679/2016 (cd GDPR) che, ad es., all'art. 89¹⁵ legittima il trattamento dei dati personali per

vacy and Rights of the Personality: A Comparative Survey, Stoccolma, 1967, in particolare 25 ss.

14 V. M. DONOFRIO, *La protezione dei diritti nell'era digitale: tratti essenziali e capisaldi normativi*, in *al-talex.com*.

Ed ancora sulla natura dei diritti R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*; G. ZAGRELBESKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, 283 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2004, 246 ss.; M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006).

È in questa dimensione che nessun principio ha la capacità di limitarne nessun altro. Solo qui, perciò, può parlarsi di «assolutezza» dei principi fondamentali, e in una accezione semantica definita: sul piano normativo i valori non esprimono di per sé ragioni capaci di relativizzazione reciproca (R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 119 ss.). È proprio questa caratteristica della comunicazione tra i principi fondamentali a fare del c.d. bilanciamento la tecnica della soluzione dei conflitti che insorgono nella prassi (R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 133). Infatti, è unicamente il problema concreto della vita, per le caratteristiche peculiari con cui «interroga» il diritto, ciò che rende possibile bilanciare i principi; «soppesarli» rispetto alle esigenze del caso concreto. Con altre parole: la ponderazione in cui il bilanciamento consiste è giuridicamente pensabile soltanto nel riferimento al caso concreto; la eventuale prevalenza di un valore fondamentale su un altro valore fondamentale è comprensibile non come questione di assolutezza bensì come posteriori del singolo giudizio di bilanciamento; è un fatto occasionale, dipendente dalle circostanze del caso concreto (R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 106 ss.). Dunque, se il principio del pluralismo democratico include, normalizzandola, la possibilità del conflitto tra i valori ultimi (tra i principi fondamentali) senza precludere a priori alcuna ipotesi risolutiva, allora fa anche in modo che ciascun diritto possa essere occasionalmente recessivo rispetto ad ogni altro interesse costituzionalmente rilevante – anche quando quest'ultimo non sia incorporato nella forma di una libertà individuale o di un diritto soggettivo.

15 La norma così dispone: il trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici è soggetto a garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, in conformità del presente regolamento. Tali garanzie assicurano che siano state predisposte misure tecniche e organizzative, in particolare al fine di garantire il rispetto del principio della minimizzazione dei dati. Tali misure possono includere la pseudonimizzazione, purché le finalità in questione possano essere conseguite in tal modo. Qualora possano essere conseguite attraverso il trattamento ulteriore che non consenta o non consenta più di identificare l'interessato, tali finalità devono essere conseguite in tal modo.

Se i dati personali sono trattati a fini di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, il diritto dell'Unione o degli Stati membri può prevedere deroghe ai diritti di cui agli articoli 15, 16, 18 e 21, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 1 del presente articolo, nella misura in cui tali diritti rischiano di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità specifiche e tali deroghe sono necessarie al conseguimento di dette finalità.

Se i dati personali sono trattati per finalità di archiviazione nel pubblico interesse, il diritto dell'Unione o degli Stati membri può prevedere deroghe ai diritti di cui agli articoli 15, 16, 18,

scopi di ricerca scientifica, storica o per l'analisi statistica, considerando tali finalità di pubblico interesse. Il rispetto del diritto alla protezione dei dati personali viene considerato quale preconditione per l'esercizio di altri diritti civili, politici e sociali, essendo questo un diritto fondamentale, di natura costituzionale, posto a garanzia della dignità della persona.

Da tanto discende il superamento di una prospettiva puramente individualistica e l'adozione di un sistema di meccanismi di controllo e di rimedi basato sull'interazione tra privato e pubblico¹⁶. Ed infatti, il complesso apparato di rimedi di natura civilistica, amministrativa e penale non tutela soltanto i diritti dei singoli interessati, ma garantisce altresì l'interesse dei consociati e dell'ordinamento alla legittimità, liceità e correttezza dei trattamenti di dati personali effettuati¹⁷: sono all'uopo previsti il controllo sul trattamento dei dati personali svolto dal soggetto interessato ed i poteri di vigilanza e protezione del trattamento di dati sensibili – o a rischio specifico – attribuiti al Garante per la protezione dei dati personali.

La tutela riconosciuta a tali dati è dunque dinamica, atta a seguire i dati nella loro circolazione. Ecco perché il diritto alla tutela dei *personal data* deve delinearli, non come ostacolo al soddisfacimento di interessi altrui altrettanto meritevoli di tutela, quanto piuttosto come esigenza di trasparenza e di protezione della persona in un complesso sistema di interessi contrapposti.

19, 20 e 21, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 1 del presente articolo, nella misura in cui tali diritti rischiano di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità specifiche e tali deroghe sono necessarie al conseguimento di dette finalità. Qualora il trattamento di cui ai paragrafi 2 e 3 funga allo stesso tempo a un altro scopo, le deroghe si applicano solo al trattamento per le finalità di cui ai medesimi paragrafi.

16 Ibidem.

17 Sul significato e sulla funzione del riferimento alla correttezza v. F. D. BUSNELLI, Spunti per un inquadramento sistematico, in C. M. BIANCA, F. D. BUSNELLI, A. BELLELLI, F. P. LUISO, E. NAVARRETTA, S. PATTI, P. M. VECCHI (a cura di), *Tutela della privacy*, Padova, Cedam, 1999, 228. L'autore osserva che «con la direttiva sul trattamento dei dati personali la correttezza spinge verso la responsabilità, ma il moto di base di questo indirizzo è lo stesso: il recupero di regole elastiche come quella della correttezza per far fronte agli odierni problemi di tutela dei soggetti deboli». Sia consentito di rinviare anche al mio contributo, Spunti di riflessione su taluni «diritti dell'interessato», in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e Mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*.

4. La libertà di manifestazione del pensiero sui social network

La possibilità di navigare in internet consente di accedere ad un numero potenzialmente infinito di informazioni e di esprimere idee ed opinioni rivolgendosi ad una platea indefinita di destinatari. Il diritto di manifestare il proprio pensiero risulta, tuttavia, accresciuto e compresso ad un tempo: invero, la libertà di espressione trova un limite, nel continente europeo, nell'esigenza di protezione della collettività. Ne deriva che un'idea non potrà trovare diffusione se nociva per la collettività o lesiva della sicurezza e l'ordine pubblico.

Diversamente sarebbe ove vigesse il principio d'oltreoceano del *free market place of ideas*, secondo il quale le idee sono soggette ad una selezione naturale nella quale sono destinate ad emergere solo le idee migliori.

Nel nostro ordinamento, per espressa previsione costituzionale (art. 21 Cost), la libertà di espressione del pensiero trova un limite nel rispetto del buon costume ed è passibile di ulteriori limitazioni ove bilanciata con altri diritti e libertà costituzionalmente tutelati.

Stante l'indefinito numero di utenti raggiungibili mediante le piattaforme online, occorre chiedersi se sia conforme al dettato costituzionale esigere il preventivo controllo della veridicità del pensiero che si intende manifestare e diffondere in Rete: occorre, cioè, stabilire se la veridicità del pensiero sia preminente rispetto alla libertà di manifestarlo.

La Costituzione e, in senso lato, le norme che disciplinano la libertà di espressione non menzionano un diritto a ricevere un'informazione corretta e/o veritiera: oggetto di tutela è il pensiero in sé, dunque anche il fatto oggettivamente errato, qualora ritenuto vero da chi ne afferma l'esistenza. D'altro canto, vengono in rilievo tutte quelle situazioni giuridiche idonee ad imprimere un limite al contenuto del pensiero liberamente espresso, ossia i diritti della perso-

nalità¹⁸ e i diritti di natura pubblicistica volti, cioè, alla tutela di interessi collettivi costituzionalmente rilevanti¹⁹.

Se giustificato è il bilanciamento tra valori parimenti tutelati, una aprioristica censura finirebbe per svuotare di contenuto lo stesso art. 21 Cost., ponendo un limite implicito sulla scorta della sola veridicità o meno del pensiero espresso. Non meritevole di pregio si presenta tale considerazione, atteso che non sono sempre noti i criteri per stabilire se l'informazione diffusa sia vera o falsa.

5. Il complesso sistema di accountability online

La libertà di esprimere idee, opinioni, dati e contenuti di qualsivoglia genere sulle piattaforme online, pone il problema dell'individuazione del soggetto responsabile del controllo di tali informazioni.

Controverso è stabilire se il controllo sulla diffusione di contenuti online spetti ad un ente pubblico – Stato – ovvero ad un privato – *provider*.

Tale obbligo di vigilanza potrebbe assumere due forme, potendo configurarsi alla stregua di controllo preventivo – da esercitare *ex ante* – ossia impedendo l'upload dei contenuti illeciti da parte dell'utente; ovvero come controllo successivo, che consiste nella rimozione, su richiesta dell'utente, di una notizia già caricata in Rete.

Sul tema, il Tribunale di Milano con sentenza del 2010 si era espresso a favore del controllo preventivo condannando i manager di *Google* per il reato di trattamento illecito di dati, ex art. 167 D.Lgs. 196/2003 (c.d. codice della *privacy*) sulla scorta della considerazione secondo la quale *Google* avrebbe dovuto rendere edotti gli utenti circa gli «*obblighi agli stessi imposti dalla legge, del necessario rispetto degli stessi, dei rischi che si corrono non ottemperandoli*»; *obbligo derivante, secondo il Tribunale, dall'art. 13 del D.Lgs. 196/2003 oltre che dal "buon senso"*»²⁰. I giudici

18 Tra essi il diritto all'onore, alla reputazione, alla dignità sociale. Si pensi alle fattispecie del codice penale che puniscono la diffamazione, l'ingiuria.

19 Quali, ad esempio, l'amministrazione della giustizia e la sicurezza dello Stato.

20 "Google Vivi Down", Tribunale di Milano, 12 aprile 2010, n. 1972: il processo scaturisce dalla pubblicazione di un filmato sull'*host* Google Video, che ritrae un ragazzo disabile umiliato

avevano ritenuto, dunque, che sussistesse un necessario controllo preventivo in capo ai gestori della piattaforma. La pronuncia venne impugnata in Appello e successivamente in Cassazione. Confermando la decisione dei giudici di seconde cure, la Suprema Corte aveva accertato l'assenza di una posizione di garanzia in capo ai provider, poiché nessuna disposizione «*prevede che vi sia in capo al provider, sia esso anche un hosting provider, un obbligo generale di sorveglianza dei dati immessi da terzi sul sito da lui gestito*»; *parimenti, nessuna norma incriminatrice punisce un ipotetico obbligo dei provider di ricordare agli utenti di rispettare la legge*».

Tale principio affonda le sue radici nella normativa sul commercio elettronico di cui al d.lgs. 70/2003, frutto della direttiva europea 2000/31/CE: l'art. 17 del decreto citato esclude per il *provider* un generale dovere di sorveglianza sui contenuti degli *uploader*; ed ancora, l'art. 16 sancisce l'irresponsabilità del provider per le condotte illecite tenute dagli utenti, qualora non ne fosse a conoscenza e se, una volta avvisato dall'autorità, abbia provveduto alla rimozione dei contenuti stessi²¹.

Tali premesse conducono ad affermare che la responsabilità del *provider* presuppone che costui abbia un atteggiamento “attivo” nella gestione dei contenuti, consistente nella loro manipolazione: egli, cioè, sarà responsabile nelle ipotesi nelle quali abbia creato il contenuto, lo abbia indirizzato verso una pla-

da alcuni compagni all'interno di un edificio scolastico; nella ripresa si sentono anche frasi ingiuriose nei confronti dell'associazione Vivi Down. Per ciò che qui interessa, tre manager di Google venivano originariamente imputati per non aver impedito il delitto di diffamazione nei confronti del minore e dell'associazione (artt. 40 cpv. e 595 c.p.) e per aver trattato illecitamente dati personali attinenti alla salute del ragazzo ripreso (art. 167 D.Lgs. 196/2003, c.d. codice della privacy).

Nel giudizio di primo grado, il Tribunale di Milano assolveva gli imputati dal delitto di diffamazione, escludendo che vi fosse in capo all'*host provider* un obbligo di impedire reati commessi dagli utenti; tale esclusione era motivata sia da ragioni giuridiche (la direttiva sul commercio elettronico, attuata nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 70/2003, esclude un obbligo di vigilanza sul contenuto dei materiali diffusi dagli utenti), sia da considerazioni di tipo fattuale (l'impossibilità in concreto di filtrare ex ante i contenuti degli *uploader*). Il Giudice ambrosiano riteneva, invece, integrato il delitto di illecito trattamento di dati personali: Google avrebbe dovuto avvisare gli *uploader* degli “obblighi agli stessi imposti dalla legge, del necessario rispetto degli stessi, dei rischi che si corrono non ottemperandoli”; obbligo derivante, secondo il Tribunale, dall'art. 13 del D.Lgs. 196/2003 oltre che dal “buon senso”.

21 Per un'approfondita analisi della sentenza della corte di cassazione si rinvia a la sentenza della Cassazione sul caso Google, in dirittopenalecontemporaneo.it

tea selezionata di destinatari ovvero lo abbia modificato. Occorre considerare, peraltro, che ostano al riconoscimento di un controllo preventivo tanto l'assetto costituzionale del nostro ordinamento – che esclude forme preventive di censura – tanto la disciplina europea orientata verso un generale esonero di responsabilità per gli operatori della Rete²².

Esclusa la via del controllo preventivo, la giurisprudenza ha accolto l'opzione del controllo postumo, affidando ai gestori delle piattaforme *web* il potere/dovere, sollecitato dall'interessato, di rimuovere i contenuti illeciti.

In questo senso si è espressa la Corte di giustizia che, nella sentenza *Google Spain*, ha onerato il gestore del motore di ricerca del compito di stabilire, caso per caso, se l'informazione possa restare online o debba essere rimossa. I giudici muovono dall'assunto secondo il quale i gestori delle piattaforme sono configurabili alla stregua di titolari del trattamento dei dati personali e come tali responsabili di tale trattamento. Solo ove costoro rimangano inerti, l'interessato potrà esercitare il suo diritto dinanzi alla pubblica autorità, chiamata a decidere se quella specifica notizia costituisca legittimo esercizio della libertà di espressione o, al contrario, sia mezzo di offesa. Ne discende un *iter* di rimedi ben definito: l'interessato rivolge la propria richiesta dapprima al *provider* e, solo a fronte di diniego o inadempienza di quest'ultimo, potrà adire l'autorità di protezione dei dati.

Ebbene, ritenuta preferibile la strada del controllo successivo, occorre chiarire in quali casi la titolarità del trattamento, e la conseguente responsabilità, sia ascrivibile al gestore del sito.

Nel recente caso *Fanpage*, la Corte di giustizia ha riconosciuto una contitolarità tra l'amministratore della *fanpage* e *Facebook*, ossia tra utente e *social network*: osservano i giudici come non sia revocabile in dubbio che la società americana *Facebook* e la sua succursale europea *Facebook Ireland*, avente sede in Ger-

22 L. CALIFANO, *La libertà di manifestazione del pensiero ... in rete; nuove frontiere di esercizio di un diritto antico. Fake news, hate speech e profili di responsabilità dei social network*, in *federalismi.it*, 17 novembre 2021.

mania, siano responsabili del trattamento dei dati personali degli utenti che utilizzando il social network, in quanto tenute al rispetto della Direttiva 95/46/CE. Tuttavia, non si tratta della responsabilità di un singolo, bensì di una forma di responsabilità solidale atteso che *«l'amministratore di una fanpage può chiedere di trattare dati che riguardano i destinatari degli annunci contenuti nella pagina impostando personalmente i parametri con cui regolare il proprio campo o settore di intervento»*²³.

Non può escludersi allora che attraverso l'elasticità dei concetti di "titolare" e di "trattamento", alla luce delle rafforzate garanzie del GDPR, le Autorità di controllo o i giudici possano giungere ad estendere il sistema di *accountability* dei *social network* non solo in relazione ai problemi connessi all'utilizzo delle piattaforme, ma anche rispetto al contenuto e alla portata delle comunicazioni rese dagli utenti a mezzo di quelle stesse piattaforme.

6. Conclusioni

Quotidianamente milioni di utenti diffondono in Rete flussi di dati in grado di rivelare una quantità indefinita di informazioni.

Non è assurdo ritenere che al *Big Brother* orwelliano, misterioso personaggio in grado di controllare la società mediante speciali teleschermi, si siano sostituiti gli algoritmi di internet, affamati captatori di informazioni, capaci di prevedere ed influenzare le scelte degli utenti. Se certamente non può immaginarsi – né è auspicabile – un arresto della rete deve, tuttavia, rilevarsi la necessità di un uso consapevole del *web*.

Se indubbio è che la piena integrazione nella rapidissima società moderna non possa prescindere da simili meccanismi di diffusione delle informazioni, è parimenti necessario che il progresso della realtà digitale sia accompagnato da una attenta e profonda tutela dei dati personali, realizzabile già solo attribuendo a ciascun utente un potere di controllo sulla diffusione dei propri dati.

23 Corte di Giustizia, Sez. Grande, sentenza 05/06/2018 n. C-210/16 in Altalex, 14 giugno 2018.

Il vantaggio, del resto, è *in re ipsa*: una posizione attiva dell'utente-consumatore non può che tradursi in un uso più consapevole dei motori di ricerca e maggiormente aperto all'accettazione della fruizione di dati sensibili utili ad indirizzare le risposte del mercato. È auspicabile, in tal senso, che la protezione della persona sia contemperata con l'indefettibile esigenza di far circolare i dati personali.

Non può negarsi, infatti, che la globalizzazione della società e del mercato, lungi dall'assecondare il *right to be alone*²⁴ di ciascun individuo, renda sempre più urgente la soddisfazione del bisogno di fruire liberamente delle informazioni altrui.

Tanto trova riscontro, non soltanto, nel principio secondo cui il diritto alla protezione dei dati personali debba essere «contemperato» alla luce «della sua funzione sociale»²⁵ con «altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità»; ma anche nell'idea che la tutela dell'identità personale o della riservatezza, potendo determinare il sacrificio di altri «diritti fondamentali» come «la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa»²⁶, non possa giustificare di per sé l'introduzione di limiti alla libera circolazione delle informazioni²⁷.

24 A Samuel Warren e Louis Brandeis si deve una delle prime definizioni di privacy come *right to be alone*, traduzione di diritto di essere lasciati «soli».

25 Sul tema, anche per la dettagliata ricostruzione della giurisprudenza europea e italiana in ordine ai limiti della protezione dei dati personali, v. A. RICCI, *Sulla «funzione sociale» del diritto alla protezione dei dati personali*, in Contr. Impr., 2017, 609.

26 Considerando n.4 regolamento ue

27 Tema, questo, indagato diffusamente nella letteratura civilistica. A tale riguardo, senza alcuna pretesa di completezza, ma anzi con la consapevolezza che una rassegna ordinata risulterebbe del tutto disagevole a fronte dei numerosi contributi offerti dalla dottrina, è opportuno il riferimento a E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in Riv. dir. civ., 2015, I, 878; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, Esi, 2015, 105; a F. DI CIOMMO, *Il diritto all'oblio nel Regolamento (UE) 2016/679*. Ovvero, di un «tratto di penna del legislatore» che non manda al macero alcunché, in Corr. giur., 2018, 16; e a D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in Riv. crit. dir. priv., 1998, 339.

ALICE DE NUCCIO

Contratada predoctoral FPI del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidad

alice.denuccio@usc.es

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y APOYO A LA NATALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

PUBLIC ADMINISTRATION AND BIRTHRATE SUPPORT IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM

SINTESI

El descenso de la tasa de fecundidad es un fenómeno mundial del que España representa uno de los ejemplos más dramáticos en términos numéricos, ya que su trayectoria descendente se sitúa por debajo de la media internacional. Este dato ha determinado la reacción pionera de las administraciones públicas españolas a través de políticas específicas de impulso demográfico.

Por lo tanto, en este trabajo, después de explicar brevemente las causas del descenso de la tasa de fecundidad en España, se identifican, clasifican y comentan las principales políticas adoptadas por las administraciones públicas estatales y autonómicas para apoyar la natalidad. En él, se formula, en resumen, un juicio sobre la lógica global que parece haber guiado las administraciones en la elaboración de las mismas.

ABSTRACT

The decline of the fertility rate is a global phenomenon and Spain represents one of the most dramatic examples. As a matter of fact, its curve slopes downward, falling below the international average. In response to this alarming trend Spanish public administrations have devised a set of pioneering policies to foster demographic growth.

The article, after briefly illustrating the causes of this phenomenon in Spain, will therefore identify, classify and comment on the main policies adopted by the central and regional government to bolster growth. In conclusion, drawing

on the material presented, it will provide an analysis on the rationale on which the administrations based their policies.

PAROLE CHIAVE: tasa de fecundidad – impulso demográfico – pronatalismo – desigualdades – administración pública – contratos públicos – derecho administrativo.

KEY-WORDS: fertility rate – demographic impulse – pronatalism – inequalities – public administration – public contracts – administrative law.

INDICE: 1. El descenso de la fecundidad en España: ¿un fenómeno fisiológico o patológico? – 2. Las políticas de apoyo a la natalidad. – 2.1. Medidas directamente pronatalistas. – 2.1.1. Ayudas económicas directas. – 2.1.2. Deducciones fiscales. – 2.2. Medidas indirectamente pronatalistas. – 2.3.1. Conciliación entre la vida laboral y familiar. – 2.3.1.1. Medidas sociales. – 2.3.1.2. El papel de la contratación pública. – 2.3.1.3. Medidas de fomento. – 2.3.2. Estabilidad laboral. – 2.3.3. Acceso a la vivienda. – 3. Reflexiones conclusivas.

1. El descenso de la fecundidad en España: ¿un fenómeno fisiológico o patológico?

El descenso de la fecundidad, es decir, la frecuencia de los nacimientos en relación con el número de mujeres en edad fértil¹, es un proceso global ligado a macro-mejoras sociales, si bien conseguidas por los Estados en momentos diferentes. La transición de un régimen demográfico de alta mortalidad a otro de baja mortalidad², la inserción de la mujer en el mercado laboral, el acceso a la contracepción moderna, una mayor inversión en los hijos³ o la expansión de la educación, son, todos ellos, factores positivos, ya que, a pesar de conducir a la menor tasa de fecundidad registrada a nivel mundial – de 5 hijos por mujer entre 1950 y 1955 a 2,5 hijos entre 2015 y 2020⁴ –, compensan la misma, es

1 Instituto Nacional de Estadística (INE), *Indicadores Demográficos Básicos*, Madrid, junio 2021, 1 ss., 8, consultable al enlace https://www.ine.es/metodologia/t20/metodologia_idb.pdf, consultado el 19 de mayo de 2022.

2 Piénsese que, como informan T. CASTRO-MARTÍN, T. MARTÍN-GARCÍA, J. CORDERO, M. SEIZ, C. SUERO, *Las causas de la muy baja fecundidad en la España actual*, en I. DUBERT, A. PÉREZ-CARAMÉS (coords.), *Invasión migratoria y envejecimiento demográfico. Dos mitos contemporáneos*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2021, 97 ss., 99, a principios del siglo XX las mujeres españolas tenían un promedio de 4,7 hijos, pero la mortalidad infantil era muy elevada: «*alrededor de un tercio de los menores fallecían antes de cumplir los 5 años de edad*», por lo que, aunque las mujeres tuvieran de media casi cinco hijos, solo la mitad sobrevivía hasta los 30 años».

3 Se trata, en particular, del aumento de la educación y de los niveles de consumo. R. PUYOL ANTOLÍN, *Nupcialidad, Fecundidad y Natalidad en España: balance actual y perspectivas*, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2003, 35 ss., afirma que «*para algunas familias el nivel de vida que aspiran para sus hijos y sus hijas les convierte en una carga juzgada excesiva. Y “para eso”, es decir para que no puedan cumplir sus expectativas (las del padre y de la madre), no los tienen*».

4 Naciones Unidas, *World Population Prospects, (2019 Revision)*, Nueva York, División de Población de Naciones Unidas, consultable al enlace <https://population.un.org/wpp/Download/Standard/Fertility/>, consultado el 19 de mayo de 2022.

decir, «un mismo volumen poblacional puede ser mantenido hoy con una tercera parte de los nacimientos de entonces»⁵.

La sociedad española es parte integrante de este proceso, si bien con algunas alteraciones coyunturales⁶. La trayectoria descendente de su fecundidad presenta una anomalía con respecto a la internacional, ya que, hoy, la tasa de fecundidad es igual a 1,23 hijos por mujer (entre las más bajas del mundo)⁷. Este hecho tiene una connotación patológica al corresponder a una brecha entre fecundidad deseada y fecundidad alcanzada, es decir, hombres y mujeres expresan el deseo de tener un número medio de dos hijos, pero no logran alcanzarlo⁸. Existe, en efecto, una serie de obstáculos que dificulta la realización de tal proyecto de familia⁹.

Se trata, en primer lugar, de la prolongada, si no permanente, inestabilidad laboral, por la que se retrasa la emancipación económica y residencial de los

2022.

5 J. PÉREZ DÍAZ, *Envejecimiento y crisis demográfica*, en I. DUBERT, A. PÉREZ-CARAMÉS (coords.), *Invasión migratoria y envejecimiento demográfico. Dos mitos contemporáneos*, cit., 75 ss., 93, evocativamente, afirma también que «un neonato español actual equivale en años de vida a tres de los que nacían al comenzar el siglo XX». Sobre el descenso de la fecundidad como fenómeno positivo, véase también J. J. TOHARIA, *¿España envejece, España se encoge?*, en *Escritura pública*, 2010, 58-59. El Autor, en particular, subraya que «una “sociedad envejecida” no es, en realidad sino una sociedad [...] que satisface lo que cabe suponer como una aspiración universal: tener una vida muy longeva».

6 Según los datos en T. CASTRO-MARTÍN, T. MARTÍN-GARCÍA, J. CORDERO, M. SEIZ, C. SUERO, *Las causas de la muy baja fecundidad en la España actual*, cit., 99-100, España formó parte del *baby boom* de los años sesenta, en coincidencia con el crecimiento económico posterior a la Segunda Guerra Mundial, y tuvo un moderado ascenso de la fecundidad al inicio del siglo XXI, debido a «la mejora de la situación económica y del empleo, así como la llegada de numerosos inmigrantes jóvenes, con una fecundidad algo más elevada y bastante más temprana que la de la población autóctona». Con la llegada de la crisis económica en 2008, el *trend* de la fecundidad volvió a descender hasta la actualidad.

7 T. CASTRO-MARTÍN, T. MARTÍN-GARCÍA, J. CORDERO, M. SEIZ, C. SUERO, *Las causas de la muy baja fecundidad en la España actual*, cit., 100. Los otros países con una fecundidad inferior a los 1,3 hijos por mujer, nivel conocido como “fecundidad más baja entre las bajas” (*lowest-low fertility*), pertenecen al sur y este de Europa (Italia, Grecia, Portugal, Malta, Chipre, Bosnia y Herzegovina, Ucrania, Moldavia) y a la Asia oriental (Corea del Sur, Taiwán, Singapur) (p. 103).

8 Véase T. CASTRO-MARTÍN, T. MARTÍN-GARCÍA, J. CORDERO, M. SEIZ, C. SUERO, *Las causas de la muy baja fecundidad en la España actual*, cit., 110 ss., L. MARTÍNEZ OTERO, *Propuesta de reforma para fomentar la natalidad, la conciliación y la familia en el IRPF*, en *Revista de Derecho UNED*, 2020, 335 ss., 337, y J. IGLESIAS DE USSEL, *El descenso de la natalidad en España*, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2019, 41 ss., 47-48. Este número casi coincide con la *tasa de reemplazo generacional*: E. ALAMINOS, M. AYUSO, *Políticas demográficas encaminadas al incremento de la natalidad: especial incidencia en el caso español*, en *Revista del Ministerio de empleo y seguridad social*, 2016, 99 ss., 99: «La tasa de reemplazo generacional, entendida como el nivel de fecundidad mínimo necesario para que una población (sin tener en cuenta las migraciones) se mantenga durante generaciones sin disminuir su tamaño, se suele fijar como media en 2,1 hijos por mujer».

9 T. CASTRO-MARTÍN, T. MARTÍN-GARCÍA, J. CORDERO, M. SEIZ, C. SUERO, *Las causas de la muy baja fecundidad en la España actual*, cit., 100-101.

jóvenes y, por supuesto, la fecundidad¹⁰. En segundo lugar, el cuidado de los hijos genera un conflicto entre la vida laboral y la vida familiar¹¹. En tercer lugar, la inaccesibilidad de la vivienda, tanto en propiedad como en alquiler, que, a pesar de estar relacionada con la inestabilidad laboral y la consiguiente precariedad económica, merece una mención específica porque obstaculiza la disponibilidad de un soporte material esencial para la realización del proyecto de familia¹².

Todas estas situaciones afectan a mujeres y hombres, pero en los estudios sociológicos se destaca que las primeras se ven aún más perjudicadas por la maternidad: *«las mujeres con hijos tienen una mayor dificultad para encontrar y mantener empleo, están sobrerrepresentadas en los trabajos a tiempo parcial involuntarios y solicitan la práctica totalidad de las excedencias por cuidados de los hijos»*¹³. Las encuestas estadísticas lo confirman: en el análisis realizado por la Subdirección general de estadística y análisis sociolaboral del Ministerio de trabajo y economía social sobre la situación de las mujeres en el mercado de trabajo de 2021, se constata *«que la mujer de 25 a 54 años sin hijos presenta un mayor dinamismo dentro del mercado del trabajo frente a las mujeres con 3 o más hijos»*¹⁴. En efecto, recogiendo los últimos datos disponibles de la Encuesta sobre la Población Activa (EPA) en 2020, el mismo análisis afirma que *«la casi totalidad de los ocupados que trabajaron a tiempo parcial para disponer de más tiempo para cuidar a personas dependientes fueron mujeres»*, situación que se ha visto agravada posteriormente por la pandemia provocada por la Covid-19¹⁵. En otras palabras, las mujeres dedican más horas de trabajo no remunerado al cuidado de niños y tareas domésticas y, consecuentemente,

10 R. PUYOL ANTOLÍN, *Nupcialidad, Fecundidad y Natalidad en España: balance actual y perspectivas*, cit., 37.

11 R. PUYOL ANTOLÍN, *Nupcialidad, Fecundidad y Natalidad en España: balance actual y perspectivas*, cit., 37.

12 R. PUYOL ANTOLÍN, *Nupcialidad, Fecundidad y Natalidad en España: balance actual y perspectivas*, cit., 37.

13 T. CASTRO-MARTÍN, T. MARTÍN-GARCÍA, J. CORDERO, M. SEIZ, C. SUERO, *Las causas de la muy baja fecundidad en la España actual*, cit., 112.

14 Subdirección general de estadística y análisis sociolaboral del Ministerio de trabajo y economía social, *La situación de las mujeres en el mercado de trabajo 2021*, consultable al enlace:

https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/situacion-mujeres/Mujeres-y-Mercado-de-Trabajo-2021.pdf, consultado el 8 de junio de 2022.

15 Como atestigua el Consejo Económico y Social (CES), en el *Informe 01/2022, Mujeres, trabajos y cuidados: propuestas y perspectivas de futuro*, 2022, consultable al enlace:

<http://www.ces.es/documents/10180/5282746/Inf0122.pdf>, consultado el 8 de junio de 2022, *«En lo que concierne al trabajo no remunerado, incluyendo el cuidado y la atención a las personas, este parece haber aumentado para el conjunto de la población con responsabilidades de cuidado (formada en su mayoría por mujeres) entre el periodo inmediatamente anterior al confinamiento de marzo de 2020 y el periodo posterior (finales de 2020), como muestra la escasa evidencia empírica disponible»*.

tienen menos tiempo para desempeñar su jornada laboral pagada¹⁶. Evidentemente, «las empresas [...] rehúyen los costes y los inconvenientes derivados de la maternidad»¹⁷, exacerbando el conflicto entre la vida laboral y la vida familiar de las mujeres. Probablemente, los avances logrados en el ámbito laboral se desvitalizan por la perpetuación de un legado cultural que concibe a la mujer como la encargada principal de las obligaciones familiares¹⁸. Por lo tanto, existe una cuestión transversal a los obstáculos enumerados: la desigualdad de género en el reparto de la misma vida familiar, lo cuál afecta, a su vez, a las decisiones reproductivas¹⁹.

2. Las políticas de apoyo a la natalidad

Como estos factores requieren de por sí la intervención de la Administración Pública, independientemente de los efectos demográficos de los mismos²⁰, la literatura clasifica las políticas que inciden en la fecundidad en

16 Parlamento Europeo, *Comprender la brecha salarial de género: definición y causas*, 2020, consultable al enlace:

<https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200109STO69925/comprender-la-brecha-salarial-de-genero-definicion-y-causas>, consultado el 23 de mayo de 2022. De acuerdo con el Parlamento Europeo, este y otros factores (interrupciones de carrera por las responsabilidades familiares y menor acceso a puestos ejecutivos) determinan la brecha salarial de género. Según EUROSTAT, *Gender pay gap in unadjusted form*, SDG_05_020, 25 de febrero de 2022, consultable al enlace:

https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/sdg_05_20/default/table?lang=enm, consultado el 23 de mayo de 2022, la brecha salarial entre mujeres y hombres en España en el 2020 era del 9,4 por ciento.

17 R. PUYOL ANTOLÍN, *Nupcialidad, Fecundidad y Natalidad en España: balance actual y perspectivas*, cit., 39.

18 El Consejo Económico y Social (CES), en su *Informe 05/2016, La participación laboral de las mujeres en España*, 2016, consultable al enlace:

<http://www.ces.es/documents/10180/3557409/Inf0516.pdf>, consultado el 8 de junio de 2022, dice exactamente: «a pesar de los cambios sociales y culturales, la posición de las mujeres en el entorno familiar puede considerarse un factor explicativo de su situación en el mercado de trabajo, de la misma forma que su participación laboral condiciona también su trayectoria vital y familiar [...] su creciente participación en el mercado laboral no se ha traducido de manera significativa en una menor atribución de responsabilidades domésticas».

19 G. NEYER, T. LAPPEGÅRD, D. VIGNOLI, *Gender Equality and Fertility: Which Equality Matters?*, en *Eur J Population*, 2013, 245 ss. Véase también E. ALAMINOS, M. AYUSO, *Políticas demográficas encaminadas al incremento de la natalidad: especial incidencia en el caso español*, cit., 100.

20 El artículo 35.1 de la Constitución española declara el derecho al trabajo sin discriminación por razón de sexo: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo». El artículo 39.1 y 2 afirma el deber público de protección de la familia, en particular de los hijos y de las madres: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil». El artículo 40 afirma el

«directas» e «indirectas»²¹: las primeras incluyen medidas de carácter estrictamente económico para fomentar la natalidad (pagos en metálico, deducciones fiscales y subsidios) mientras que las segundas intentan contribuir a la creación de un medio de vida favorable para el crecimiento de los hijos²². También se habla de «políticas explícitamente pronatalistas», en el primer caso, y de «políticas sociales», en el segundo²³.

En este estudio las políticas de apoyo a la natalidad se analizarán del siguiente modo. En primer lugar, este trabajo se centrará en las “medidas directamente pronatalistas”, es decir, las actuaciones públicas que se centran en los nacimientos. En el marco de estas medidas encajan dos tipologías de ayudas de naturaleza económica: “ayudas económicas directas” y “deducciones fiscales” para los progenitores. En segundo lugar, se identificarán las “medidas indirectamente pronatalistas”, en las que pueden diferenciarse medidas para la “estabilidad laboral”, medidas destinadas a favorecer el “acceso a la vivienda”, por ser el lugar de realización de los proyectos familiares, y “medidas de conciliación”, es decir, aquellas que intentan facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, así como el logro del equilibrio de género en el cuidado de los hijos. No obstante, hay que señalar que entre las medidas de conciliación no se encuentran sólo “medidas de fomento”, sino también otros tipos de ayudas

deber de la Administración Pública de promover la igualdad en el trabajo, su estabilidad y flexibilidad: «Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados».

21 G. HUGO, *Declining fertility and policy intervention in Europe. Some lessons for Australia?*, en *Journal of Population Research*, 2000, 175-198.

22 En efecto, el artículo 45 de la Ley 5/2021, de 2 de febrero, de impulso demográfico de Galicia, establece que las administraciones públicas son titulares de una «responsabilidad» respecto al cuidado de los hijos. Específicamente, se declara: «las administraciones públicas de Galicia promoverán la conciliación de la vida familiar, laboral y personal, fundamentada en el principio de igualdad entre mujeres y hombres tanto en el ámbito doméstico como en el laboral y en la consideración de que el cuidado de las hijas e hijos y de las personas dependientes es tanto un derecho como una responsabilidad de los poderes públicos y de toda la sociedad».

23 Son las expresiones utilizadas por T. CASTRO-MARTÍN, T. MARTÍN-GARCÍA, J. CORDERO, M. SEIZ, C. SUERO, *Las causas de la muy baja fecundidad en la España actual*, cit., 114 ss.

que por, no tener contenido económico, se calificarán como “medidas sociales” y que se dirigen tanto a los trabajadores como a las empresas.

2.1. Medidas directamente pronatalistas

2.1.1. Ayudas económicas directas

La política pronatalista por excelencia es el «*cheque bebé*», una medida económica puesta en marcha en 2007 por la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, pero ya derogada en 2010 por Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por recortes presupuestarios. Consistía en una cantidad de 2.500 euros concedida universalmente en forma de deducción fiscal en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) o de una prestación no contributiva por nacimiento o adopción de hijo.

A pesar de los estudios económicos relativos a sus impactos positivos sobre la natalidad²⁴ y la participación laboral de las mujeres²⁵, esta medida ha sido criticada por parte de los sociólogos por ser «*demasiado coyuntural*»²⁶. Se ha dicho que las «*ayudas económicas directas pueden influir en el calendario de nacimientos, pero no han tenido un impacto visible en el número final de hijos*»²⁷, puesto que, en España, el coste mínimo de un niño en condiciones dignas está comprendido entre los 480 y los 590 euros al mes, siendo el salario medio de 1.400 euros mensuales²⁸.

24 L. GONZÁLEZ, *The Effect of a Universal Child Benefit on Conceptions, Abortions, and Early Maternal Labor Supply*, en *American Economic Journal: Economic Policy*, 2013, 160 ss., estimó un crecimiento en el número anual de nacimientos del 6 por ciento.

25 A. HERNÁNDEZ ALEMÁN, C. J. LEÓN, L. MÁRQUEZ-RAMOS, *The Effect of the Universal Child Care Cash Benefit on Female Labour Supply in Spain*, en *Estudios de Economía Aplicada*, 2017, 801 ss.

26 Á. ZÚÑIGA, *La natalidad entra en números rojos*, en *Escritura pública*, 2010, 56 ss., 57, citando las palabras de Rosa Gómez Redondo, profesora de Sociología de la Universidad Nacional a Distancia (UNED).

27 T. CASTRO-MARTÍN, T. MARTÍN-GARCÍA, J. CORDERO, M. SEIZ, C. SUERO, *Las causas de la muy baja fecundidad en la España actual*, cit., 115.

28 T. CASTRO-MARTÍN, T. MARTÍN-GARCÍA, J. CORDERO, M. SEIZ, C. SUERO, *Las causas de la muy baja fecundidad en la España actual*, cit., 115-116. Los datos son de Save the Children, *El coste de la crianza*, 2018, consultable al enlace <https://www.savethechildren.es/publicaciones/el-coste-de-la-crianza>, consultado el 4 de junio de 2022.

No obstante, recientemente, las administraciones públicas han vuelto a proponer varias medidas de la misma naturaleza a nivel autonómico y local.

Por ejemplo, la «Estrategia de Protección a la Maternidad y Paternidad y de Fomento de la Natalidad y la Conciliación 2022-2026» de la Comunidad Autónoma de Madrid (en adelante, EPMPFNCM) prevé una ayuda económica directa de 500 euros mensuales a mujeres embarazadas, concedida desde el quinto mes de gestación hasta el segundo año de vida del bebé, cuando se cumplan los siguientes requisitos: las solicitantes tienen que ser menores de treinta años, llevar más de diez años empadronadas en la Comunidad de Madrid en el momento de su embarazo y tener unos ingresos individuales que no superen los 30.000 euros anuales²⁹. El Principado de Asturias, por Resolución de 14 de marzo de 2022, de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, ha aprobado la convocatoria de ayudas por nacimiento o adopción, es decir una ayuda económica directa de 1.000 euros concedida a través de un procedimiento de concurrencia competitiva a las personas físicas que residan en el Principado de Asturias durante al menos un año con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud y que dispongan de unos ingresos anuales por unidad familiar inferiores a 45.000 euros. El Decreto 23/2015, de 23 de abril, por el que se establece y regula la concesión de subvenciones para el fomento de la natalidad mediante el apoyo a la maternidad por hijos nacidos o adoptados en Cantabria desde el 1 de enero de

29 La EPMPFNCM es un documento elaborado por la Comisión Interdepartamental de protección a la maternidad y de fomento de la natalidad y de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la Comunidad de Madrid. El grupo de trabajo, compuesto por el titular de la Viceconsejería de Presidencia (en calidad de Presidente), los Viceconsejeros de las distintas consejerías, el Secretario General Técnico de la Consejería competente en materia de Familia, Juventud y Política Social y el Director General que ostente las competencias de fomento de la natalidad, se creó con el Acuerdo de 7 de julio de 2021 para impulsar y coordinar los estudios y trabajos necesarios para el establecimiento de las medidas de la Estrategia, aprobada definitivamente por el Consejo del Gobierno el 26 de enero de 2022. La EPMPFNCM incluye 80 medidas para el perseguimiento de tres «*ejes u objetivos estratégicos*» – apoyo a la natalidad, protección a la maternidad y a la paternidad, conciliación de la vida laboral, familiar y personal – encajadas en seis «*líneas de actuación*»: ayudas directas y beneficios fiscales al nacimiento de hijos, medidas para proteger la maternidad y la paternidad, medidas para favorecer el acceso al mercado laboral de manera estable y facilitar la conciliación, medidas para facilitar el acceso a la vivienda, ayudas a las familias, medidas instrumentales.

2015, modificado por el Decreto 26/2016, de 5 de mayo, y por el Decreto 66/2020, de 1 de octubre, prevé una subvención modulada en función de la renta, hasta un máximo de 900 euros abonado en un pago único, a las madres que están empadronadas en Cantabria durante al menos los doce meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, por el nacimiento o adopción de su segundo hijo³⁰.

A nivel local, puede mencionarse el *«cheque bebé»* de Ciudad Real, ayuntamiento de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, que ofrece una cantidad de 600 euros, concedida en un único pago, a las madres o a los padres que hayan tenido o adoptado un hijo o hija (o a sus tutores en caso de fallecimiento de los progenitores), que estén empadronados en Ciudad Real al menos con una antigüedad de doce meses en el momento del nacimiento o al inicio de la convivencia en el caso de la adopción, y cuya renta no supere el 100% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), es decir 537,84 euros al mes³¹.

Todas estas medidas difieren del primer *«cheque bebé»* porque su concesión está sujeta al cumplimiento de un criterio de renta, aunque con umbrales diferentes. Sin embargo, salvo el caso de la contenida en la EPMPFNCM, su cantidad no es suficiente para cubrir los costes mínimos generados por cada niño, a los que se ha hecho referencia anteriormente. Así, estas medidas parecen tener una utilidad limitada en el incentivo de la natalidad. Por su parte, el cheque bebé madrileño tampoco contribuye a mejorar aquellos aspectos del

30 Véase los artículos 4, 7.1 y 10 del Decreto 23/2015 de la Comunidad Autónoma de Cantabria. En particular, en el caso de: a) renta situada entre los 30.001 euros y los 42.000 euros, se prevé una cantidad de 400 euros; b) renta situada entre los 18.001 euros y los 30.000 euros, se concede una subvención de 600 euros; c) renta situada por debajo de 18.001 euros, la ayuda alcanza los 900 euros. En el mismo decreto se destaca la inclusión de la perecuación territorial en las políticas demográficas: en el caso de madre empadronada o residente en un municipio de Cantabria igual o inferiores a tres mil habitantes, con un año mínimo de antelación respecto al nacimiento del menor causante de la subvención, para cualquiera de los tramos de renta citados, la subvención es de 1.000 euros.

31 Véase el enlace <https://www.ciudadreal.es/servicios-municipales/acci%b3n-social-y-cooperaci%b3n-internacional/programa-de-familia-y-convivencia/cheque-beb%a9.html>, consultado el 4 de junio de 2022.

problema que podrían paliarse a través de este tipo de medida, ya que los otros requisitos – edad inferior a los treinta años y empadronamiento en la Comunidad de Madrid hace al menos 10 años –, desvirtúan su eficacia. En efecto, una ayuda económica directa puede ser un remedio inmediato y provisional, en tanto que se elaboran políticas más estructurales para incrementar la tasa de fecundidad, es decir, las que apuntan a la mejora de la estabilidad laboral, la conciliación de la vida familiar y personal, la igualdad de género, etc. Por lo tanto, teniendo en cuenta que, hoy, muy pocos jóvenes alcanzan una estabilidad profesional y residencial antes de los treinta años, la medida corre el riesgo de ser inútil.

2.1.2. Deducciones fiscales

En el marco de las políticas de apoyo a la natalidad es habitual encontrar, también, deducciones fiscales.

Entre las novedades, se destaca la incluida en la citada EPMPFNCM, es decir, una ampliación de la deducción en el IRPF por nacimiento o adopción de hijos de 600 a 700 euros anuales aplicables en la Comunidad de Madrid, tanto en el año de nacimiento o adopción como en los siguientes. Sin embargo, desde hace tiempo, Castilla y León es una de las comunidades autónomas con el umbral más elevado de deducción: el Decreto Legislativo 1/2013, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos propios y cedidos, establece que los contribuyentes pueden deducirse por cada hijo nacido o adoptado, con carácter general: 1.010 euros si se trata del primer hijo; 1.475 euros si se trata del segundo hijo, 2.351 euros si se trata del tercer hijos o sucesivos³². Del mismo periodo es la Ley 8/2013, de 21 de noviembre, de medidas tributarias de Castilla-La Mancha, cuyo artículo 1 fija una deducción por naci-

32 Artículo 4.1.a). La letra c) establece un incremento del 35% para los contribuyentes residentes en municipios de menos de 5.000 habitantes.

miento o adopción de hijos en 100, 500 y 900 euros, en el caso de partos o adopciones de uno, dos y tres o más hijos, respectivamente.

Entre todas las medidas autonómicas a las que se ha hecho referencia, la de Castilla y León parece la más adecuada para la consecución de los objetivos señalados, ya que incrementa la cantidad de la deducción fiscal en correspondencia con nacimiento del segundo hijo. No obstante, a pesar de tener una dicción literal similar, la norma de Castilla La-Mancha no se debe interpretar del mismo modo, ya que como precisa la Agencia Tributaria: *«lo que genera el derecho a cada una de estas deducciones es el número de hijos en cada parto y no el número de nacimientos durante el ejercicio, de modo que, a título de ejemplo, si en el año se produce más de un parto corresponderá una deducción de 100 euros por cada uno si es de un solo hijo y si se produce un solo parto de dos hijos una deducción de 500 euros»*³³.

2.2. Medidas indirectamente pronatalistas

2.3.1. Conciliación entre la vida laboral y familiar

2.3.1.1. Medidas sociales

Entre las medidas sociales se destacan, por su utilidad en el logro del objetivo de la conciliación, la extensión de las plazas públicas para la educación temprana de los niños y la equiparación del permiso por nacimiento y cuidado.

La primera ha sido introducida recientemente por el *«Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia»* (PRTR, en adelante), que pretende, entre otro, *«abordar el reto demográfico con políticas que superen los roles de género y que fomenten la corresponsabilidad y la economía de los cuidados, inmigración legal, activación del empleo y emprendimiento, particularmente de las mujeres, en el medio rural»*. En este sentido, el PRTR se compromete a abordar *«aquella legislación que precarice de manera más acusada a jóvenes y a mujeres, retrasando su emancipación social y económica y lastrando la*

33 Véase el enlace <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/manuales-videos-folletos/manuales-practicos/irpf-2021/capitulo-17-deducciones-autonomicas-cuota/comunidad-autonoma-castilla-mancha/nacimiento-adopcion-hijos.html>, consultado el 9 de junio de 2022. Este punto, se podría generar una disparidad de tratamiento.

natalidad». Por eso, entre las medidas de apoyo a la natalidad, puede incluirse el «Programa de cooperación territorial de impulso de escolarización en el Primer Ciclo de Educación Infantil con nuevas plazas de titularidad pública, prioritariamente para niñas y niños de 1 y 2 años», desarrollado por el Ministerio de Educación y Formación Profesional (MEFP) en el marco de la Palanca VII, Componente 21, del PRTR: «Modernización y digitalización del sistema educativo, incluida la educación temprana de 0 a 3 años». Entre los objetivos del programa, se destaca la «extensión del derecho de los niños y niñas a disponer de una plaza accesible, asequible, inclusiva y de alta calidad en el primer ciclo de Educación Infantil con la creación de nuevas plazas del Primer Ciclo de Educación Infantil de titularidad pública (prioritariamente de 1 y 2 años)»³⁴. Asimismo, a nivel autonómico, la Ley 5/2021, de 2 de febrero, «de impulso demográfico de Galicia» (LIDG, en adelante), en su artículo 49, prevé la universalización y gratuidad de la educación infantil de 0 a 3 años. Esta intervención, operativa desde el curso 2022-2023, representa un paso más respecto a su versión previa: la gratuidad de la educación infantil a partir de segundos hijos y siguientes³⁵.

34 Artículo 3.1 de la Resolución de 23 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Educación, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Educación de 25 de noviembre de 2021, por el que se aprueba la propuesta de distribución territorial de los créditos destinados al Programa de impulso de escolarización en el primer ciclo de Educación Infantil, en el marco del componente 21 del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

35 La LIDG, de acuerdo con el artículo 11, número 2, fija, entre las políticas prioritarias para el impulso demográfico, «políticas de conciliación y corresponsabilidad que actúen como palanca de participación de las mujeres en el mercado laboral, favoreciendo el incremento de los índices de fecundidad y evitando desequilibrios en la composición de las cohortes de edades susceptibles de formar una familia». De hecho, hay un específico capítulo tercero de la Ley relativo a la conciliación de la vida familiar, laboral y personal. Asimismo, la EPMPFNCM incluye un específico eje estratégico sobre la conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Se propone lograr este objetivo a través de un conjunto de medidas que pueden clasificarse en dos tipologías: además de las medidas de contenido económico, hay un conjunto de acciones que pueden definirse “formativas”, pues encajables en las medidas sociales, que se dirigen, tanto a las empresas, con el objetivo de favorecer el conocimiento y la adopción por su parte de medidas y estrategias para el fomento de la conciliación y corresponsabilidad, como a los trabajadores, a fin de que adquieran las competencias y habilidades digitales para teletrabajar. No hay intervenciones específicas para las mujeres trabajadoras, excepto una medida peculiar dirigida a las investigadoras y a los profesores con hijos menores. Para las primeras se prevé la flexibilización de los tiempos de ejecución de los proyectos de investigación en caso de bajas por maternidad o reducciones de jornada por cuidados de menores de 12 años o niños con alta dependencia, mientras a los profesores universitarios se les da la posibilidad elegir el horario para impartir sus clases cuando estén disfrutando de una reducción de jornada por cuidado de menores. En primer lugar, no se entiende por qué la Administración Pública atribuye la categoría de los investigadores sólo al género femenino, mientras que se dirige también a los hombres cuando se trata de la

Según el Consejo Económico y Social (CES), el aumento de plazas de educación de 0 a 3 años, pese a que no sea un instrumento de conciliación en sí mismo, «*redundará en un aumento de tasa de actividad de las mujeres, así como un elemento básico o clave para mejorar la corresponsabilidad y conciliación personal, familiar y laboral de las personas ocupadas, y con ello facilitar una mayor promoción de las mujeres en sus carreras laborales y profesionales*»³⁶. Por otro lado, la conexión con el reto demográfico puede observarse específicamente en los criterios de distribución de los fondos para la escolarización gratuita, a ejecutarse y desarrollarse por las Comunidades Autónomas, en función de las competencias asumidas. En efecto, entre ellos, se incluye la «*dispersión de la población*»³⁷.

Es imprescindible también la referencia a otra medida de conciliación, ya que aborda conjuntamente la cuestión de la igualdad de género y de la compatibilidad de la vida familiar y laboral, es decir, la equiparación del permiso por nacimiento y cuidado, establecida por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación³⁸. En particular, se dispone la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, fijando la suspensión del contrato de trabajo de la madre biológica y del progenitor diferente de la madre biológica «durante 16 semanas, de las cuales

categoría superior de los profesores universitarios. Consecuentemente, se cree que, restringiendo la flexibilidad laboral a la categoría de las mujeres investigadoras, no se contribuye a favorecer la colaboración del hombre en el desarrollo de las tareas familiares, tanto si se trata del *partner* como si él mismo ejerce la profesión de investigador, ni siquiera se permite a las mujeres progresar en su carrera universitaria. Por lo contrario, se alimenta la indebida supremacía masculina en las posiciones profesionales más elevadas. Todo esto tiene repercusiones, por lo que se ha previamente expuesto, sobre la tasa de fecundidad. En general, la desigualdad de género parece intrínseca al lenguaje utilizado por la Administración Pública en los actos administrativos.

36 CES, Informe 01/2022, *Mujeres, trabajos y cuidados: propuestas y perspectivas de futuro*, cit.

37 Artículo 6 de la Resolución de 23 de diciembre de 2021, cit.

38 En las Exposición de motivos del mismo Real Decreto-ley se lee que, a través de la equiparación de los permisos para nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores, «*se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos*»

*serán obligatorias las seis semanas interrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa*³⁹. El permiso por nacimiento y cuidado está definido por el Real Decreto-ley 6/2019 como derecho individual de la persona trabajadora, el cuyo ejercicio no puede transferirse a otro progenitor, incluso durante las diez semanas que quedan⁴⁰.

Además, se reconoce el derecho de los trabajadores, con hijos hasta los doce años, a solicitar adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, que sean *«razonables y proporcionadas con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa», «para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral»*⁴¹. A esta medida pueden equipararse las adaptaciones y/o reducciones de la jornada laboral introducidas por el Plan Me Cuida a través del artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, para las personas trabajadoras por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado, *«cuando concurren circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19»*. Disposiciones similares están en la normativa autonómica, incluso en la mencionada LIDG que, en una sección dedicada a la conciliación en el empleo público, además de establecer la ampliación de la posibilidad de acogerse a la flexibilidad horaria en caso de tener hijos menores de edad⁴², prevé una bolsa de horas adicional para su cuidado, a negociar con la representación del personal⁴³.

39 Artículo 2.12 del Real Decreto-ley 6/2019.

40 Artículo 2.12 del Real Decreto-ley 6/2019. Por lo que respecta al periodo de permiso facultativo, *«la suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en periodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto»*.

41 Artículo 2.8 del Real Decreto-ley 6/2019.

42 Artículo 52 de la LIDG.

43 Artículo 53 de la LIDG.

Sin embargo, contrariamente a la equiparación del permiso por nacimiento o cuidado, las adaptaciones de la jornada laboral llevan el riesgo de dificultar la natalidad. De hecho, provocan una reducción de los ingresos familiares y acentúan la desigualdad entre mujeres y hombres, ya que, como muestran los datos, las primeras – y, entre ellas, las mejor posicionadas en el mercado de trabajo – solicitan más esta medida⁴⁴.

2.3.1.2. El papel de la contratación pública

A la luz de los datos mencionados en el apartado anterior, relativos al diferente grado de utilización, entre hombres y mujeres, de las medidas de conciliación entre la vida laboral y la vida familiar, la desigualdad de género en el cuidado de los hijos parece un fenómeno de carácter endémico que, para ser suprimido, requiere una injerencia pública no solo del lado del empleado sino también del lado de la empresa.

En este sentido, una herramienta puramente administrativa, capaz de incidir positivamente en la gestión de la vida laboral y familiar de hombres y mujeres, incluso en la desigual solicitud de las adaptaciones de la jornada laboral, es la contratación pública.

El artículo 145.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, atribuye al órgano de contratación la facultad de incluir, entre los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio de las ofertas, aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato. Entre los aspectos sociales, en particular, se destacan «*los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato, y en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar*».

44 CES, *Informe 01/2022, Mujeres, trabajos y cuidados: propuestas y perspectivas de futuro*, cit.

Como consecuencia, la normativa de algunas comunidades autónomas prevé la inclusión de aspectos sociales en la contratación pública, en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la eliminación de la brecha de género⁴⁵.

La LIDG es la más desarrollada en este sentido. En particular, su artículo 57, titulado *«promoción de la conciliación en la contratación del sector público autonómico»*, establece la obligación, para las administraciones públicas gallegas, de incluir, entre los criterios para la adjudicación del contrato, *«siempre que esté vinculado al objeto del contrato [...] uno referido a las políticas empresariales en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y corresponsabilidad que se apliquen en la ejecución del contrato, entendiendo por tales, entre otras, las que incorporen medidas de flexibilidad espacial, tales como el teletrabajo, o de flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, mejoras de los permisos legalmente establecidos o beneficios sociales para la atención de las responsabilidades familiares»*⁴⁶. Para valorar este criterio, al que se le atribuye como mínimo el 10 por ciento de la puntuación máxima de la oferta⁴⁷, las administraciones deben tener en cuenta la *«existencia en la empresa de un plan de igualdad, o de conciliación»*⁴⁸, que contenga las medidas mencionadas, acreditadas, entre otros, a través de certificados, como la *«Marca Gallega de Excelencia en la Igualdad»* y el *«Certificado de Empresa Familiarmente Responsable»*. Además de los planes de igualdad o de conciliación, se consideran *«los acuerdos o pactos con los trabajadores y trabajadoras a este respecto o la inclusión en la oferta de medidas de conciliación que se aplicarán en la ejecución del contrato»*⁴⁹.

En este sentido, el Decreto Legislativo 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad

45 Véase, por ejemplo, el artículo 8 de la Ley 10/2019, de 3 de abril, por la que se promueve la adopción en el ámbito público y privado de medidas dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y a la eliminación de la brecha salarial de género en Castilla y León, y los artículos 17 y 57 de la LIDG.

46 Artículo 57.1 de la LIDG.

47 De acuerdo con el artículo 57.2, la atribución de un porcentaje menor, que, en todo caso, no puede ser inferior al 5 por ciento de la puntuación máxima, debe motivarse en el expediente.

48 Artículo 57.3.

49 Artículo 57.3.

Autónoma de Galicia en materia de igualdad ha consagrado el principio de transversalidad en la igualdad entre hombres y mujeres, es decir la *«integración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y de todas las acciones de su competencia»*⁵⁰. Entre los criterios generales de aplicación de ese principio, se encuentra *«la conciliación del empleo y de la vida familiar de las mujeres y hombres y el fomento de la individualización de los derechos tendentes a esa conciliación»*⁵¹. Esto significa que, en la legislación gallega, la igualdad de género incluye la conciliación entre la vida laboral y la vida familiar de manera que la primera debe proyectarse en la segunda.

El régimen de la contratación pública confirma este enfoque en la medida de que los certificados para la valoración del criterio de la conciliación, como la Marca Gallega de Excelencia en la Igualdad, contemplan, entre los parámetros para su obtención, *«las garantías y las mejoras de los derechos de conciliación de trabajadores y trabajadoras, incluyendo, en su caso, habilitar lugares adecuados de reposo para las trabajadoras embarazadas, salas de lactancia y guarderías en la empresa, o apoyos económicos para el uso de guarderías»*⁵².

2.3.1.3. Medidas de fomento

Las medidas económicas de conciliación establecidas en el ordenamiento español tienen naturaleza de deducción fiscal o de subvención.

Del primer tipo se destaca el artículo 81.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, en el que se establece: *«las mujeres con hijos menores de tres años con derecho a la aplicación del mínimo por descendientes previsto en el artículo 58 de esta Ley, que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la cual estén dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o mutualidad, podrán minorar la cuota diferencial de este Impuesto hasta en 1.200*

50 Artículo 5.1 del Decreto Legislativo 5/2021 de la Comunidad Autónoma de Galicia.

51 Artículo 5.1.c).

52 Artículo 74.1.c) del Decreto Legislativo 5/2021 de la Comunidad Autónoma de Galicia.

euros anuales por cada hijo menor de tres años». Una deducción de la misma naturaleza introducida a nivel autonómico es la establecida por el artículo 11 *bis* del Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado, introducido por la Ley 6/2018, de 19 de diciembre, de Medidas Fiscales de la Comunidad de Madrid. En particular, se fija una deducción fiscal de 400 euros para los padres de hijos menores de 3 años que tengan contratada a una persona empleada de hogar para su cuidado⁵³.

Según un estudio económico de 2010, la medida estatal produjo un incremento de la tasa de fecundidad de casi el 5 por ciento, pero no por afectar las decisiones reproductivas de las mujeres con hijos, sino las de las madres primerizas⁵⁴. Por esta razón podría afirmarse que la deducción por maternidad de las mujeres trabajadoras no concurre a solucionar el problema en España, es decir como brecha entre fecundidad deseada (dos hijos) y fecundidad alcanzada (un hijo). El mismo razonamiento podría extenderse a la deducción fiscal madrileña.

Entre las subvenciones, un primero grupo de ellas está dirigido a los trabajadores.

En este sentido, cabe mencionar el «*Bono Concilia*» contenido en el «*Plan Familias*» de la Comunidad Autónoma de Castilla y León⁵⁵. Se trata de una cuantía de 750 euros por hijo nacido entre el 1 de enero de 2019 y el 31 de diciembre de 2021 en las familias en las que ambos progenitores, personas tutoras o acogedoras o el único responsable familiar, en caso de familias monoparentales, trabajen, siempre que residan en un municipio de Castilla y

53 La EPMPFNCM ha propuesto la ampliación de la deducción de 400 a 450 euros anuales y, además, un nuevo régimen de ayudas hasta 2.000 euros por la contratación de personas empleadas de hogar para el cuidado de hijos.

54 G. AZMAT, L. GONZÁLEZ, *Targeting fertility and female participation through the income tax*, en *Labour Economics*, 2010, 487 ss.

55 El «*Plan Familias*» recoge todas las ayudas, programas y medidas impulsadas por la Junta de Castilla y León destinadas a fortalecer la familia en todas sus formas.

León, sin umbrales mínimos de tiempo, y cuya renta no supere los 50.000 euros en 2021, un límite que se rebaja a 25.000 euros en el caso de las familias monoparentales⁵⁶.

Esta medida se diferencia de las ayudas económicas directas únicamente en que su concesión no está subordinada a un criterio de renta sino a la condición de trabajador de ambos padres o de uno de ellos si la familia es monoparental.

Un segundo grupo de subvenciones está dirigido a las empresas.

Por ejemplo, la EPMPFNCM recoge las ayudas para el fomento del teletrabajo y la flexibilización de la jornada laboral. Se trata de una medida ya existente: sus bases reguladoras y el procedimiento de concesión directa de la ayuda se establecen en el Acuerdo de 9 de octubre de 2018, del Consejo de Gobierno, modificado por el Acuerdo de 9 de julio de 2019 y del Acuerdo de 11 de noviembre de 2020. En particular, según el artículo 3.1, los trabajadores autónomos o por cuenta propia y las pequeñas o medianas empresas pueden ser beneficiarias de las subvenciones destinadas a incentivar, según el artículo 4.b), *«la formalización de acuerdos de teletrabajo»*, que *«podrán formalizarse con trabajadores vinculados a la empresa o con contrataciones nuevas en esta modalidad»* y *«acuerdos de flexibilidad horaria»*, en los que *«se incluirán las medidas adoptadas, como sistemas de compensación de días y horas, jornada laboral continua o semana laboral comprimida y permisos especiales en el caso de emergencias familiares, entre otros»*, así como el coste del equipamiento electrónico que se necesita para el teletrabajo.

2.3.2. Estabilidad laboral

Hay casos en los que las normativas autonómicas abordan el problema de la inestabilidad laboral desde la perspectiva de la natalidad, es decir, planificando acciones en el contexto del mercado laboral que sean instrumentales al incremento de la tasa de fecundidad. A pesar de la magnitud del problema, la

⁵⁶ Las bases reguladoras para la conciliación del *«Bono Familia»* de la Comunidad Autónoma de Castilla y León se establecen en Orden FAM/882/2021, de 12 de julio.

cantidad de las medidas previstas en este supuesto es exigua. Sin embargo, este hecho podría justificarse justo por su dimensión, ya que las administraciones son incapaces de recoger su solución en un conjunto de intervenciones establecidas en una única norma o estrategia.

La LIDG, en su artículo 28, establece que *«la Administración autonómica, dentro de sus políticas activas de empleo y respetando la normativa estatal de aplicación, pondrá en marcha programas específicos orientados a la incorporación al mercado laboral gallego de la juventud, las familias con hijas e hijos en situación de desempleo o con baja intensidad de empleo, la población retornada y la que se asiente por primera vez en Galicia»*. En particular, encarga la Administración Pública de preparar un plan específico en el marco de las políticas de fomento empresarial, fruto de la colaboración con el *«tejido asociativo»* y los *«agentes sociales»*, en el que se preverán incentivos y ayudas a la juventud para la creación de empresas o el autoempleo⁵⁷.

En la EPMPFNCM hay una específica línea de actuación en este ámbito, denominada *«medidas para favorecer el acceso al mercado laboral de manera estable y para facilitar la conciliación»*. Sin embargo, ésta se apoya casi totalmente en la *«Estrategia Madrid por el Empleo 2021-2023»*. Por un lado, han de destacarse las medidas para favorecer el acceso al empleo de los jóvenes, como los incentivos a la contratación indefinida como estímulo a la contratación estable y las actuaciones para impulsar los contratos formativos. Por otro, hay medidas para la reincorporación de los trabajadores tras la maternidad y la paternidad, como la mejora de la Tarifa Plana de 50 euros en la cotización a la Seguridad Social para las mujeres autónomas que vuelven a realizar su actividad tras la maternidad. Además, la Comunidad de Madrid se compromete a instar al Gobierno de España a que reduzca la cuota empresarial de la Seguridad Social de hombres y mujeres después del permiso por nacimiento de los hijos.

57 Artículo 64 de la LIDG.

Asimismo, el Decreto 76/2017, de 13 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Cantabria⁵⁸, por el que se regula el procedimiento de concesión directa de subvenciones destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, incluye un programa para la reincorporación de mujeres como trabajadoras por cuenta propia o autónomas tras el parto, la adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela. En él se establece la concesión de subvenciones *«en el 100 % de la cuota de contingencias comunes resultante de aplicar el tipo de cotización a la base mínima vigente en el régimen o mutualidad que corresponda, independientemente de la base por la que coticen, y durante un periodo de doce meses»*, siempre que no existan medidas de fomento del empleo en ámbito estatal en forma de bonificaciones de la cuota a la Seguridad Social⁵⁹.

2.3.3. Acceso a la vivienda

Como se ha precisado en el párrafo introductorio, la dificultad de acceso a la vivienda es la dimensión de la inestabilidad laboral y de la precariedad económica que más impacto tiene sobre la realización de los proyectos familiares. Se retrasa la fecha de emancipación de los jóvenes, lo cual retrasa el nacimiento del primer hijo y, consecuentemente, disminuye la probabilidad de ampliación de la familia hasta el nivel de fecundidad deseada.

Por esta razón, las políticas de impulso demográfico se orientan a facilitar el acceso a la vivienda por los jóvenes.

El *«Plan estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025»*, regulado por el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, contiene un específico *«Programa de ayuda a las personas jóvenes y para contribuir al reto demográfico»*⁶⁰. Las ayudas pueden tener por objeto una subvención *«por el pago de la renta del alquiler o precio de cesión en uso de la vivienda o habitación habitual y permanente»*⁶¹ o una subvención para la

58 Véase el enlace <https://natalidad.cantabria.es/otrasayudas1>, consultado el 20 de junio de 2022.

59 Artículo 28 del Decreto 76/2017 de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

60 Artículo 18 del Real Decreto 42/2022.

61 Artículo 52, número 1, del Real Decreto 42/2022.

adquisición de la misma cuando está localizada en un municipio o núcleo de población de pequeño tamaño⁶². En el primer caso, los sujetos destinatarios de las ayudas son los jóvenes hasta los treinta y cinco años con unas rentas anuales iguales o inferiores al umbral establecido por el mismo Decreto, cuya vivienda en arrendamiento o cesión tenga precio igual o inferior a 600 euros mensuales⁶³. En el segundo caso, los adquirientes no pueden tener una edad superior a los treinta y cinco años, una renta por encima del umbral fijado por el Decreto y comprar en propiedad una vivienda con un precio superior a 120.000 euros⁶⁴. En ambos los supuestos, la vivienda arrendada, cedida o adquirida tiene que constituir la residencia habitual o permanente del arrendatario, cesionario o adquiriente⁶⁵. La cuantía de la ayuda al alquiler o cesión de uso es hasta el 60 por ciento de su precio mensual, mientras la abonada para la adquisición no puede superar el 20 por ciento de su coste⁶⁶.

Incluso la LIDG compromete la Administración autonómica, en el marco de sus competencias en materia de vivienda, a establecer programas específicos para facilitar el acceso a la vivienda de la juventud gallega, de las familias con hijas e hijos y persona dependientes a cargo y de las personas gallegas retornadas⁶⁷. Además de los programas que se activaron antes de la aprobación de la LIDG⁶⁸, en el artículo 41.5 de la Ley 17/2021, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2022, se prevén avales con destino a la compra de la primera vivienda para menores de treinta y cinco años, entre el límite máximo del 15 por ciento del precio de la compra-venta.

62 Artículo 52, número 2.

63 Artículo 53.1.

64 Artículo 53.2.

65 Artículo 53.1.c) y 53.2.c).

66 Artículo 56.

67 Artículo 29.1 de LIDG. De acuerdo con el artículo 11, número 1, de la Ley, el acceso a la vivienda, junto con la promoción del acceso a empleos estables y de calidad, es una de las políticas consideradas prioritarias para el impulso demográfico.

68 Se trata, por ejemplo, de las subvenciones para la adquisición de vivienda en centros históricos, reguladas por la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia y la Ley 1/2019, de 22 de abril, de rehabilitación y renovación urbana de Galicia.

La EPMPFNCM recoge un conjunto de medidas colocadas en otras actividades de planificación administrativa, que tendrían que facilitar el acceso a la vivienda para fomentar la natalidad. Entre otros, se menciona el «*Plan Alquila Joven*», es decir, un seguro de impago durante dos años para los jóvenes menores de 35 años que alquilen una vivienda. Además, propone reservar algunas de las viviendas incluidas en el marco del «*Plan Vive*» a los menores de 30 años, mujeres embarazadas y familias con hijos. Se trata de edificios planteados en suelo público con el objetivo de alquilarlos a precios más bajos, a través de concesiones en colaboración público-privada. Asimismo, en el marco del programa «*Mi Primera Vivienda*», destinado a los jóvenes que no dispongan de un ahorro suficiente para pagar el valor de la vivienda no cubierto por las entidades financieras, se pretende facilitar el acceso a una financiación hipotecaria de hasta el 95 por ciento.

Aunque el acceso a la vivienda es el ámbito al que se destina buena parte del importe de las ayudas⁶⁹, es difícil que un joven que aún no ha obtenido la estabilidad laboral decida invertir en su compra. Por otro lado, fomentar sobre todo el alquiler, teniendo en cuenta la precariedad económica de los jóvenes de hoy, podría resultar aún más perjudicial porque constituye un desembolso de dinero sin ningún ingreso. Por eso, quizás, sería más apropiado dedicar la mayoría de los recursos presupuestarios y de las energías administrativas a la creación de las condiciones para favorecer el acceso temprano al mercado laboral de manera estable y, consecuentemente, ayudar la adquisición permanente de la vivienda.

3. Reflexiones conclusivas

El descenso de la tasa de fecundidad a los niveles actuales ha llamado la atención de los poderes públicos que, calificando el mismo como problema

69 Por ejemplo, en la EPMPFNCM, el coste de las medidas para el acceso a la vivienda es segundo sólo a las medidas de apoyo a la familia, en las que se invierte más dinero, mientras el coste de las medidas de acceso al mercado laboral de manera estable es el inferior (antes de las medidas instrumentales).

autónomo merecedor de consideración jurídica, han planificado políticas *ad hoc* para solucionarlo.

En el marco de estas políticas se destaca, sobre todo, la categoría de las intervenciones pronatalistas, es decir, prestaciones económicas, en la forma de la ayuda directa o de deducción fiscal, concedidas en correspondencia con los nacimientos. Al margen de las observaciones formuladas durante el análisis realizado, lo cierto es que estas intervenciones no son sino paliativos, ya que pretenden incidir directamente en el efecto (el descenso de la fecundidad), sin considerar las causas que han generado el mismo.

Este enfoque es falaz, ya que, utilizando algunas palabras evocadoras, la población “sólo” es «*el caleidoscopio donde resuenan todas las dimensiones de la vida colectiva; de la pública y de la privada*»⁷⁰. En consecuencia, el descenso de la fecundidad “sólo” es el precipitado de un conjunto de problemas socioeconómicos y culturales de diferente naturaleza. Precisamente, por esta razón, el crecimiento de la natalidad no es un objetivo que alcanzar para el bienestar de la sociedad, sino el producto de una sociedad en un estado de bienestar.

Por lo tanto, sería necesario centrarse prioritariamente en las medidas que favorecen la conciliación de la vida laboral y familiar, la estabilidad en el empleo, el acceso a la vivienda y que, de manera transversal, garantizan la igualdad de género. Con respecto a este último aspecto, en el proceso de su formulación, es importante tener en cuenta que aún existe una cultura de los roles en el cuidado en la sociedad. Así, quizás, sería necesario un esfuerzo adicional frente a la mera concesión de la posibilidad de elegir cómo y cuánto trabajar.

Sin embargo, excepto algunas intervenciones particulares, las políticas adoptadas en los últimos años para impulsar los nacimientos a través de medidas indirectamente pronatalistas tienden a recoger en leyes, planes y estrategias, bajo nombres que evocan el tema de la natalidad, acciones ya existentes y dise-

70 J. IGLESIAS DE USSEL, *El descenso de la natalidad en España*, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2019, cit., 43.

minadas en otras políticas sectoriales. El único perfil de novedad es la paralela proliferación de portales web de las administraciones para facilitar la visualización de las mismas.

Por eso, parece que, según la lógica de los poderes públicos, el único obstáculo real para la realización de los proyectos familiares es el relativo al derecho de acceso a la información. Los resultados de esta lógica podrán evaluarse más adelante.

OLENA YARA

Department of Administrative and Financial Law
National University of Life and Environmental Sciences of Ukraine
03041, 15 Heroiv Oborony Str., Kyiv, Ukraine

OLENA ARTEMENKO

Department of Administrative and Financial Law
National University of Life and Environmental Sciences of Ukraine
03041, 15 Heroiv Oborony Str., Kyiv, Ukraine

OLEKSII LYTVYN

Department for the Provision of Administrative Services
Hostomel Village Council
08290, 220 Holy Intercession Str., Hostomel, Ukraine

VIKTOR LADYCHENKO

Department of International Law and Comparative Law
National University of Life and Environmental Sciences of Ukraine
03041, 15 Heroiv Oborony Str., Kyiv, Ukraine

OLENA GULAC

Department of Administrative and Financial Law
National University of Life and Environmental Sciences of Ukraine
03041, 15 Heroiv Oborony Str., Kyiv, Ukraine

**LEGAL PRINCIPLES OF ACTIVITIES OF PUBLIC
ADMINISTRATION ENTITIES, WHICH CARRY OUT
MEASURES IN THE FIELD OF PREVENTION AND
CONTROL OF DOMESTIC VIOLENCE**

ABSTRACT

The relevance of the study is due to the increase in the number of actors in the field of preventing and combating domestic violence, among which the growing role of public administration. The purpose of the article is to carry out a comprehensive analysis of the legal framework for the activities of public administration entities that implement measures in the field of preventing and

combating domestic violence. The leading methods for research have become dialectical - when considering the subjects of public administration; general methods (namely analysis and synthesis) - in the study of the concept of "domestic violence" and its varieties; comparative legal method - in the review and study of legal literature, the main scientific approaches to solving research problems, issues of classification of subjects and their administrative and legal status, analysis of foreign legislation. It is determined that domestic violence is a very important problem for Ukrainian society, characterized by imperfect legislation, difficult socio-economic situation and widespread ignorance of the population in their rights, as well as in ways to protect them. This is primarily due to the lack of resources of actors involved in measures to prevent and combat domestic violence. The need for tougher sanctions, the creation of specialized units of public administration and the creation of an effective mechanism for domestic violence based on the experience of the United States and Canada was also argued.

KEYWORDS: domestic violence; public administration; responsibility; public organizations; authorized bodies.

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Methodological Framework - 3. Results and Discussion - 4. Conclusion - 5. Recommendations – 6. References

1. Introduction

The number of cases of domestic violence is constantly growing. This is especially noticeable in the context of coronavirus disease. For example, in the countries of the European Union, namely in the countries where the first cases of coronavirus disease were recorded, the incidence of domestic violence increased as a percentage, so in the UK the number of women killed at home tripled and the number of calls to hotlines almost halved, in France the total number of appeals increased by 30%, and in Italy by 55%. The United Nations said an outbreak of domestic violence had been reported in all states without exception. At the same time, more than 200,000 complaints of domestic vio-

lence were recorded in Ukraine in 2020 (Ticu, 2020). For the first half of 2021, the number of similar appeals is not less, which confirms only that it is necessary to change approaches to public policy in this area. First of all, it is necessary to start with the reform of the system of public administration entities that implement measures to prevent and combat domestic violence.

Public administration to prevent and combat domestic violence in the family is not carried out in any impersonal form, but by specific bodies, officials and members of the public. In other words, public administration for the prevention and counteraction of domestic violence is carried out by subjects of public administration of different legal nature. They can be both executive bodies, local self-government bodies, and various subjects of civil society. All of them take an active part in measures to prevent and combat domestic violence. According to the current legislation: "the subjects that carry out measures in the field of prevention and counteraction to domestic violence are specially authorized bodies; other bodies and institutions entrusted with the functions of implementing measures in the field of preventing and combating domestic violence; general and specialized support services for victims; citizens of Ukraine, foreigners and stateless persons who are in Ukraine legally. "Among the above categories of subjects, the current place belongs to the subjects of public administration which are entrusted with the performance of functions and powers of the state.

Given the large number of actors in the field of preventing and combating domestic violence, there is a need to form a comprehensive approach to identifying public administration entities that implement measures to prevent and combat domestic violence.

Analysis of certain aspects of the activities of public administration to prevent and combat domestic violence was made in the works of the following scientists: V. Averyanov and A. Pukhtetska (2010), G. Gorbova and V. Galunko

(2016), K. Dovgun (2019; 2020), T. Kravtsova and A. Solonar (2010) and others.

Separately, it is worth noting the research of foreign scientists. Yes, I. Ticu (2020) praised the law-based and criminal justice approach to domestic violence, given recent reports from the U.S. legal movement (DasGupta, "Security and Justice for All") and Amnesty International (It's in Your Hands: Stop Violence Against women) and the work of lawyer Linda Mills. J. Turteltaub (2010) is investigating (SAFE) "Stop Abuse for All", a non-profit organization that works to help individuals and victims of domestic violence. The article describes the experience of the original founder as a man who is not. The article discusses the creation of a website and then the formation of a non-profit organization, whose powers should be the development and implementation of effective measures to combat domestic violence.

M. Tittlová and P. Papáček (2018) analyzed the factors that contribute to domestic violence. At the same time, they note that public authorities should act together with public non-profit organizations financed from the state budget. Only in such unity is it possible to achieve the goal - to reduce the number of cases of domestic violence and the number of victims of any manifestations of violence. C. Bradbury-Jones and J. Keeling (2019) explored ways to overcome domestic violence through the prism of minimizing the use of corporal punishment and injury. They emphasize that we can recognize the significant steps that have been taken as a result of ending the debate, moving to a position where corporal punishment is now prohibited in many countries. In essence, if we are to succeed in our efforts to end the violence that destroys the lives of many people in society, we must first stop violence in the field of domestic violence research and practice.

2. Methodological Framework

The research methodology is based on a set of methods and techniques of scientific knowledge, which are used to achieve the goals and objectives, to

ensure the reliability of the results and conclusions. The dialectical method is used to consider and study the problem in the unity of its social content and legal form, coverage of the activities of subjects in the field. General methods of analysis and synthesis and their sectoral varieties allowed us to explore the concept of "domestic violence" and its varieties, the subjects of public administration in the study area as part of state institutions and society.

The system method made it possible to consider this issue in the unity of all components. The comparative legal method is used during the review and study of legal literature, the main scientific approaches to solving research tasks, classification of subjects and their administrative and legal status, analysis of foreign legislation. The formal legal method is used in the analysis of regulations made it possible to identify the features and shortcomings of Ukrainian legislation in the field of preventing and combating domestic violence, to formulate proposals for improving their activities. The statistical method was used in processing official statistics on the number of cases of domestic violence.

The study of the issue was conducted in four stages:

4. at the first stage the theoretical generalization of the established legal categories which is a basis of our research was carried out. In particular, the concept of "domestic violence" and its components was analyzed, approaches to the modern understanding of the concept of "public administration" were described;
5. at the second stage, a system of public administration entities that implement measures in the field of preventing and combating domestic violence was formed. The role and significance of the central executive body that formulates and implements policies in the issues we study, as well as the current status of public organizations in the field of preventing and combating domestic violence, are clarified separately;

6. the third stage provides key statistics on the number of cases of domestic violence in Ukraine compared to foreign countries. The experience of foreign countries in the organization of measures to prevent and combat domestic violence is analyzed. The bodies and institutions authorized for such measures are described. Positive aspects for the implementation of best practices in Ukraine have been identified;
7. at the fourth stage, conclusions were drawn on the current state of combating and preventing domestic violence. Specific proposals to the current legislation of Ukraine on minimizing the number of cases of domestic violence are given.

3. Results and Discussion

3.1. The concept of domestic violence and public administration as key categories of research

To begin with, the number of scientific papers and research on domestic violence is growing every year. In this regard, each scholar (lawyer), one way or another, interprets the established legal categories that are relevant to our study. In view of this, it is necessary first of all to proceed from the analysis of the current legislation, and only then to turn to the doctrinal works of scientists who give their own understanding of such phenomena. The concept of "domestic violence" in Ukrainian law has appeared relatively recently. And at first it was understood as "domestic violence". Although both concepts are used in binding and recommendatory international legal acts that exist both at the level of the UN and the Council of Europe and the European Union. Among them are the Universal Declaration of Human Rights (UN General Assembly, 1948), the Declaration on the Elimination of Discrimination against Women of 1967, which was later, in 1979, replaced by the Convention of the same name (United Nations, 1979), the Declaration on the Elimination of Violence against Women (UN General Assembly, 1993).

Thus, it is possible to conclude that the basis for the legislative consolidation of the importance of state eradication of domestic violence are international declarations and conventions, which are binding acts for Ukraine. With regard to the modern period, the ratification of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, which was adopted and opened for signature in 2011 in Istanbul (hereinafter referred to as Istanbul Convention). Ukraine has signed this Convention, but has not ratified it, although it is seen that the ratification of the Istanbul Convention will help our country to implement effective tools to protect and ensure the rights of citizens of Ukraine (Council of Europe, 2011).

Also, it is worth mentioning that in Ukraine in January 2018 the Law of Ukraine "On Prevention and Counteraction to Domestic Violence" (hereinafter - the Law) came into force, which provides a definition: "domestic violence, the range of persons covered by this Law, and also guarantees for the protection of victims of domestic violence" (Verkhovna Rada of Ukraine, 2018b). A year later, in January 2019, the Law of Ukraine "On Amendments to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine to implement the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence" entered into force. According to its provisions, domestic violence has become a separate criminal offense, and this law has introduced new methods of combating sexual violence and harassment, forced marriages and abortions, harassment, etc. (Verkhovna Rada of Ukraine, 2018a). It should also be noted that, in accordance with the amendments to the above Law, the General Part of the Criminal Code of Ukraine (hereinafter - the Criminal Code of Ukraine) is supplemented by Section XIII-1 "Restrictive Measures" and the relevant Article 91-1, which regulates such measures. committed domestic violence (Verkhovna Rada of Ukraine, 2001).

As for the very understanding of the term “domestic violence”, the Law defines: “domestic violence as an act (action or omission) of physical, sexual, psychological or economic violence committed in the family or within the place of residence or between relatives or between former or current spouses, or between other persons who live together (lived) in the same family, but are not (were not) in a family relationship or marriage with each other, regardless of the place of the victim, as well as the threat of such acts (Verkhovna Rada of Ukraine, 2018b). Thus, there are four types of domestic violence: physical, sexual, psychological and economic, each of which is also described in detail in the Law. According to A.A. Vasiliev (Vasiliev & Yurtaeva, 2019), psychological violence: “is nothing more than” traditional mental violence, and does not require a separate, additional argumentation of its use”. Paragraph 23 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine “On Judicial Practice in Cases of Crimes against the Life and Health of a Person” of February 7, 2003 № 2 states that “violence can be physical (infliction of bodily injuries or beatings, illegal imprisonment, etc.) and mental (for example, the threat of physical, moral or property damage)” (Supreme Court of Ukraine, 2003)

Some scholars argue that the separation of this form of domestic violence as economic is unnecessary, because it requires qualification only under the provisions of the Criminal Code, which regulates crimes against property (Yakimova, 2019). However, the statement of U.V. Lukach (2017), according to which economic violence is a case when a woman wants to work or do something, but in fact cannot realize her desires due to the prohibition of her husband or other family members. In other words, it is a system of behavior for maintaining power and control over a loved one. Thus, we believe that manifestations of domestic violence in economic form are not always reflected in crimes against property, so the separation of economic violence in the disposition of Art. 126-1 of the Criminal Code of Ukraine (“Domestic Violence”) is a controversial but expedient decision. Thus, having defined in general the con-

cept of domestic violence and its main types (forms), it is possible to explore another initial concept that follows directly from the purpose of the study.

The modern understanding of the interpretation of the term "public administration" is reduced to a set of public bodies (state and non-state), which act to ensure both the interests of the state and the interests of society as a whole (Markina, 2018). V. Averyanov (Averyanov & Pukhtetska, 2010) noted that: "public administration is a set of bodies, institutions and organizations that perform administrative functions; administrative activities carried out by this administration in the interests of society; the sphere of public sector management by the same public administration". V. Malinovsky (2013) - as: "a set of state and non-state subjects of public power, the key structural elements of which are the executive authorities and executive bodies of local self-government"; V.M. Kuzmishin (2018) - is: "a certain system of state executive bodies and executive bodies of local self-government, enterprises, institutions, organizations and other entities endowed with administrative and managerial functions that operate to ensure the interests of the state and the interests of society in general "; S.I. Chernov (2018) that: "a set of state and non-state subjects of public power, the key structural elements of which are executive bodies, executive bodies of local self-government; system of public institutions and their activities".

R.S. Melnik and V.M. Bevzenko (2014) note that: "in Recommendation № R (84) 15 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on public liability for damage, adopted on 11 September 1984 at the 375th meeting of the Ministers' Deputies, public authorities (public authorities, - public authority) is understood as:

- a) any public legal entity of any kind or level (including the state, region, province, municipality, independent public legal entity);
 - b) any private person in the exercise of his prerogatives of official power
- ".

It is worth noting the lack of legislative enshrinement of the interpretation of the analyzed term in national legislation, which in turn: negatively affects its terminological essence. No less negative is the lack of the Concept of Public Administration Reform in Ukraine, because thanks to the creation of the institution of public administration, according to B. Danylyshyn (2018), "the government should become closer to the needs and demands of citizens, and the priority of public policy should be to ensure the rights and freedoms". This understanding of the institutional principles of public administration obliges public authorities and local governments to become subjects of "serving the interests of society" (Bukhanevych, 2010). Thus, given the above considerations and reservations, in our opinion, the position of supporters of the "narrow" theory of understanding public administration as a system of executive and local government, which in accordance with the law, within the competence to manage public affairs is most appropriate for our study.

3.2. General characteristics of the subjects carrying out measures in the field of prevention and counteraction to domestic violence

Classifications of public administration entities working in the field of prevention and counteraction to domestic violence have already been carried out by researchers interested in the research topic. In addition, there are several basic approaches to the classification of public administration bodies that implement measures to prevent and combat domestic violence.

It is possible to consider some of these classifications. Thus, O. Kovalova (2008) proposes to divide these subjects of public administration: by the nature of their activities. In this regard, the latter are divided into those that are obliged to carry out activities to overcome this negative social phenomenon (for example, the Ministry of Social Policy of Ukraine, special units of the National Police, shelters for victims, etc.), and those that do not directly (for example, local governments, enterprises, institutions and organizations, regardless of ownership, associations of citizens, as well as individual citizens). Scientists

G. Gorbova and V. Galunko (2016) propose to classify public administration bodies according to the level and scope of competence into bodies of general competence; branch; functional and other entities that, in accordance with the law, can participate in combating domestic violence. This division of entities is the most appropriate, in terms of the administrative component.

O. Kolomoiets (2010) approaches the classification from the point of view of division of subjects of public administration according to the level of their competence and divides them into three groups. Thus, the first level includes specially authorized executive bodies for the prevention of domestic violence. To the second - public administration bodies, whose activities are not directly related to the prevention and combating of domestic violence, but which are obliged to record the facts of violence. Both public associations and organizations working in the field of protection of human rights and freedoms - belong to the third group.

If we consider the position of the legislator, then in accordance with the Law to: "entities carrying out measures in the field of prevention and counteraction to domestic violence include:

- 1) specially authorized bodies in the field of prevention and counteraction to domestic violence;
- 2) other bodies and institutions entrusted with the functions of implementing measures in the field of prevention and counteraction to domestic violence;
- 3) general and specialized support services for victims;
- 4) citizens of Ukraine, foreigners and stateless persons who are in Ukraine legally" (Verkhovna Rada of Ukraine, 2018b).

Based on such a statutory model (system) of entities implementing measures in the field of prevention and combating domestic violence, it is possible to conclude that the subject of public administration in the field of prevention and combating domestic violence is special and has its own system that con-

sists of subjects of general competence, subjects of special and subjects of auxiliary competence, among which public organizations occupy a prominent place. This model of division of subjects is the most rational in terms of the administrative component of our study.

As for the subjects of general competence, they are: “the central body of executive power, which ensures the formation and implementation of state policy in the field of prevention and counteraction to domestic violence. This is the Ministry of Social Policy of Ukraine, which coordinates the activities of authorized units of internal affairs, guardianship and care for the prevention of domestic violence, summarizes information on domestic violence, determines the need for specialized institutions for victims of domestic violence in regions, monitors the organization and activities of specialized institutions for victims of domestic violence, develops and approves guidelines for the correctional program for persons who have committed domestic violence, etc.” (Cabinet of Ministers of Ukraine, 2015).

It should be noted that based on the analysis of the Regulations on the Ministry, there is no clear division of powers between the Ministry and its local bodies. And this in turn leads to the fact that the powers of the same entities are regulated by different regulations, but at the same time slightly different, which significantly complicates the law enforcement process. It is also worth mentioning: “local state administrations, including their structural subdivisions, which are responsible for implementing measures in the field of preventing and combating domestic violence” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2018b).

The law also defines a list of institutions and bodies that have functions to implement measures in the field of prevention and counteraction to domestic violence, among which are:

- 1) services for children;
- 2) authorized subdivisions of the bodies of the National Police of Ukraine;

3) education management bodies, educational institutions, establishments and organizations of the education system;

4) health care bodies, institutions and health care institutions;

5) centers for the provision of free secondary legal aid;

6) courts;

7) the prosecutor's office;

8) authorized bodies on probation (Verkhovna Rada of Ukraine, 2018b).

Such subjects, according to the model presented by us - are subjects of special competence.

An important place among public administration bodies in combating domestic violence is occupied by units of the National Police of Ukraine. They are entrusted with tasks in the field of administrative and legal response to cases of domestic violence, timely detection and prevention of offenses, elimination of their negative consequences (Verkhovna Rada of Ukraine, 2015). At the same time, it should be noted that despite the rather detailed list of powers of the National Police, the law does not specify which units work in the field of preventing and combating domestic violence. P. Bilenko (2019) proposes to include in the authorized units of the National Police of Ukraine, which carry out prevention and counteraction to domestic violence: the Department of Preventive Activities of the National Police of Ukraine; patrol service of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine; juvenile prevention units; service of district police officers.

Separately, in the specified category of subjects, it is necessary to note about bodies of prosecutor's office. The Prosecutor's Office is tasked with collecting, summarizing and publishing information on cases of domestic violence (Svirin, 2018). It is the Prosecutor General's Office of Ukraine that controls the filling of the Unified Register of Pre-trial Investigations. However, there is a need to improve the system for collecting and entering information in this register. For example, the collection of information does not currently provide

complete data on victims. It is also necessary to establish the nature of the relationship between the perpetrator and the victim. This information can help prevent the continuation of domestic violence (Lesko, 2019).

The subjects of auxiliary competence may include public organizations and centers for free secondary legal aid. With regard to free legal aid centers, it should be noted that victims of domestic or gender-based violence have the right to receive free primary legal aid (consultations, clarifications on legal issues), as well as access to free secondary legal aid (lawyers). services, representation in court, preparation of procedural documents) in the centers for the provision of free secondary legal aid (Verkhovna Rada of Ukraine, 2011). An important place in 2021 is given to public organizations. La Strada-Ukraine, the Ukrainian Women's Foundation, is one of the most successful public organizations with extensive experience in Ukraine. Despite their active participation in combating and preventing domestic violence in Ukraine, these organizations actively cooperate with international and European institutions in order to implement best practices to overcome this socially negative phenomenon (Dovgun, 2020).

However, it should be noted that in Ukraine, extensive activities of non-governmental organizations are possible only with the support of international donors. For example, the NGO La Strada-Ukraine has set up a national telephone hotline for the prevention of violence and protection of the rights of children and women through funding from international funds (Hamburg & Vakulinskaya, 2019). January 2020, a new version of the Law of Ukraine "On Social Services" came into force, which refers public associations to the subjects of the system of social services (Verkhovna Rada of Ukraine, 2019). Thus, in order to actively involve non-governmental organizations in the provision of services through social procurement, it is necessary to adopt a number of bylaws and develop a clear mechanism for reporting to public associations.

3.3. International experience in preventing and combating domestic violence

Turning to a direct analysis of foreign experience, it should be noted that as of mid-2021 in Ukraine, the provision of social services, including temporary asylum to persons in difficult life circumstances, in particular due to domestic violence and gender-based violence, provide more than 550 centers and hotlines, including:

1. 21 centers of social and psychological assistance;
2. 23 shelters or departments for victims of domestic and / or gender-based violence;
3. 339 mobile teams of social and psychological assistance to victims of domestic and / or gender-based violence);
4. 12 centers of medical and social rehabilitation of victims;
5. 12 centers of day care of victims;
6. 142 "hotlines" (Fig.1).

Figure 1. Distribution of actors providing assistance to victims of domestic violence.

Source: generated by the authors

If we analyze the legislation of European countries on combating domestic violence, it should be noted that regulations establishing legal liability for these acts began to be adopted only in the middle of the twentieth century, and on the prohibition of corporal punishment of children even later. For example, Austria adopted these rules in 1989, Bulgaria - in 2000, Croatia - in 1999, Cyprus - in 1994, Denmark - in 1997, Finland - in 1983, Germany - in 2000, Hungary - 2005, Latvia -1998, Norway - 1987, Sweden - 1979, Ukraine - 2004 (Van Bueren, 1998).

A promising practice for Ukraine is to use the experience of the Republic of Poland, namely the procedure for combating domestic violence by various government agencies (Blue Card procedure) (Krizsan & Pap, 2016). Such a procedure can be initiated by the police, representatives of social welfare institutions, medical workers, teachers and representatives of local self-government bodies. It ensures a coordinated response of different public administration bodies to cases of domestic violence. Arriving on call for an incident of domestic violence, a police officer fills in part A of the "Blue Card". Part of the card remains with the victim, who can find in it a description of their rights and contacts of institutions where it is possible to seek help (Gorbova, 2015).

Thus, it allows to inform the victims about the ways of obtaining legal protection, about the organizations and institutions that provide assistance. The police officer, in turn, passes the information to the interdisciplinary committee, which coordinates the system of combating domestic violence at the local government level. It should be noted that all public administration bodies that receive notifications under the Blue Card procedure are required to provide a written report on how they are used and the measures taken (Krizsan & Pap, 2016). Although Ukraine has adopted the Resolution of the Cabinet of Ministers "On Approval of the Procedure for Interaction of Entities Carrying Out Measures in the Sphere of Prevention and Counteraction to Domestic Violence and Gender-Based Violence", there is no clear and logical mechanism of interaction in Poland. (Cabinet of Ministers of Ukraine, 2018).

Positive practice of foreign countries - is the experience of the United States and Canada, whose legislation contains not only administrative and legal mechanisms, but also includes a number of educational and correctional components (Kiflyuk & Topchii, 2019). A feature of US administrative law in the field of combating domestic violence is the presence of different types of protection orders: emergency, temporary and permanent. An emergency security warrant is issued without a court hearing, when the victim applies to the poli-

ce. Law enforcement officials, in turn, contact the judge on duty, who determines the likelihood of a threat. This allows you to quickly prevent violence when it is impossible to hold a court hearing (Dovgun, 2019). For example, at night or on weekends. A temporary security warrant is issued at a court hearing if there are grounds for a period of 14 to 21 days. The victim reports the violence, files a lawsuit for protection and identifies the perpetrator. The warrant is issued without prior notice to the perpetrator. Emergency and temporary protection orders allow to quickly prevent the continuation of violence until the final decision of the case in court (Kiflyuk & Topchiy, 2019).

4. Conclusion

Based on the analysis of the legal basis of the activities of entities that implement measures in the field of prevention and combating domestic violence, it is possible to conclude that today the role and importance of the subject of public administration, which is special and has its own system, consists of subjects of general competence, subjects of special and subjects of auxiliary competence, among which public organizations occupy a prominent place. In particular, the NGO La Strada-Ukraine has set up a national hotline for the prevention of violence and the protection of the rights of children and women through funding from international funds. In addition to public organizations, an important place among the total number of subjects belongs to the National Police of Ukraine, because they are responsible for tasks in the field of administrative and legal response to domestic violence, timely detection and prevention of offenses, elimination of their negative consequences. Although we found out that despite the detailed list of powers of the National Police of Ukraine, the current legislation does not specify which units are entrusted with such powers. In this regard, it is proposed to include the following subdivisions in the authorized subdivisions of the National Police of Ukraine: the service of district police officers, juvenile police units, the patrol service of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, the Department of Preventive Activities

of the National Police of Ukraine. It was found that as of September 2021, more than 550 centers and hotlines provide assistance to persons as a result of domestic and gender-based violence against them, including 142 hotlines, 339 mobile groups of social and psychological assistance to victims of domestic violence, 12 days care centers for victims and medical and social rehabilitation centers for victims, 23 wards for victims of domestic violence and 21 centers for social and psychological assistance.

5. Recommendations

Based on the positive experience of the studied countries, something similar to the "Blue Card" should be introduced in Ukrainian legislation, following the example of the neighboring state - the Republic of Poland. Which in turn will inform victims about ways to obtain legal protection, about organizations and institutions that provide assistance. The need for tougher sanctions, the creation of specialized units of public administration and the creation of an effective mechanism for domestic violence based on the experience of the United States and Canada was also argued. In particular, the existence of security warrants is positive, namely: emergency, temporary and permanent, which will accelerate the response of relevant actors in the field of preventing and combating domestic violence in cases of the latter.

It is proved that the presence of a significant number of entities that have the authority to prevent and combat domestic violence and violence on the grounds of the article provokes duplication of some powers, which in general has a negative impact on prevention. At the same time, some areas of prevention of domestic violence, on the contrary, are not covered by the action of the subjects of prevention. The materials of this article can be useful for scholars and practitioners who generally study the problems of domestic violence in Ukraine and analyze international experience. Also, these recommendations can be taken into account by the legislature and the executive in terms

of amending existing legislation in the field of preventing and combating the spread of domestic violence in Ukraine.

6. References

Averyanov, V., & Pukhtetska, A. (2010). *European administrative space and the principle of the rule of law*. Kyiv: Yurydychna Dumka Publishing House.

Bilenko, P. (2019). Authorized bodies of the National Police of Ukraine as subjects of prevention and counteraction to domestic violence. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 10, 157-161.

Bradbury-Jones, C., & Keeling, J. Can we stop the violence, please? Moving forward to address domestic violence. *Journal of Clinical Nursing*, 29(1-2), 3-4. <http://dx.doi.org/10.1111/jocn.14985>

Bukhanevych, A. (2010). Public administration as an institution for optimizing public control in civil society. *Bulletin of the National Academy of Public Administration under the President of Ukraine*, 2, 46-56.

Cabinet of Ministers of Ukraine. (2015). Regulations on the Ministry of Social Policy of Ukraine. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/423-2015-%D0%BF#Text>

Cabinet of Ministers of Ukraine. (2018). Resolution № 658 “On Approval of the Procedure for Interaction of Entities Carrying Out Measures in the Sphere of Prevention and Counteraction to Domestic Violence and Gender-Based Violence”. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/658-2018-%D0%BF#Text>

Chernov, S.I. (2014). *Text of lectures on the discipline "Public Administration" (for students of all forms of education in the specialty 7.03060101, 8.03060101 "Management of organizations and administration (by type of economic activity))*. Kharkiv: Kharkiv National University of Municipal Economy named after O.M. Beke-tova.

Council of Europe. (2011). Convention "On preventing and combating violence against women and domestic violence". Retrieved from <https://ips.ligazakon.net/document/view/MU11251>

Danylyshyn, B. (2018). Goals and principles of public administration reform. Retrieved from <http://news.liga.net/news/N0828824.Html>

Dovgun, K.V. (2019). International experience in preventing and combating domestic violence: the example of Europe and Georgia. *Visegrad Journal on Human Rights*, 6(2), 61-65.

Dovgun, K.V. (2020). The place and role of public associations in the system of entities implementing measures in the field of preventing and combating domestic violence. *Scientific Bulletin of Public and Private Law*, 4, 173-177.

Gorbova, G.O. (2015). Foreign experience in combating domestic violence (on the example of some European countries). *Scientific Bulletin of Kherson State University. Series "Legal Science"*, 3(2-3), 211-215.

Gorbova, G.O., & Galunko, V.V. (2016). *Administrative and legal regulation of combating domestic violence*. Kyiv: Institute of Public Law.

Hamburg, I.A., & Vakulinskaya, M.A. (2019). Organizational and legal bases of activity of public organizations in the field of prevention and counteraction to domestic violence (on the example of the Kesher project). In *Organizational and legal framework for the prevention of domestic violence: realities and prospects: materials of the round table* (Zaporozhye, May 2019) (pp. 37-40). Zaporozhye: CPU.

Kiflyuk, R.V., & Topchiy, V.V. (2019). Foreign experience in combating domestic violence during criminal proceedings. *Journal of Eastern European Law*, 69, 30-34.

Kolomoiets, O.D. (2010). *Administrative and legal regulation of liability for domestic violence, failure to comply with a protective order or failure to pass a correctional program*. Zaporizhzhia: Classical Private University.

Kovaleva, O.V. (2008). *Activities of the service of district police inspectors to prevent domestic violence*. Kharkiv: Kharkiv National University of Internal Affairs.

Kravtsova, T.M., & Solonar, A.V. (2010). Concepts and principles of public administration. *Law Forum*, 4, 522-525.

Krizsan, A., & Pap, E. (2016). Implementing a comprehensive and coordinated approach - An assessment of Poland's response to prevent and combat gender-based violence. Retrieved from <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168064ecd8>

Lesko, N.V. (2019). *Administrative and legal support for the formation and implementation of state policy in the field of protection of children from violence and other illegal actions*. Lviv: Nat. Lviv University Polytechnic.

Lukach, U.V. (2017). Theoretical aspects of the problem of economic violence against women. In *Theoretical, methodological and practical problems of social work: abstracts of the II All-Ukrainian with international participation of the scientific-practical conference* (Ivano-Frankivsk, April 2017) (pp. 216-218). Ivano-Frankivsk: NAIR.

Malinovsky, V.Ya. (2013). Status and prospects of administrative reform in Ukraine. *Scientific works of the Black Sea State University named after Petro Mohyla. Political Science*, 200 (212), 18-22.

Markina, A.M. (2018). *Administrative and legal regulation of medical services in Ukraine*. Kyiv: Research Institute of Publ. rights.

Melnik, R.S., & Bevzenko, V.M. (2014). *General administrative law: a textbook*. Kyiv: Waite.

Supreme Court of Ukraine. (2003). On Judicial Practice in Cases of Crimes against the Life and Health of a Person: Resolution № 2 of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-03>

Svirin, O. (2018). Regulatory and legal regulation of the prosecutor's office to prevent domestic violence. *Bulletin of the National Academy of the Prosecutor's Office of Ukraine*, 4(2), 45-58.

Ticu, I. (2020). Short incursion in the history of domestic violence. *Logos Universality Mentality Education Novelty: Law*, 8(1), 35-46.

Tittlová, M., & Papáček, P. (2018). Factors contributing to domestic violence. *International Journal of Entrepreneurial Knowledge*, 6(2), 117-124.

Turteltaub, J. (2010). Stop abuse for everyone: interviews with founders of a pioneering anti-domestic violence nonprofit. *Partner Abuse*, 1(4), 463-474.

UN General Assembly. (1948). Universal Declaration of Human Rights. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text

UN General Assembly. (1993). Declaration on the Elimination of Violence against Women. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_506#Text

United Nations. (1979). United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_207#Text

Van Bueren, G. (1998). *The international law on the rights of the child*. The Hague: Kluwer Law International.

Vasiliev, A.A., & Yurtaeva, K.V. (2019). Implementation of the provisions of the Istanbul Convention in the legislation of Ukraine on criminal liability: systemic and legal analysis of changes and additions. *Comparative and Analytical Law*, 1, 279-284.

Verkhovna Rada of Ukraine. (2001). Criminal Code of Ukraine. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2011). Law of Ukraine № 3460-VI “On Free Legal Aid”. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2015). Law of Ukraine № 580-VIII “On the National Police”. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2018a). Law of Ukraine № 2227-VIII “On Amendments to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine to implement the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence”. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2018b). Law of Ukraine № 2229-VIII “On Prevention and Counteraction to Domestic Violence”. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2019). Law of Ukraine № 2671-VIII “On Social Services”. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2671-19#n41>

Yakimova, S.V. (2019). Domestic violence as a type of criminal offense under the laws of Ukraine. *Comparative and Analytical Law*, 3, 192-194.

ROSTYSLAV A. KALIUZHNYJ

Affiliate of the National Aviation University, Department of Theory and History of State and
Law, Faculty of Law

kalyuzhnyy8165@acu-edu.cc

ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF LOCAL GOVERNMENT REFORM IN UKRAINE AND FOREIGN COUNTRIES: A COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS

ABSTRACT

A difficult political and economic situation in Ukraine in 2014-2015 is primarily attributed to the temporary occupation of Crimea and the ongoing war on the temporarily occupied territory of Donbass. Therefore, the decentralization of power and the reform of local self-government were extremely necessary to preserve and strengthen Ukrainian statehood through the introduction of new regional policies. The purpose of the article is a comprehensive analysis of the local self-government reform in Ukraine and foreign countries to determine its main advantages and disadvantages. During the research, it was found out that decentralization in the country leads to democratic transformations of the society based on the citizens' initiative and responsibility as well as provides a decent standard of living and quality services at the local level. The introduction of decentralization can be observed in almost all areas such as administrative, political, financial, social. It significantly affects the population potential and increases the responsibility of public authorities to the population. There is an improvement in the level of public services, regarding economic, legal, political, social and ethnic problems. Finally, the following proposals were made to introduce changes in the local self-government: the rights and responsibilities should be divided between different levels of government to equalize their interests and to facilitate the development of amalgamated territorial communities. Such administrative-territorial reform will help preserve the integrity and inviolability of the state sovereignty.

Keywords: decentralization, amalgamated territorial community, administrative-territorial system, public authorities, local development.

Summary: 1. Introduction – 2. Materials and Methods – 3. Results and discussions – 4. Conclusions

1. Introduction

The need to restructure the system of public authorities and build civil society in Ukraine caused these democratic transformations and changes. As can be seen from the example of European countries, the decentralization of power entails optimization of local authorities, strengthening local self-government and formation of amalgamated territorial communities in towns, urban villages and villages (Lelechenko et al., 2017). The Government of Ukraine signed the Concept of Reforming Local Self-Government and Territorial Organization of Power in Ukraine (Cabinet of Ministers of Ukraine, 2014) (hereinafter the Concept) on April 1, 2014 owing to current political processes and the state course for European integration. The Concept highlights the importance of decentralization in the country. It highlights the need to create appropriate conditions in the field of property (land owned by amalgamated territorial communities) and finance (the implementation of local authorities in taxes and fees in a certain administrative-territorial unit).

First of all, the decentralization reform described in the article consists in the establishment of state power on the principles of universality and subsidiarity in accordance with modern canons in European countries that provide decent living conditions and quality services to the population of amalgamated territorial communities of towns, urban villages and villages. In order to achieve the outlined goals, it is necessary to radically change the system of power territorial organization, form capable amalgamated territorial communities that will be able to promote local development and eliminate the duplication of functions and powers of local governments and executive authorities. Moreover, decentralization helps to involve citizens in decision-making. For example, the European Charter of Local Autonomy gives citizens the right to participate

in local self-government (Boryslavska, 2018). Decentralization is based on the principle of subsidiarity when the services provided to citizens meet their requirements and needs. Recognizing the citizens' needs, local governments "transfer" them to central authorities, and, therefore, the citizens become participants in policy formulation. When citizens control the most important local decisions and are free to contribute to the management of their town, they become active actors in governance (Bratkovskyi, 2018).

The decentralization is a reform that provides for the division of functions between the central and local governments in order to make decisions close to the citizens. This approach avoids bureaucracy. Thus, it becomes easier for citizens to participate in local self-government. With the help of decentralization, it is also possible to expand the means of communication available to the citizens (Bakumenko, 2021). In order to achieve the development of amalgamated territorial communities, local governments should have financial autonomy, which involves the right to raise and spend the revenue from the services they are responsible for.

Furthermore, to improve public administration, some powers should be transferred to bodies that are not subordinated to the central government but are elected or created by the community. Consequently, to create a perfect system of local self-government bodies it is necessary to determine the advantages and disadvantages of local self-government reform, taking into account international experience. These provisions justify the relevance of the study.

The aim of the research is a comprehensive scientific and legal analysis of the advantages and disadvantages of the local government reform in Ukraine based on the forefront international experience. In order to fully disclose the research topic, the following tasks were set: to describe the approaches to the concept of "decentralization" in Ukraine and foreign countries; single out the main indicators of the amalgamated territorial communities in Ukraine and their public funding; outline modern world models of local self-government;

determine the main positive and negative aspects of different stages of the local government reform implementation; analyze foreign countries' experience in the local government reform; provide scientifically justified recommendations for improving the local government reform¹.

2. Materials and Methods

-
- 1 Below are the references of this article. Arkhypenko, I. (2018). Foreign experience of decentralization of power: lessons for Ukraine. *Public Administration and Local Self-Government*, 4, 7-15.
- Averianov, V.B. (2009). The value of administrative procedures in the reform of administrative law. *Journal of Kyiv University of Law*, 3, 8-14.
- Bakumenko, V. (2021). On the issue of evaluating the scientific results of Ukrainian scientists. *Collection of Scientific Works of NAPA*, 1, 15-22.
- Boryslavska, O. (2018). Constitutional jurisdiction in the European model of constitutionalism. *Law of Ukraine*, 1, 93-106.
- Bratkovskiy, M. (2018). Decentralization of the power system – a way to create new opportunities for the development of the civil environment. *Mechanisms of Public Administration*, 1, 163-178.
- Cabinet of Ministers of Ukraine. (2014). Concept of reforming local self-government and territorial organization of power in Ukraine. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80#Text>
- Danylyshyn, B.M. (2016). Decentralization in EU countries: lessons for Ukraine. *Regional Economy*, 1, 116-223.
- Demchak, R.E. (2015). Foreign experience of decentralization of public administration: analysis and possibilities of application in Ukraine. *Formation of Market Relations in Ukraine*, 12, 15-20.
- Ebinger, F., Kuhlmann, S., & Bogumil, J. (2018). Territorial reforms in Europe: effects on administrative performance and democratic participation. *Local Government Studies*, 45(1), 1-23.
- Faguet, J.-P. (1997). Decentralization and Local Government Performance. Retrieved from <http://www.fao.org/3/ad697e/ad697e.pdf>
- Gibson, J., Ivancevich, J. & Donnelly, J. (1991). *Organization: behavior, structure, processes*. USA: Homewood, Irwin, 507p.
- Government Portal (2021). Decentralization reform. Retrieved from <https://www.kmu.gov.ua/diyalnist/reformi/efektivne-vryaduvannya/reforma-decentralizatsiyi>
- International Center for Policy Studies. (2015). The essence of decentralization reform is the ability of regions to solve local issues independently, at the expense of their own resources. Retrieved from <http://icps.com.ua/sut-reformy-detsentralizatsiyi--spromozhnist-rehioniv-samostiyno-za-rakhunok-vlasnykh-resursiv-vyrishuvaty-pytannya-mistsevoho-znachennya/>.
- Khrebtii, I. (2019). Foreign experience of decentralization at the local and regional levels. *Investments: Practice and Experience*, 6, 138-142.
- Kruhlashov, A., & Bureha, V. (2021). Achievements and difficulties in the implementation of decentralization of power in Ukraine. *Aspects of Public Administration*, 9(2), 68-74
- Kyrylenko, O.P. (2014). *Local finances*. Ternopil: Economic Thought of TNEU, 448 p.
- Lelechenko, A.P., Vasilieva, O.I., Kuybida, V.S., & Tkachuk, A.F. (2017). *Local self-government in the conditions of decentralization of powers*. Kyiv: NADU, 110 p.
- Matviienko, A.S. (2010). *Political and legal principles of decentralization of power in the context of administrative reform in Ukraine*. Kyiv: Inst. of State and Law V.M. Koretsky NAS of Ukraine, 31 p.

The research is based on the works of domestic and foreign scholars in the field of constitutional, administrative and municipal law. Philosophical, general scientific and special methods of scientific knowledge were used. The main philosophical methods were dialectical, which explored the main indicators of decentralization in Ukraine and the world, and hermeneutics that was used for the interpretation of domestic and foreign documents on local government reform and decentralization of public power.

Logical, forecasting and historical methods can be distinguished within general scientific methods. Thus, the concept of "decentralization" is analyzed by a logic method, which allowed to identify objective patterns of the development of this phenomenon in legal science and state-building practice. It made

Melnyk, A., & Vasina, A. (2017). Structural transformation of the national economy of Ukraine as a factor of modernization of the institutional basis of its development. *Journal of European Economy*, 1, 84–92.

OECD. (2014). OECD Regional Outlook: Regions and Cities: Where Policies and People Meet. Retrieved from <https://www.oecd.org/regional/oecd-regional-outlook-2014-9789264201415-en.htm>

Osypenko, S.O. (2019). Decentralization of power: advantages and disadvantages of the current stage of implementation of the reform. In *Strategic potential of state and territorial development: Proceedings of the III International Scientific and Practical Conference* (Mariupol, October 2019) (pp. 109-110). Mariupol; Kryvyi Rih: R.A. Kozlov.

Ruzhetska, I.V. (2017). Local self-government reform: experience of foreign countries and domestic practice. *Theory and Practice of Public Administration and Local Self-Government*, 2. Retrieved from http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ttpdu_2017_2_24

Shemshuchenko, Yu.S. (Ed.). (2003). *Legal encyclopedia: in 6 vols.* Retrieved from <http://leksika-com.ua/19320925/legal/detsentralizatsiya>.

Shevchenko, O.V., Romanova, V.V., Zhalilo, Ya. A., Aleksenko, T.M., Barannik, V.O., Barinova, D.S., Bahur, N.V., Valyushko, I.V., Golovka, A.A., Dvignun, A.O., Izhak, O.I., Kalashnikova, O.E., Kovalevskaya, S.V., Kuts, G.M., Lisogor, L.S., Malyarevsky, E.V., Makarov, G.V., Maksimenko, O.P., Nesterenko, V.V., Pavlenko, I.A., & Khiminets, V.V. (2020). *Decentralization and formation of regional development policy in Ukraine*. Kyiv: NISD, 153p.

Swianiewicz, P. (2002). Size of local government, local democracy and efficiency in delivery of local services – international context and theoretical framework. Retrieved from http://pd-c.ccu.hu/archive/00006908/01/LGI_Consolidation-or-Fragmentation_2002.pdf

The Verkhovna Rada of Ukraine. (2020). Law of Ukraine No. 562-IX “On Amendments to Certain Laws of Ukraine Concerning the Definition of Territories and Administrative Centers of Territorial Communities”. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/go/562-20>

Tkachuk, A. (2015). *The Scandinavian way. Experience of reforms of administrative-territorial organization and local self-government in Denmark and Sweden*. Kyiv: Logos, 124 p.

Wedel, J. (2013). *Administrative law of France*. Moscow: Progress, 512 p.

Yurkevich, I.I. (2017). Decentralization and reform of local government in Ukraine. *Actual Problems of Jurisprudence*, 3, 100-104.

Zhuravel, Ya.V. (2007). *Administrative and legal status of local governments*. Kyiv: Institute of Legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine, 22 p.

it possible to clarify the features inherent in decentralization and specify the contemporary scientifically justified concept of "decentralization". A forecasting method was applied in order to substantiate the reforms necessary for public authorities and local self-government. A historical method helped discuss the emergence and development of decentralization as a legal phenomenon.

Special legal methods were of particular importance for the research. Using a formal-dogmatic method the concepts of decentralization and reform of local self-government are defined. The problems regarding the implementation of constitutional and legal reforms of local self-government in Ukraine are singled out using a functional-legal method. In addition, the study of the advantages and disadvantages of the local government reform in Ukraine in comparison with international experience is carried out by logical-legal and system-structural methods. They helped to identify ways to improve the current legislation in the field of local self-government and decentralization. A comparative method was used to compare the local government reform in Ukraine and foreign countries' experience. In addition, the method of legal modeling allowed to formulate conclusions and proposals aimed at improving the current regulatory framework in Ukraine.

Regarding the theoretical basis, it should be said that decentralization processes in the context of local government reform have been studied by many scholars. In particular, much attention is paid to the theoretical and practical research on decentralization and local self-government by such scholars as V. Averianov (2009), V. Bakumenko (2021), O. Boryslavska (2018), M. Bratkovskyi (2018), B. Danylyshyn (2016), A. Lelechenko (Lelechenko et al., 2017). Apart from that, O. Kyrylenko (2014), A. Melnyk (Melnyk & Vasina, 2017), A. Tkachuk (2015) have made a significant contribution to solving the problems of reforming the administrative-territorial system and ensuring the financial capacity of local self-government.

3. Results and Discussion

The municipal reform, the reform of local self-government, the decentralization of power, and the reform of amalgamated territorial communities are legal names for the transfer of powers to local self-government bodies that can be found in scientific publications and legislation in Ukraine and in foreign countries. First of all, it is first necessary to define the very concept of “decentralization” in order to explore the processes of the local self-government reform. According to Yu.S. Shemshuchenko’s (2003) legal encyclopedia, decentralization involves democratic changes and requires restructuring of the system of public authorities and the improvement of the civil society institution. As European experience shows, the reform of local governments, their strengthening and the formation of self-sufficient amalgamated territorial communities will not succeed without decentralization. After all, it is this legal process that ensures a decent standard of living and quality services for citizens at the local level.

Moreover, I.I. Yurkevich (2017) notes that the decentralization is a form of democracy development that simultaneously preserves the state unity and expands the possibilities of local self-government. It aims to give an impetus to the population to meet their own needs, narrow the sphere of the state influence on society, and reduce expenditures on the maintenance of the state apparatus. Apart from that, this process promotes direct democracy as it involves the transfer of the control over a number of local affairs directly to communities. V. Bureha notes that decentralization is not a single or a separate reform, but a set of measures for the purposeful, systematical and gradual transformation of the public administration system. Accordingly, the decentralization of power is rightly called one of the most successful reforms in Ukraine. This success is due to the fact that the results of these reforms affect almost every citizen and have become particularly noticeable for residents of towns, urban villages and villages (Kruhlov & Bureha, 2021). According to A.S.

Matviienko (2010), decentralization is the transfer of powers, rights and responsibilities from public authorities to local governments. This is a holistic phenomenon, which combines the ability of local governments to take power and the state to transfer power. Besides, it is related to the management of amalgamated territorial communities as an element of the administrative-territorial reform. It can also be considered a mechanism for cooperation and coordination of public authorities and local governments.

In fact, there are about 500 unofficial estimates of the concept of "decentralization" made by scientists, each of them having its scientific uniqueness. However, they all put forward that decentralization is a complex mechanism consisting of stages and a procedure for transferring all possible and necessary powers to local governments. For instance, it includes the consolidation of territories based on administrative-territorial units. The main definitions of "decentralization" in different countries are presented in Table 1.

Table 1. Approaches to the concept of "decentralization"

Scientist	State	The essence of decentralization
Wedel J.	France	The process of delegating power and allocations from the central level to the local level (e.g., regions, districts, towns, urban villages and villages). In such a way, the participation of the population in the development of their territorial community is directly traced. It also helps to increase the level of society democratization (Wedel, 2013).
Gibson D., Donnelly D., Ivanovich D.	USA	The process of transferring decision-making powers from the highest to the lowest level within the country (Gibson et al., 1991).

Jean-Paul Faguet	Great Britain	Delegation of functions and powers by the government, with all necessary attributes such as administrative, political and economic. Local authorities act as separate units in the administrative-territorial and functional sense, according to current regulations of the state (Faguet, 1997).
Kalman Mizsei	Hungary	Decentralization should be used for rapid economic growth and the reallocation of resources. To achieve effective development, local governments must have their own financial resources and tax base as well as the possibility to protect and use their share of central taxes (Swianiewicz, 2002).
Lelechenko A.	Ukraine	Delegation of powers, resources and responsibilities from central to local semi-autonomous public authorities, as well as to private business entities (Lelechenko et al., 2017).

Analyzing the above definitions of "decentralization", it is worth highlighting that they differ only in administrative-territorial units characteristic of each country under study while their essence is reduced to the process of delegating authority to the local level. The decentralization of local self-government is a very important process for the country's democratic development. Thus, decentralization is defined as the process of political devolution of fiscal policy and decision-making from the central level of the government to the local one. The decentralization reform is taking place in almost all countries, especially in the developing ones and those undergoing significant political changes. It is carried out to challenge the monopoly of decision-making by the central government. So, this reform aims to:

1. create a stable democratic system;

2. increase the government's efficiency;
3. stimulate the creation of a sustainable basis for economic development at the local and national levels;
4. make the management more transparent;
5. involve citizens in decision-making.

Decentralization strengthens the principle of transparency and accountability. The principle of accountability works best at the local level because the devolution of power makes the government more accountable for performing its functions. Moreover, decentralization increases citizens' participation in basic decision-making, which has a direct impact on the community. The principle of sub-solidarity of the government closer with the citizens is the basic concept of decentralization. It is also necessary to emphasize that decentralization includes 3 levels, as follows:

6. deconcentration reduces the workload of the center and brings the government closer to the citizens;
7. delegation of certain responsibilities and powers to administrative-territorial units;
8. transfer refers to a situation where the central government transfers political, financial and administrative powers to local authorities (Bratkovskyi, 2018).

Decentralization can be classified into the following types: administrative, political, budgetary and market. The essence of administrative decentralization is to maintain subordination to central authorities. Political decentralization presupposes making management decisions. Budget decentralization consists in the decentralization of financial and material resources, which ensures the economic independence of administrative-territorial units. Market decentralization is the division of analysis and management functions between public and private structures. These types reinforce the general trend and complement each other. Consequently, decentralization, as a specific method of go-

vernance, is a significant tool in the development of local democracy and self-government. It is considered to be a redistribution of powers between the center and the regions in order to facilitate the development of administrative-territorial units and the delegation and sub-delegation of functions and powers to the regions. (Averianov, 2009).

It is interesting to note that most countries have already passed all stages of decentralization, while Ukraine has completed only one of the stages, namely, the formation of amalgamated territorial community (hereinafter ATC) was completed in 2020. The first elections to the newly formed communities were held in October of the same year. In 2014, Ukraine launched an important reform aimed at integrating the country into the European Union. Perhaps its most important component should be the implementation of decentralization policy, which aims to give local governments broader rights and powers to address issues of local importance.

Combining the financial and administrative decentralization with other reforms, which is aimed at strengthening the capacity of communities to function as local governments, and providing community residents with affordable and quality administrative, communal and social services have become characteristic features of the current decentralization model in Ukraine. 1,070 amalgamated territorial communities, which are united into 4,882 communities, have been created in 6 years of reform. It is worth mentioning that the first local elections have been held in 936 amalgamated territorial communities. The government approved long-term plans for the formation of amalgamated community territories in 24 regions, which will cover 100% the country's territory. Up to the present, the area of formed ATCs constitutes almost 47% of the total area of Ukraine. More than 70% of the population of Ukraine lives in ATCs and cities of regional significance (Government Portal, 2021).

In accordance with the adopted Law of Ukraine dated 16.04.2020 No. 562-IX "On Amendments to Certain Laws of Ukraine on Defining Territories

and Administrative Centers of Territorial Communities", the Cabinet of Ministers of Ukraine identified administrative centers and approved the territories of 1,470 able-bodied amalgamated territorial communities to hold local elections on a new territorial basis in 2020. Owing to the introduction of inter-municipal cooperation, communities were able to consolidate their efforts and launch joint projects. In particular, 1,354 amalgamated territorial communities concluded 604 cooperation agreements (The Verkhovna Rada of Ukraine, 2020). In addition, according to the official data, almost 102 billion hryvnias were allocated in the form of a state subvention for socio-economic development for newly established ATCs (Fig. 1).



Figure 1. State support of ATC in 2020

Source: according to Government Portal (2021)

The essence of decentralization reform in Ukraine is to amalgamate territorial communities in order to maintain the administrative apparatus and im-

plement far-reaching local development projects. The reform implies the obligatory unification (consolidation) of territorial communities, taking into account the positive experience of foreign countries and their historical development. It is worth noting that the consolidation of territories within the community has its own reasonable boundaries. Accordingly, the distance from the center of the community to its farthest settlement should be such that in case of emergency it can be overcome in no more than 30 minutes by a fire brigade, an ambulance or a police patrol. The assistance provided over a longer period of time loses its effectiveness dramatically. As for the new borders of the amalgamated territorial communities, they were settled by the regional authorities, taking into consideration all available factors and the opinion of the local population. Rural communities that do not have their own village councils are represented in the local council by their deputies and in the executive committee by village elders. Solving residents' urgent problems in the council and the executive committee is carried out by mayors and deputies. Such important services as administrative and social assistance, territorial centers, fire, law enforcement, sanitary and epidemiological services have been transferred from district centers to the centers of affluent communities (i.e. closer to citizens living outside the district centers). If citizens lack these services, a sufficient number of new ones should be built, financed from the state budget.

In addition, executive bodies of district and regional councils will be established, which real power was transferred to. This factor significantly increases the influence and authority of local governments, as they were elected by residents directly in local elections. Instead of local state administrations, prefects will be created, authorized to control the activities of local governments in accordance with the Constitution and laws. Thus, they are entitled to suspend the decision of regional or district councils and turn to the courts if it contradicts current legislation of the state. If there is a serious violation of the Constitution (for example, a regional council decides to found a "republic"),

the president vetoes such a decision and appeals to the Constitutional Court (International Center for Policy Studies, 2015). However, the Cabinet of Ministers of Ukraine has not yet developed a clear model of the distribution of resources, powers and control limits among national, regional and local levels of government. Therefore, a significant shortcoming of the implementation of decentralization is the inconsistency of the reforms. There can be distinguished some key problems of amalgamated territorial communities that directly hinder the achievement of their financial capacity:

- a significant reduction of local government revenues (started in 2019), which does not correspond to the expenditure powers delegated to local authorities;
- the lack of an opportunity to dispose of land plots located outside the settlements of the ATC, which is explained by the incomplete transfer of land from the state ownership to the communal ownership of the amalgamated territorial community. Accordingly, it significantly narrows the possibility of receiving payment for land, which is the main financial resources local governments;
- low-qualified specialists in charge of community management, taxation, investments, innovations, project financing that leads to the inefficient use of financial resources or the inability to absorb state subsidies by amalgamated territorial communities;
- the lack of incentives for more financially viable communities to unite with depressed areas (Osypenko, 2019).

When studying the international experience in implementing decentralization mechanisms, it is possible to find a number of differences. Thus, some successful projects have not become widespread in Ukraine, whereas others are just being prepared for implementation. The term “full decentralization of power” is often used in the local legislation. This process is quite complex and long but necessary for the formation of independent and capable territorial

communities. Nowadays, Ukraine has the task of creating its own model of decentralization. The governance system that was developed in Ukraine, that is, the government - the region - the district - the village council, deprived local authorities of the opportunity to implement effective policies in the residents' interests. The expediency of decentralization is evidenced by the practice of foreign countries. For example, in Poland, 85% of the budgets of local communities are used without the consent of the central government while in Switzerland, each local community decides what percentage of taxes it will pay to the center (Zhuravel, 2007).

Foreign experience shows the importance of decentralization for countries in process of profound changes in the system of social relations regulation. Moreover, decentralization is an effective way to change the essential characteristics of society. It is also necessary to determine the main features of local government models, which is illustrated by the following table 2:

Table 2. The models of local self-government in foreign countries

Model of local self-government	Countries	Characteristics of the model
Continental	Poland, France, Italy, Bulgaria, Spain, Belgium, the Netherlands	A symbiosis of local self-government and public administration. The hierarchical structure of the government, where territorial authorities are part of the state power chain. The lack of full autonomy of the local self-government, the presence of controlling officials authorized by the state
Mixed	Austria, Germany	The body elected in local elections can act both as a municipal government and as a state one
Anglo-Saxon	Great Britain	Significant independence of the municipal government, the ability of the population to control and elect their representatives

		to these authorities. The lack of state-authorized persons who control the work of the local self-government and local state administrations

Furthermore, the successful implementation of the local government reforms can be exemplified by Sweden, Denmark and Finland. Thus, in Sweden, the association of municipalities centered in neighboring cities is enshrined in law. In Finland, attempts were made "from above" to reduce considerably the number of municipalities as it was done in Sweden and Denmark. The principle of voluntary unification prevailed after numerous discussions of territorial reform. In order to perform the tasks and powers provided by the state in the areas of education and social protection of children, subsidies from the state were introduced. Besides, to unite even more territorial units, the state was guided not by administrative but by financial and economic methods and granted additional allocations and subsidies. However, the reforms that were carried out voluntarily gave a positive result. That is why, they should be adapted for the reform in Ukraine (Ruzhetska, 2017).

It is also worth mentioning that while implementing the reform, France was primarily concerned with increasing subnational autonomy, creating regional autonomy, and reducing the weight of the state and prefects in local governance. It is interesting to note that France was previously considered to have the most centralized government. Currently, it is the country with more than 36,000 territorial communities and one of the five countries with the greatest economic potential. France passed a law on the formation of agglomerations, namely the formation of communes out of several settlements. It will solve the problems of communities' population, save the state material resources and help the territory to earn money on its own. The policy of this country is de-concentration (transfer of powers from the state to municipalities) and decon-

centration (transfer of administrative functions of the state to local governments) (Arkhyenko, 2018).

Similarly, Sweden did not avoid a broad reorganization of local government due to the "paradox of numbers" (Demchak, 2015). There was a need to reconsider the number and the size of local units, as by the mid-1940s there were more than 2,000 communes with a population of only a few hundred. Such communes were constantly short of funds and, therefore, could not effectively perform their functions. During the reforms, Sweden implemented a number of legislative and organizational measures aimed at reducing the number of municipal units by maximizing their size. As a result, the number of municipalities decreased by almost ten times, that is, in 2003 there were only 290 municipalities in the country with an average population of 30 thousand people. At the same time, the revision and the redistribution of functions and responsibilities between the central, regional and local levels of government were realized. Their main objective is to strengthen decentralization in management and expand opportunities for local authorities in addressing all the issues related to the livelihood of the population in their jurisdiction (Tkachuk, 2015).

Accordingly, the highest level of decentralization of local self-government can be traced in Sweden. Along with Norway and Denmark, this country is implementing "free local government" that involves the increase in the level of local autonomy and independence from the center. It aims to improve the field of public administration, monitors various aspects of the transformation and the revitalization of local governments. At the same time, local conditions are taken into account, and local communities and governing bodies are given significant powers and opportunities to manage on the ground. Municipalities participating in the experiment (only voluntarily) receive considerable freedom from the government. Mild pressure and certain time limits for the voluntary period of unification in Sweden encourage Ukraine to seek similar methods. Given the complete distrust of the population in public authorities, Sweden's

reforms is useful in terms of understanding the reality (unreality) of the voluntary association of communities. (Demchak, 2015).

Over the years of decentralization in Ukraine, it is possible to identify achievements and problems that still need to be addressed. Taking into consideration the importance of decentralization and difficult conditions for its implementation, it is not surprising that the reforms of regional policy was quite difficult and ambiguous. Among the most important achievements there are the completion of the unification of territorial communities, the consolidation of districts, budget decentralization, and the improvement of mechanisms for amalgamating communities without holding new elections in the ATCs. These achievements should also include the revival of the economic activity in the ATCs and the emergence of new opportunities for cooperation between communities to solve common problems.

At the same time, enough problems remain unresolved. The most critical ones are the following: the lack of constitutional consolidation of reforms related to decentralization, the absence of legal regulation of the communities' ability to manage agricultural lands, and the significant increase in tensions between the center and the regions. The problem of politicization of the activities of local self-government institutions due to the peculiarities of the electoral system needs to be solved as well. In addition, certain dangers of possible "enclavization" of an ATC on linguistic or ethnic grounds should not be underestimated (Kruhlov & Bureha, 2021).

The success of the reform in terms of improving the material security of towns, urban villages and villages as well as expanding the range of their powers to use available resources promote the creation of the centers of economic activity at the local level and conditions for unlocking the internal potential of communities. In contrast to these progressive steps, the management of territorial communities has not started to function properly yet due to the unregulated redistribution of rights, responsibilities and powers between terri-

torial communities and towns, urban villages and villages. Objective conditions for changing the division of powers are the following:

- 1) the need to change regulations of local self-government, local executive power, financial and organizational support of communities;
- 2) the need for the implementation of the principles of local self-government owing to integration of Ukraine and the European Union, which leads to the improvement and adjustment of local policies and governance on the ground;
- 3) the need to take into account the challenges posed by external and internal factors of statehood and the peculiarities of this reform in different regions (Shevchenko et al., 2020).

The goal of amalgamated territorial community is to improve the quality of public service delivery. It is worth noting that larger communities can provide relevant services more effectively, primarily in view of "economies of scale" (Swianiewicz, 2002). The results of the comparative analysis of the territorial communities associations in different countries show that local governments in communities with a population of 25...250 thousand inhabitants are considered the most effective ones (Ebinger et al., 2018). Obviously, this conclusion is not universal, as public services can vary greatly between small and large communities. For example, patrol police will work more effectively in small communities, while large communities will be able to provide better specialized medical services.

Large communities have become more able to provide a wide range of specialized and capital-intensive public services to their residents. At the same time, researchers warn of the risks of a simultaneous increase in their cost. Thus, the association of territorial communities strengthens the capacity of local governments to provide more diverse and high-quality services to community residents. The analysis of practical implementation of the reform in European countries demonstrates that in the vast majority of cases the ability of

self-governing bodies of amalgamated territorial community to provide quality public services is growing (OECD, 2014).

Apart from that, there can be distinguished the following positive aspects of decentralization: the possibility of the communities' population to participate in the management of their community and decision making directly during the election of their representatives to municipalities; creating necessary conditions for the rapid development of territorial communities; the distribution of funds in order to quickly resolve urgent issues of local importance; improving conditions for the local economic development; promoting transparent local decision-making; increasing the responsibility of local governments for their activities to the community; and improving the services quality.

However, the decentralization reform also has its negative aspects such as the reduction of the ability to influence the macroeconomic situation at the national level; lack of coherence of delegated powers; slowing down the implementation of state programs. They are attributed to the fact that more importance is attached to local development. Therefore, it caused the incapacity of central authorities to control liability for the provision of services to the population of territorial communities and the inconsistency of the transferred tasks and powers with the available resources for their implementation (Khrebtii, 2019).

4. Conclusion

To sum up, by 2021, in Ukraine capable, although not financially viable, amalgamated territorial community were established. Moreover, the mechanisms for implementing the reforms of the administrative-territorial system) of the local government reforms are being developed. It is at this transitional stage that the use of foreign experience is important. The international experience makes it possible to identify the following aspects that will help in the implementation of decentralization in Ukraine:

7. increasing the level of the local authorities' responsibility for their activities;
8. enhancing the responsibilities, powers and rights of municipalities to address local issues and make decisions;
9. implementing the decentralization reform while preserving the territorial integrity and sovereignty;
10. establishing the principle of subsidiarity to overcome the problems and conflicts of interest between the state executive bodies and local governments;
11. introducing the regional policy to ensure regional development;
12. dividing the rights, the responsibilities and the powers of different levels of government in order to achieve a balance of interests between them.

The reforms carried out in foreign countries show that decentralization will play an important role in the transformation of society and the transition to democracy. In general, its implementation can be observed in the administrative, political, financial, and social spheres. In addition, it significantly promotes the development of human potential, the government responsibility, the public services quality, the society democratization and facilitate solving economic, legal, political, social and ethnic problems.

IURI G. BARABASH

yu.g.barabash@nlu.edu.ua

Department of Constitutional Law of Ukraine

Yaroslav Mudryi National Law University

61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

NATALYA M. VAPNYARCHUK

Department of Legal Research Coordination

National Academy of Legal Sciences of Ukraine

61024, 70 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

HALYNA V. TATARENKO

Department of Constitutional Law

Volodymyr Dahl East Ukrainian National University

93400, 59-a Tsentralnyi Ave., Severodonetsk, Ukraine

IVAN I. OMELKO

Department of State Building

Yaroslav Mudryi National Law University

61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

MALVINA V. DANYLOVA

Research Institute for Social Security, Politics, Law, Finance and Business

01231, 40B Hlybochytska Str., Kyiv, Ukraine

COMPARATIVE ANALYSIS OF SOCIAL PROTECTION MODELS OF THE EUROPEAN UNION AND UKRAINE

ABSTRACT

Modern socio-political practice of developed democracies of the world shows that the most successful are those where the whole system of public administration puts people first. The social security system plays an extremely important role in this matter. Without it, it is difficult to imagine the successful construction of a welfare state. From this point of view, it is interesting to study the experience of developed democracies in social security and the application of this experience in Ukrainian political realities. The methodological basis of scientific work is a set of general and special methods and techniques of scientific knowledge, the practical application of which allowed to obtain scientific

cally sound conclusions. The purpose of this work is to characterize the main models of social policy, comparative analysis of models of social protection in European Union member states and Ukraine, identify the main positive and negative aspects of each, as well as justifications and proposals for adapting European best practices in Ukraine.

Keywords: social policy model; the social protection; social insurance; socially oriented economy; social standards.

Summary: 1. Introduction – 2. Materials and methods – 3. Results – 4. Discussion – 5. Conclusion

1. Introduction

One of the most important constitutional characteristics of the Ukrainian state is its characterization as a social state. The term “welfare state” has been used in Western Europe since the late 1940s. The most important feature of this type of state is the high level of social security and social protection of its citizens. Achieving this level is possible through effective social policy. State social policy is the actions of the state in the social sphere, pursuing certain goals, correlated with specific historical circumstances, supported by the necessary organizational and advocacy efforts, financial resources and designed for certain milestones of social results. Despite the fact that the main subject of social policy is the state, along with it, other, non-state actors, in particular, trade unions and political parties, play an active role in social policy.

The main indicators of the effectiveness of social policy are the level of well-being, education, public health, social stability, constructive relations of social groups, etc. An important place in achieving this goal is the strategy of social policy, which is a kind of plan for solving social problems of the country at each stage. In a democratic society, the pluralism of ideologies and the presence of different actors give rise to a variety of goals and a variety of social policy strategies. Each of the strategies is an integral part of one or another ideology and program of social development.

Given the multi-vector nature of social policy in the process of its implementation, it is important to take into account all its directions, not admitting some and not ignoring others. The effectiveness of social policy at any level depends largely on the state of the economy, the availability of the necessary funding for social programs from the state, local governments, enterprises, sponsors, etc. In the process of Ukraine's movement towards the welfare state, improvement of social policy and social strategy, it is important to skillfully and appropriately use international experience in this field, taking into account the mentality of Ukrainian society.

Ukraine, striving to become an equal member of the European community, must also be clearly aware of the need to change social policy priorities. Choosing possible alternatives is too difficult a task, but the leading idea of social policy must remain the desire for greater justice in society and sustainable development. Today, Ukraine is in a very difficult situation (military events in the East, deteriorating economic situation, significant social tensions), which significantly complicate the implementation of social policy and create a field of uncertainty. In this regard, research aimed at creating a scientific basis for the development and implementation of effective policies for social protection and support in the European Union (EU) and Ukraine is particularly relevant.

Social policy in Ukraine today is characterized by inconsistency, inconsistency, and most importantly - a lack of focus on maintaining high living standards. At the same time, Ukraine is considered a welfare state, as a third of GDP is redistributed through the budget. Ukrainians are the first to retire and receive it, even if they have not paid taxes all their lives. The state keeps not only pensioners. Financial support accompanies Ukrainians from birth to death: birth assistance, payments to large families, orphans, the disabled, students, unemployment benefits, payment for housing and communal services, payment for housing for migrants. The social budget in Ukraine can be compared in size with the military. However, Ukrainians live poorer than their

neighbors (Borysova et al., 2019). Therefore, we consider it necessary to analyze the existing classical models of social policy and propose the use of positive experience of developed countries in the field of social policy for use in Ukraine.

The issue of the model of social policy, building an effective social policy in Ukraine and the EU has been addressed in the works of many domestic and foreign scholars such as V.V. Gretska-Myrhorodska (2018), A.O. Simakhova (2018), Yu. V. Tyuleneva (2019), O.V. Bilozir (2018), T.B. Tokarsky (2018). At the same time, the issues of adaptation to the Ukrainian realities of the experience of developed democracies are insufficiently studied, so there is a need to conduct this study¹.

1 Below are the references of this article. Berezina, S.B. (2018), Social insurance as a tool of social risk management. *Economy and State*, 7, 22–29.

Bilozir, O.V. (2019), Organization of social dialogue and partnership in the context of European integration. *Public Administration and Customs Administration*, 4(23), 13-20.

Borysova, V.I., Ivanova, K.Y., Iurevych, I.V., & Ovcharenko, O.M. (2019), Judicial protection of civil rights in Ukraine: National experience through the prism of European standards. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, 10(1), 66-84.

Chochia, A., Troitiño, D. R., Kerikmäe, T., & Shumilo, O. (2018). Enlargement to the UK, the referendum of 1975 and position of Margaret Thatcher. Brexit: History, reasoning and perspectives (pp. 115-139) doi:10.1007/978-3-319-73414-9_7

Drymalovska, K.V., & Bala, R.D. (2021), State social policy: Essence, models, directions. *Problems of Economics*, 1, 178-184.

Gretska-Myrhorodska, V.V. (2018), Peculiarities of choosing a model of socially oriented economy in the conditions of market transformation. *Scientific notes of Tavriya National University named after V I Vernadsky*, 29(68), 6-11.

Irtysheva, I.O., Gurina, O.V., & Rabotin, Yu.A. (2018), Opportunities for implementation of the experience of social development of EU countries in domestic practice. *Scientific Bulletin of Uzhhorod National University*, 20(2), 6-11.

Jayet, C. (2020), The meaning of the European Union and public support for European integration. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 58(5), 1144-1164.

Kniazieva, T.V., Shevchenko, A.V., Shevchenko, A.V., Yaroshenko, O.M., Inshyn, M.I., & Yakovlyev, O.A. (2021), Current trends in the formation and development of insurance marketing in Ukraine. *Risk Management and Insurance Review*, 24(3), 279-292.

Kochkova, G.V., & Dei, M.O. (2020), The impact of international legal standards in the field of protection of labor rights of judges and European. Radio for Ukraine to reform the national legislation on labor relations with judges. *Magazine KUP*, 1, 352-356.

Lavryk, O. (2021), Social insurance in Ukraine: Current status and prospects. *Economic Analysis*, 31(2), 107-113.

Leonenko, T.M. (2020), *Medical insurance as an element of the system of social protection of the population of Ukraine*. Sumy: Sumy State University.

Lepyokhin, O.V., & Ivashchenko, O.V. (2019), The impact of the model of socio-economic development of the country on tax security of the state. *Scientific Bulletin of Kherson State University*, 34, 125-128.

2. Materials and methods

The methodological basis of scientific work is a set of general and special methods and techniques of scientific knowledge, the practical application of which allowed to obtain scientifically sound conclusions. The basic methodological basis of the article is the dialectical method, which allowed to reveal the subject of research systematically, fully, in dynamics, the relationship of its structural components. With the help of formal-logical methods (analysis, synthesis, generalization, etc.) the main definitions were formulated, which were used in the study. The logical method of research determined the sequence of the stated judgments and inferences. Its application made it possible to formu-

-
- Lutsenko, O. (2019), Anticorruption compliance: International experience in legal regulation and innovation for Ukraine. *Humanities and Social Sciences Reviews*, 7(5), 765–770.
- Makhortov, Yu.O., & Telichko, N.A. (2018), Innovative approaches to improving the management system of social protection. *Problems of Innovation and Investment Development*, 17, 4-14.
- Pashkov, V. M., Golovanova, I. A., & Olefir, A. A. (2016). The impact of the legal regime of intellectual property protection in the pharmaceutical market. *Wiadomosci Lekarskie* (Warsaw, Poland: 1960), 69(3), 582-586.
- Reznik, O., Getmanets, O., Kovalchuk, A., Nastyuk, V., & Andriichenko, N. (2020), Financial security of the state. *Journal of Security and Sustainability Issues*, 9(3), 843-852.
- Romanovska, Yu.A., & Snitko, I.V. (2021), Social role of personal insurance in social protection of the population of Ukraine. *Eastern Europe: Economics, Business and Governance*, 1(28), 83-90.
- Shevchenko, A., Kydin, S., Kamarali, S., & Dei, M. (2020), Issues with interpreting the social and legal value of a person in the context of the integrative type of legal-awareness. *Fundamental and Applied Researches in Practice of Leading Scientific Schools*, 38(2), 54-61.
- Simakhova, A.O. (2018), Indicators for assessing the effectiveness of the social economy model at the global level. *Bulletin of the Dnieper University*, 26(10), 95-100.
- Smirnova, I.I., Lykhoshva, O.Y., Rak, N.V., & Gorieva, L.A. (2021), Social protection of the population at the present stage: The state and problems in Ukraine. *Economic Bulletin of Donbass*, 2(64), 201-208.
- Sydorenko, V., Shorobura, I., Ponomarenko, A., Dei, M., & Dzhus, O. (2020), Application of technologies of formal and non-formal education for continuous professional development of the modern specialist. *Revista Tempos E Espacos Em Educacao*, 13(32), 1-24.
- Tokarsky, T.B. (2018), The main aspects of social policy of the European Union. *World Science*, 5(2/30), 132-136.
- Tyuleneva, Yu.V. (2019), Features of state social policy in Ukraine. *Modern Problems of Economics and Entrepreneurship*, 24, 40-46.
- Verkhovna Rada of Ukraine. (2000), Law of Ukraine On State Social Standards and State Social Guarantees. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2017-14#Text>
- Yaroshenko, O.M., & Tomashevski, K.L. (2021), The impact of COVID-19 on labour and social security relations: Rule-making experience of Belarus and Ukraine. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(2), 211-221.
- Zelenko, N., & Zelenko, V. (2019), Features of the functioning of European models of social protection: Experience for Ukraine. *Bulletin of Lviv University. Economic Series*, 20(2), 57-67.

late such basic concepts as “social protection”, “social security”. The comparative legal method allowed to study the norms of domestic law, which are expressed in the system of legal acts of different legal force and regulate the issue of public administration in the field of social protection, and compare them to formulate proposals for borrowing positive experience of the European Union. also highlight the determinant characteristics of public administration in the field of social protection in Ukraine.

The application of the structural-system method allowed the classification of European models in the field of social protection. Statistical and sociological methods were used to analyze and summarize empirical information related to the research topic. The study also used a modeling method to develop and formulate areas for improvement and practical principles of improving the efficiency of public administration in the field of social protection in Ukraine and proposing a new model of social protection in Ukraine. The integrated application of these methods ensured the completeness and objectivity of the provisions presented in the study.

A number of articles related to the research topic were also analysed, such as “State social policy: essence, models, directions” (Drymalovska & Bala, 2021), “Peculiarities of choosing a model of socially oriented economy in the conditions of market transformation” (Gretska-Myrhorodska, 2018), “Indicators for assessing the effectiveness of the social economy model at the global level” (Simakhova, 2018), “Features of state social policy in Ukraine” (Tyuleneva, 2019), “The impact of the model of socio-economic development of the country on tax security of the state” (Lepyokhin & Ivashchenko, 2019), “Innovative approaches to improving the management system of social protection” (Makhortov & Telichko, 2018), “Social insurance as a tool of social risk management” (Berezina, 2018), “Opportunities for implementation of the experience of social development of EU countries in domestic practice” (Irtyshcheva et al., 2018), “Features of the functioning of European models of social pro-

tection: experience for Ukraine” (Zelenko & Zelenko, 2019), “The main aspects of social policy of the European Union” (Tokarsky, 2018), “Organization of social dialogue and partnership in the context of European integration” (Bilozir, 2019), “The Meaning of the European Union and Public Support for European Integration” (Jayet, 2020), “Social protection of the population at the present stage: the state and problems in Ukraine” (Smirnova et al., 2021), “Medical insurance as an element of the system of social protection of the population of Ukraine” (Leonenko, 2020), “Social role of personal insurance in social protection of the population of Ukraine” (Romanovska & Snitko, 2021), “Social insurance in Ukraine: current status and prospects” (Lavryk, 2021).

3. Results

The current stage of development of society has radically changed the idea of driving forces and the relationship of various factors of development, the role and place of man in civilizational progress. The experience of the economically developed countries of the European Union (EU) shows that human capital, the quality of the workforce and the motivation for efficient work are crucial. The new concept of the XXI century is focused on human development and is gradually displacing the previous one, the driving force of which was the accumulation of material wealth. It is human and social capital that currently provide the highest rates of economic growth, and it is those countries whose policies are primarily focused on human development (the EU is a prime example) that achieve the highest level of prosperity for their nation.

According to the standards of the Council of Europe and the European Union, social security is classified as a system that includes other forms of social protection in addition to social security (through social insurance), including state social assistance, and special and special (additional) social protection for certain categories. people. This understanding is important for national legislation, as there is still no general law on social protection in Ukraine. In the social protection systems of the vast majority of EU countries, social insuran-

ce plays a key role and is their most important element. Therefore, a comparative analysis of Western European models of social protection and / or social insurance, due to historical and political circumstances, allows us to draw appropriate conclusions and recommendations for further reforms in Ukraine.

Social policy is the defining direction of domestic policy. It is a component of general policy, embodied in social programs and various activities aimed at meeting the needs and interests of people and society. Social policy - the activities of the state aimed at creating and regulating the socio-economic living conditions of society in order to improve the welfare of members of society, eliminate the negative effects of market processes, ensure social justice and socio-political stability in the country; socio-economic measures of the state, enterprises, local authorities, which are aimed at protecting the population from unemployment, inflation, devaluation of labor savings. The basic concept of social policy is based on the satisfaction of equal basic human needs - health, income, education, work, housing, personal security (Drymalovska & Bala, 2021; Lutsenko, 2019).

Social policy in the narrow sense means the activities of its subjects in the formation of social security of the individual and society. In a broad sense, social policy is a system of managerial, regulatory, self-regulatory ways and forms of activity of subjects, a set of principles, decisions, actions embodied in social programs and social practice to meet social needs, balance social interests, social groups, achievement of social goals, solving social problems, formation of social values. At the same time, in a broad sense, social policy is a system of not only institutional but also supra-institutional (those within the competence of other social institutions), state and public, public and personal, individual ways and forms of activity aimed at social development, creating conditions for comprehensive self-realization of human social potential, its essential forces.

Social policy means in a broad sense the activities of national authorities to organize and maintain the welfare of the state for the benefit of its citizens. To implement social policy, the state by regulating intervenes in the redistribution of public goods, reduces the negative effects of the labor market. The redistribution of public goods by the state is the main task of social policy. This is done in order to ensure collective social needs (health care, labor protection, education, vocational training, etc.) and social security of the part of the population in need of state assistance (pensioners, the disabled, the unemployed, large families). That is, social policy is seen as a national phenomenon. However, within the European Union, it has become a pan-European phenomenon (Gretska-Myrhorodska, 2018). In foreign social practice, three models of the welfare state and, accordingly, of social policy have become universally recognized: liberal (or Anglo-Saxon), continental European (conservative), and Scandinavian (or social democratic). This classification is based on the principles of accessibility, coverage and redistribution of income in social security systems. It was also important to clarify the role and extent of the influence of political forces (parties, movements, state authorities) on these processes.

The liberal model of social policy is based on the presence in the public consciousness of faith in the regulatory capabilities of the market and a developed system of private charity. Its formation took place in conditions of dominance of private property, market relations and under the influence of liberal labor ethics. This model has been widely developed in Australia, the United States, Canada, the United Kingdom and Japan. The main conditions for the functioning of the liberal model were minimal state intervention in market relations and limited application of state regulatory measures (Kniazieva et al., 2021). The public sector has only a small share in the gross domestic product. That is why the dominant role in the social sphere is played not by state bodies, but by private charitable organizations created on various grounds - ethnic, religious or other. This model provides for government social protection responsi-

bilities only for the most vulnerable. Other citizens must provide for themselves. That is, in social issues, in particular, to ensure their well-being, preference is given not to the state, but to the personal efforts of each individual citizen. Under this model, social support for citizens is provided through developed insurance systems and with minimal government intervention, and problems that arise between employers and employees regarding social protection are solved mainly through trade unions (Simakhova, 2018; Reznik et al., 2020).

The liberal model is characterized by the provision of targeted social assistance to the poorest groups while strengthening the insurance principle of financing social programs, as well as the growing role of personal funds in the payment of social services. The state finances from the budget only the services included in the list of minimum guarantees. Financial assistance is targeted and is provided only if necessary and verified. For the implementation and successful functioning of this model in the field of industrial relations, the maximum conditions for the development of entrepreneurial activity must be created. Business owners are not limited in making independent decisions on the development and restructuring of production, including dismissals.

In addition, one of the varieties of this model of social policy, which has long been applied and justified in the developed world, is the neoliberal model. It is based on the basic principles of British social policy, developed and implemented during the reign of British conservatives, including Prime Minister Margaret Thatcher and her successor, Labor Tony Blair. The essence of Margaret Thatcher's social policy was to maximize its transfer to a commercial basis with a significant reduction in public spending on the social sphere (health, education, housing, social security). To this end, the government carried out the privatization and creation of the market for social services, attracting non-governmental organizations on a contractual basis to provide them. However, the unitarity of Great Britain did not allow the state to completely lose its in-

fluence in the social sphere. Moreover, the basic principles of public policy were ultimately determined by the state (Tyuleneva, 2019).

Tony Blair's Labor government, which replaced the Conservatives, announced a new political course - the "third way", which excluded adherence to both right-wing and left-wing ideology. The liberal model is fully in line with its main purpose in conditions of economic stability or recovery. However, it is not effective in times of crisis, recession or forced reduction of production, which is accompanied by the inevitable reduction of social programs, which leads to a significant deterioration of many social groups, especially women, youth, the elderly. Thus, the essence of liberal policy is to reduce the role of the state in solving social problems of citizens, giving them as much freedom as possible to solve them independently. Characteristically, such social policy is possible in the complete absence or weakness of left-wing political forces or their representatives in government, as their main slogans are social protection of the population from possible social upheavals and increasing the role of the state on this issue.

The continental European (conservative) model is based on combining efforts to solve social problems, when the responsibility of the individual entrepreneur is replaced by a system of their mandatory collective responsibility under state control. The model assumes the existence of a corporate social protection system within enterprises. The government uses social partnership as a mechanism for reconciling the interests of employees and employers, a tool for regulating the class struggle in order to increase the level of social protection of the employed population (Lepyokhin & Ivashchenko, 2019). This model is a prerequisite for a highly and well-organized society and is the result of a society's political commitment to welfare. The corporate type combines different features: pronounced stratification both in terms of income (especially in France) and social status. The state's position here is much stronger; budget contributions for social activities are approximately equal to the insur-

ance contributions of employees and employers; the main channels of redistribution are either in the hands of the state or under its control.

At the same time, the state seeks to give preference to the insurance protection system. Due to this, the amount of social assistance is proportional to the income and the amount of contributions to insurance payments. For example, Germany spends a lot of money on social programs. If in 1960 the share of expenditures for these purposes was 20.4 percent of GDP, in 1981 it reached 29.2 percent. However, in times of economic turmoil, spending on social programs is significantly reduced. A distinctive feature of the continental European model is the “self-government” of insurance companies, which are jointly managed by business owners and influential unions representing the interests of employees. The amount of guaranteed unemployment benefits depends on length of service, and the timing - on the duration of insurance premiums, their size and age of the employee. In many countries, the period for unemployment benefits has been extended to people over 50 (Makhortov & Telichko, 2018).

Scandinavian (or social democratic) model. The leading role in the social protection of the population is assigned to the state and provides basic support to all citizens of the country from the state and local budgets generated by taxes. Unlike the liberal model, where everyone cares about their own well-being and security, this model of social policy is based on the concept of “solidarity”, in which social protection is seen as a matter of society as a whole, not individuals. That is why it is often called solidarity. This model has found practical application in the countries of northern Europe - Sweden, Norway, Finland, Denmark, as well as in the Netherlands and Switzerland. The social-democratic model is based on the following principles of social protection: all people have the same value, regardless of age and productivity, society can not abandon the “weak” elements and must create conditions for them and provide opportunities to meet their needs; social services are provided on a volunta-

ry basis (Berezina, 2018). In case of lack of voluntariness, the state may use coercive methods; social protection must be continuous, comprehensive and cover all spheres of human life; social protection must be flexible, accessible and able to equalize social conditions for all groups of the population. This approach helps to bridge the gap in the social capabilities of both “weak” groups and society as a whole. In particular, everyone should have an equal opportunity to receive education, qualifications and paid work, ie to become normal self-sufficient members of society.

The priority tasks of the state social policy are considered to be general employment and equalization of incomes of the population and mitigation of stratification of society by income level. The developed public sector of the economy is the basis for financing the social sphere, which is strengthened by a high level of taxation. The share of government spending in GDP is 66 percent in Sweden, 61 percent in Denmark and 56 percent in Finland. The main part of these costs goes to meet the social needs of the population. Transfer payments, due to which the national product is redistributed in favor of the poorest sections of the population, also make up a significant part. The main feature of this model is the universalization of social protection as a guaranteed right of all citizens provided by the state. The model has a high role of the state in the socialization of income and national social governance mechanisms. The state ensures a high level of quality and universal access to social services (including free medical care, education, etc.). The Scandinavian type of welfare state is characterized by universalism and redistribution of income through a progressive system of taxation. This model is based on a social insurance system with certain contributions from employees and employers. The fight against poverty is combined with the maintenance of high living standards for all citizens (Berezina, 2018).

The economic basis of this model is efficient production, full employment, strong associations of employers and trade unions, contractual relations

between them, which are controlled by the state, a high level of redistribution of social product. Social policy is financed by the state from the budget (through the tax system). The state ensures the implementation of guaranteed rights and actions of social protection and is responsible for the active functioning of various non-state social services. This is possible with strong and decentralized management (Irtysheva et al., 2018). In countries where this model of social policy is applied, taxes are usually quite high, indirect and related to the retail sale of goods and services to the public. Income is taxed on a progressive scale. At the same time, the profitable progression is quite significant, so Swedish entrepreneurs often resort to registering their companies in Europe to avoid tax influence. The Swedish doctrine of the welfare state was the most popular. It reduces the care of the state for its citizens to the rank of a national cult, promising to provide them with security, reliability and protection in threatening situations. Citizens are independent of relatives or charity, and even more so of the market. The state takes care of a person throughout his life.

The Swedish model is characterized by: regulation of labor relations at the national level (establishment of tariff rates, collective agreements); conducting social policy that provides the least differentiation of the population in terms of income; orientation of employment policy to minimize unemployment, primarily through retraining of workers; development of industrial democracy, etc. Activities in each of these areas have yielded quite impressive results (Irtysheva et al., 2018). By implementing the basic idea of the Swedish model of national solidarity, the government not only ensures equal protection of the interests of all members of society, but also seeks to ensure the well-being of certain groups. Active redistributive policies in the Scandinavian countries have solved the problem of poverty, but failed to completely solve the problems of socially vulnerable groups (disabled, children, the elderly, the unemployed). As a result of the introduction of the principle of proper

protection of social rights of citizens, the level of spending on social protection is quite high, which allows to achieve its effectiveness and support a large number of supporters of the social democratic model. Other distinctive features of this model are a developed system of industrial democracy, regulation of labor relations at the national level, rather than at the level of individual enterprises or industries, the use of available funds to minimize unemployment.

In order to achieve the set goals, in 1977 Sweden reorganized the social department and formulated the tasks of the social service quite broad, but specific and understandable to the population. Among them there are four general areas: income guarantees; measures to protect the environment and service; care (including health) and protection of the working environment. A specific public institution is responsible for each of the areas. The development and implementation of such a model of social policy is possible in a political system where the government is heavily influenced by the working class and social democratic parties. Such a model significantly reduces the level of political confrontation in society, and creates a basis for peace and tranquility in the state. These three models are not found anywhere in the world in their pure form, representing the “ideal types” of the welfare state, each of which has its advantages and disadvantages. In practice, one can observe a combination of elements of liberal, corporate and social-democratic models with a clear predominance of the features of one of them (Zelenko & Zelenko, 2019).

Note that according to the scientist (Zelenko & Zelenko, 2019), politician, former German Chancellor Ludwig Erhard, social policy is a policy not for millionaires, but a policy for millions. The social orientation of the market is the strengthening of state regulation of all spheres of society and, above all, its economic basis. It was under Erhard that the term “welfare state” came into widespread scientific use as opposed to the monetarist state. Unlike monetarism, the welfare state regulates social processes, including and the market, pursues social policy in the interests of the majority of the people. Thus, this

model strengthens the influence of the state on the mechanism of the market through a diverse and interconnected socio-economic, monetary, financial, scientific and technical, investment and environmental policies, which provides the necessary development of production and social problems. For such a model, preference is given to the so-called indicative planning, which involves the establishment instead of policy indicators of certain indicative indicators and parameters.

The “German miracle” was achieved, first of all, due to the correct selection of the socio-economic model of society, the compliance of certain costs (one third) of the total budget for social security. Health insurance is provided. All unemployed and retired workers are undoubtedly subject to sickness insurance. For the purpose of early detection of certain diseases, preventive care is provided for various groups of insured: children under 4 years of age, women aged 30 years and men aged 45 years. Pensions are usually granted after the age of 65. It is possible to receive a pension at the age of 63. The prerequisite for this is insurance experience of at least 35 years. The total insurance period also includes time spent in the army and at the front, unemployment, as well as the period of study in secondary and higher educational institutions and the time of incapacity due to illness. Women are entitled to a pension after reaching the age of 60. This rule also applies to the unemployed. Disabled people who are fully or partially incapacitated also have the opportunity to receive a pension before reaching retirement age (Chochia et al., 2018).

In Germany, more than 11 million retirees receive social security pensions. They, along with active workers, benefit from economic growth and higher incomes. Due to the principle of the dynamics of pensions, they are set again from year to year: pensions increase in line with the overall increase in wages. Recently, pensions have increased more than 19 times compared to the 1950s. The average pension is more than 950 euros. In each case, within a certain amount - the pension depends on the amount of contributions paid in the

past: who for a long time paid insurance premiums at high rates (from earnings above the general level), he is entitled to a higher pension (Irtysheva et al., 2018).

Persons with physical or mental disabilities due to war injuries, general illness or injury are involved in working and social life. There are more than 4 million disabled people in Germany who are unable to cope with the consequences of disability without the help and care of society. All persons with disabilities have the right to appropriate social, psychological, medical and vocational rehabilitation. Activities aimed at their employment and living arrangements begin at the hospital bed and are extended until the time of a certain inclusion of the disabled person in the labor process and life of society. The means of subsistence for the disabled and their families are provided throughout the rehabilitation period by providing assistance, the amount of which is determined as a percentage of previous earnings. They are paid at the rate of 80% of the total amount of earnings and increase as well as the pension provision depending on the pace of economic development (Shevchenko et al., 2020).

The state also provides assistance to those who have and raise children. Families with many children usually have less money than single or childless families. Monthly benefits are paid to families to make it easier to support and raise their children. The state pays 50 euros for one child, 70 euros for the second, and 120 euros for the third and each subsequent child. All parents are entitled to assistance, regardless of their level of income, until their children reach the age of 18, ie coming of age. If children's education takes a long time, the benefit is paid even when they reach the age of 27. Child benefit is not taxable. Unemployed persons will receive from the Labor and Employment Bureau during the year unemployment benefits in the amount of 68% of the last received salary, which should not exceed a certain maximum amount. Unemployed children with child support are also provided with child benefits. Unem-

ployed people who have not had a job for more than 1 year are paid a benefit of 58% of their last earnings. Part-time benefits are paid in the event of short-term downtime. It is calculated depending on the period of downtime and is an average of 68% of earnings that should have received the worker, provided that the downtime did not occur (Tokarsky, 2018).

The German version of social protection, called the social market economy, is of particular interest because it combines high economic efficiency with a developed social protection system based on certain principles. The main ones are the provision of economic freedom, which serves as an incentive for high productivity. The principle itself consists of the following elements:

- freedom of consumption, according to which consumers can choose any goods or services at their discretion;
- freedom of production and trade (enterprises can produce those goods and services that consumers need);
- freedom of choice of workplace, possession and disposal of private property.

Decentralized economic planning of production enterprises is based on the principle of economic freedom. Coordination of decentralized economic planning in a market economy is performed through a market mechanism of interaction between supply and demand. This is the basic idea of a market economy, and economic freedom is the destructive force of this economic system. Ensuring real competition has become one of the important tasks of the state. If the results of the market mechanism become unacceptable from a social point of view, it is important to ensure control by the state. Under these conditions, the principle of economic freedom is complemented by other principles characteristic of the welfare state (Bilozir, 2019).

In Germany, there are various elements of a social market economy that allow the state to adjust the results of market mechanisms and collective bar-

gaining. Profits are distributed through taxes. Low-income citizens are exempt from income tax. What is valuable in the German model is that it provides for labor protection measures, in particular: protection against illegal dismissals; - labor protection of women (prohibition of women's labor in the mining and construction industries, labor protection of mothers and pregnant women); labor protection of youth (prohibition of labor under 15 years, differentiation of working hours and vacation time depending on the benefits of vocational education); protection of workers from industrial and occupational hazards (injuries, excessive noise, poisoning, etc.); regulation of working hours, ban on work on weekends and holidays. The German model is based on a mixed public-private solution to social problems, where the responsibility of the individual entrepreneur is replaced by a system of “compulsory” collective responsibility under state control (Kochkova & Day, 2020).

4. Discussion

One of the most important constitutional characteristics of the Ukrainian state is its characterization as a social state. The term “welfare state” has been used in Western Europe since the late 1940s. The most important feature of this type of state is the high level of social security and social protection of its citizens. Achieving this level is possible through effective social policy. Unfortunately, social policy in Ukraine today is imperfect and contradictory. Due to the lack of a clearly defined concept, strategy and priorities, the necessary economic base, the excessive politicization of Ukrainian society, many social programs are populist, declarative in nature. The development of the concept of the welfare state, taking into account the world experience, on the basis of which it is possible to develop a system of social protection and improve social policy should bring Ukraine closer to European standards of sustainable social development.

In our opinion, social security should be considered in the context of public policy. As you know, the policy-making process consists of five interre-

lated stages, which can be significantly separated from each other over time, namely:

- 1) The stage of problem identification that cannot be resolved under the existing conditions);
- 2) Stage of intentions (different ideas for solving the problem are clarified, alternative proposals are identified);
- 3) Stage of decision (selection and approval of one of the proposed proposals by the authorized body);
- 4) Planning and implementation stage (the mechanism of implementation of the adopted option is determined);
- 5) Stage of evaluation of policy implementation (control over the actual course of action, current evaluation of results, impact, determination of necessary changes).

From this we can conclude that social policy is the direction of action on social phenomena in order to manage social relations and the distribution of social resources. Furthermore, it is a system of special programs or measures to ensure the well-being, improve the quality and quality of life of the entire population; activities for the development of the social sphere, for the satisfaction and harmonization of social needs. Social policy can be also defined as a certain orientation and system of actions to optimize the social development of society, relations between social and other groups, the creation of certain conditions to meet the needs of life. It manifests principles and types of social activity that guide and regulate relations between individuals, groups, communities, social institutions. Areas of social policy are of great importance to people: social security, employment, health care, housing, education. Values in social policy play a crucial role in shaping social policy. The very consideration or acceptance of certain values is based on: views on the nature of human behavior; approaches to the acceptance and understanding of values.

Analyzing the Ukrainian model of social protection, it can be noted that according to the principle of its construction, it best corresponds to the continental European model. The system of social protection in Ukraine includes: the system of social insurance of employees, which is carried out by special-purpose insurance funds and allocations from the budgets of different levels (providing subsidies and various benefits under the relevant programs) (Yaroshenko & Tomashevski, 2021). Ukrainian legislation provides for the following main types of social protection: in connection with temporary disability and burial losses; medical - in case of illness; from accidents at work and occupational diseases that have caused disability; in case of unemployment and other types of insurance provided by the laws of Ukraine. In the system of social protection of Ukraine, the negative examples can be considered the following:

- significant “shadowing” of the labor market (about 40%);
- constant crises in the economy, as well as low wages (compared to the EU, the share of capital in output is higher, and labor - less);
- aging of the population after the occupation of part of the territory the number of contributors equaled the number of recipients of pension benefits and is projected to worsen this trend;
- increased labor migration of the most productive labor abroad (especially to the European Union);
- the Pension Fund, which is forced to be covered from the state budget;
- the lack of real social dialogue in the management of social insurance funds;
- the slow pace and inconsistency of reforms throughout the socio-economic system (Jayet, 2020).

Practically all reforms in the social sphere that have taken place in Ukraine, following the example of the European Union, are designed to help increase the implementation of social guarantees of citizens, organization and

effective development of the domestic labor market as a basic condition for the formation of an effective system of social protection in general. Analyzing the experience of the EU, we can note the gradual convergence of national social protection systems and the formation of a mixed model of social protection. The basis for this is the successful implementation of both common social and other common community policies that have contributed to the formation of a common market, employment policy, entrepreneurship and more. Therefore, similar basic conditions are created for the implementation of national social protection policies in the Member States, such as equalization of economic development, formation of the European labor market, harmonization of relevant legislation, etc. These processes do not bypass Ukraine, which has embarked on the path of European integration (Smirnova et al., 2021).

Given the realities of today and the world experience of forming social states, it becomes obvious that in Ukraine, in our opinion, there are no existing signs of social and legal statehood and its inherent democratic rule of law, comprehensive human rights, freedoms and security. An important factor in social security is human social security, which includes the level and quality of life, which are characterized by a number of indicators. On the other hand, the social security of man, society and the state depends on the socio-economic development of the country, the availability of human, material and natural resources. Legislatively established minimum social standards and guarantees play a significant role in ensuring the income of the population, on the level of which the social security of citizens largely depends. The legal basis for their formation and application is enshrined in the Law of Ukraine “On State Social Standards and State Social Guarantees” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2000).

The state must guarantee social protection at the minimum level for human subsistence. If the state does not establish and provide a guaranteed minimum social assistance, there will be threats to human life and health. The social guarantees of the state are its obligation to maintain the livelihood of a person

at the appropriate level necessary for survival. The limit of these guarantees does not allow to reach the level of normal functioning and human development, but allows to prevent the possibility of physical death. In addition to the minimum social guarantees, the state social protection system uses social guarantees of contractual regulation of labor relations. Their level is higher compared to state social guarantees, tends to increase depending on the level of acceptance - the state, industry, region, enterprise (Sydorenko et al., 2020; Pashkov et al., 2016).

Ukraine needs a new social model, which involves abandoning the old paternalistic system of control and gaining greater economic freedom. This social model should strengthen social justice and cohesion in society and not stand in the way of economic success. This is a difficult political task that hides great risks and even greater chances. The greatest risk would be political inaction and stagnant reforms (Leonenko, 2020). Today, in order for Ukraine to occupy a worthy place on the world stage and the quality of life of citizens to meet European standards, ineffective and unprofitable social policies need to be replaced by policies focused on the needs not only of a particular social group but also of each individual. Today, Ukraine needs to clearly define the model according to which its social policy will be built. At the same time, this social model must be sustainable, in the country's leadership must develop and implement it regardless of the interests of political forces that are in power or will come to power after the next election. To do this, the main characteristics of the new model of social policy of Ukraine should be as follows:

- poverty reduction and strengthening the position and role of the middle class;
- strengthening the competitiveness of the national economy on the basis of an innovative model of development and implementation of an effective state anti-corruption policy;

- outpacing growth of citizens' incomes compared to inflation; reduction of financially unsecured benefits;
- increasing the level of employment and preventing the loss of qualified personnel;
- improving social mobility; spread of the volunteer movement.

For the effective development of the Ukrainian system of social protection and social insurance in particular, it is necessary to achieve coordinated functioning of all its components, as it is largely a connecting component of the labor market and financial market, affects the distribution and redistribution of national products. After Ukraine's signing of the Association Agreement with the EU, the processes of research and adaptation of best practices of member states on the formation and reform of national European models of social protection and the creation of universal recommendations for Ukraine in the EU's common social policy (Romanovska & Snitko, 2021).

The Ukrainian model of socially-oriented economy envisages, first of all, the need to ensure a socially guaranteed minimum of needs, which is “the division between social and economic needs.” Targeted social policy and active employment policy can become a tool for implementing such a model. This model should absorb all the best that works effectively in market economies: the active preventive nature of social policy; creation of social and legal conditions for the implementation of economic initiative of citizens; optimal amount of redistribution of GDP (50%) through the budget at each stage of development; active participation of private and public organizations in providing social services to vulnerable categories of citizens; implementation of the ideas of social solidarity and sub-solidarity; priority of socially vulnerable categories of citizens. What is valuable in this model of socially oriented economy is that it provides not only social protection, but also the creation of such a state organizational and economic mechanism that would help reduce the number of people in need of social assistance (Lavryk, 2021).

The introduction of such a model should involve the implementation of the following strategic objectives of social policy, which should be addressed at the state and regional level: ensuring the implementation of approved state programs; implementation, monitoring of social programs at the regional level; monitoring structural changes in the economy, ensuring livelihoods and maintaining an adequate standard of living; creation of a regulatory framework for the formation of local budgets; creation in the regions of the necessary conditions to ensure equal starting opportunities for life in view of the minimum social guarantees of the state and the budgetary security of one inhabitant; conducting constant social examination of the state and development of the region, development of social forecasts and balanced use of them in making management decisions at the national and regional levels; comprehensive support for entrepreneurship, especially small and medium-sized businesses; streamlining of communal property relations; development of housing and communal services; gradual reform of social infrastructure facilities; providing effective targeted assistance to the most socially vulnerable segments of the population; active youth policy, family support, motherhood and childhood, and targeted social assistance.

5. Conclusion

Social protection of the population as a social institution is a set of economic, social and legal measures of the state that provide all citizens of the country with equal opportunities to maintain a certain standard of living. The concept of social protection can be used in a broad and narrow sense. Social protection in the narrow sense is understood as a set of actions aimed at providing assistance during life crises. Social protection in the broadest sense is a type of collective security that aims to support the well-being of people and includes, in addition to directly helping in difficult life situations, the introduction of mechanisms aimed at preventing such situations. For example, the protection of workers is due to state regulation of the minimum wage. Ideally, the

state should build social protection in such a way that, in addition to solving the individual problems of each person, to ensure the interests of society as a whole. Social protection in the broadest sense includes social assistance, social insurance and social guarantees. The system of social guarantees and social protection is a factor in maintaining not only economic balance in society, but also their dynamic balance in the process of economic change.

Modern models of social policy differ in the degree of state intervention in the socio-economic sphere of society and the degree of social protection of citizens, ensuring freedom of social choice of various segments of the population and the impact of social processes on economic development. The implementation of state social policy in Ukraine requires the study of world experience and its adaptation to Ukrainian realities. Therefore, today we should pay attention to a thorough analysis of European models of social policy and determine which of the current models of social policy will meet the modern requirements of Ukrainian society. It should be noted that the development of a progressive and effective model of social policy is one of the main indicators of the well-being of civil society and the country's position in the international arena.

The Constitution proclaimed Ukraine a welfare state, which means the priority role of the state in ensuring the social and economic rights of citizens. However, the economic situation and the imbalance and underdevelopment of the current system of social protection and social security do not allow to make this declaration a reality. Transformation processes in Ukraine are associated with political and economic transformations that significantly affect social relations in society and social protection of the population. Therefore, one of the most pressing issues today is to improve the social protection system, which should be based on improving the funding of specific measures provided by relevant government programs, which, in turn, should promote economic development and improve living standards. An integral part of the process

of advancing Ukraine on the path to the EU and building a socially oriented economy is the introduction of scientifically sound social policy, creating an effective system of social protection.

The problem of reforming the social insurance system in Ukraine, as well as social protection in general, has been studied since Ukraine's independence. However, after the signing of the Association Agreement between Ukraine and the EU, the reform of the national social protection system was updated in accordance with the plan of implementation of this agreement and using the best practices of European countries, which led to a new vector of research. A comparative analysis of social protection systems in the EU showed that further and more thorough research in Ukraine requires such problems as de-shadowing the labor market, restoring the insurance principle in the formation of trust funds, restoring the principle of social justice, transparency in social protection, real social dialogue in the management of insurance trust funds, implementation of new forms of social security.

OLEG M. YAROSHENKO

Department of Labor Law

Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
yaroshenko8204@edu-knu.com

OLEKSANDR M. PYZHOV

Directorate for European Integration, Budgeting and Policy Coordination
Ministry of Education and Science of Ukraine
01135, 10 Peremohy Ave., Kyiv, Ukraine
pyzhov8204@acu-edu.cc

OLENA S. ARSENTIEVA

Law Faculty

Volodymyr Dahl East Ukrainian National University
93400, 59-A Tsentralnyi Ave., Severodonetsk, Ukraine
arsentieva8204@sci-univ.com

VOLODYMYR M. HARASHCHUK

Department of Administrative Law

Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
harashchuk8204@neu.com.de

MYKOLA I. INSHYN

Department of Labor and Social Security Law
Taras Shevchenko National University of Kyiv
01033, 60 Volodymyrska Str., Kyiv, Ukraine
inshyn8204@edu.cn.ua

ALTERNATIVE RESOLUTION OF PUBLIC LAW DISPUTES IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS OF EUROPEAN UNION MEMBER STATES

ABSTRACT

The unloading and effectiveness of administrative courts largely depends on effective mechanisms for legal protection of the rights and legitimate interests of individuals and legal entities, one of which is the alternative resolution of public law disputes. The article analyzes the positive experience of the Eu-

ropean Union, which formed a regulatory array of acts on alternative dispute resolution. The purpose of the study is to implement the theoretical and legal characteristics of the procedural features of the institute of alternative resolution of public law disputes in the administrative proceedings of the European Union, as well as to provide proposals for prospects for its improvement. The methodological basis of the study is a set of general scientific, philosophical, special methods of scientific knowledge, the use of which allowed to ensure the achievement of the stated goals and objectives of the study and comprehensive coverage of the research problem. The urgency of the work lies in the scientific and practical need to study the little-studied topic of procedural features of alternative resolution of public disputes in the administrative proceedings of Ukraine.

KEYWORDS: alternative dispute resolution, public law dispute, administrative proceedings, alternative methods, pre-trial dispute resolution, mediation.

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Materials and methods – 3. Results – 4. Discussion – 5. Conclusions

1. Introduction

Processes of democratization of all spheres of state activity determine the need to intensify the introduction of various types of methods and procedures for pre-trial dispute resolution, which ultimately will reduce the level of conflict between the state and the citizen, legal entity, ensure efficiency and cost-effectiveness of existing disputes in the form of a statement of claim or to court proceedings. Ensuring fair justice is a priority for a democracy. The study of alternative ways of resolving disputes in the administrative proceedings of the European Union is quite relevant in connection with the amendments to the Procedural Codes of Ukraine. One such novel is the institute of mediation, which is of interest to both theorists and practitioners.

The importance of alternative methods of dispute resolution is that, on the one hand, it will relieve the administrative courts, on the other - this institution will allow you to quickly resolve the case without the participation of the

court and thus save time and money (Lutsenko, 2019). In connection with Ukraine's desire to become a full member of the European Union (UN), it is expedient to study the positive experience of leading European states. There is a need to bring the current legislation to the standards of leading European countries. Such changes are necessary in the field of justice, in particular administrative (Yaroshenko et al., 2021a).

Currently, the widespread practice of using alternative methods of dispute resolution in public international law allows us to say that the degree of effectiveness of mediation efforts is growing and is beginning to yield significant results. This direction continues to develop within the activities of the UN Peacebuilding Commission, as well as UN special political missions. The introduction of the institution of alternative methods of dispute resolution in the domestic legal system is also based on the positive results of the practice of applying the institution of conciliation in many countries, which also testifies to its effectiveness (Yaroshenko et al., 2021b). In addition, it is in line with Ukraine's general position on harmonizing national legislation with that of the European Union, as a number of Council of Europe recommendations and decisions address conciliation procedures, as well as reducing the burden on the judiciary and speeding up dispute resolution.

The relevance of this study is due to the effectiveness of the mechanism for resolving administrative disputes, which can be considered as one of the features of the rule of law, which is mediated by the effectiveness of administrative law, establishing the mechanism of out-of-court settlement of administrative disputes, -legal norms and legality of such activities. This mechanism is designed to ensure an adequate balance of private and public interest in public administration, feedback from the state to society, the possibility of self-defense of citizens in the field of public administration against actions (decisions) of state and local governments that violate the rights and freedoms of citizens.

Many scientific works, including such scholars as O. Karmaza (2020), E. Baranova (2020), N. Volkovytska (2020), O. Ishchenko (2020), M. Blikhar (2020), V. Pilipenko (2020) are devoted to the issues of alternative resolution of public law disputes in administrative proceedings of European Union member states. The purpose of the study is to reveal the already developed in the international arena ways to resolve disputes out of court, to clarify the benefits of such an alternative, as well as to focus on existing in our and other countries alternative ways of resolving administrative dispute¹s.

1 Below are the references of this article. Baranova, E. (2020). Alternative ways of resolving disputes in international practice. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 9, 240-243.

Blikhar, M. (2020). Mediation as a way of resolving administrative disputes. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 10, 78-82.

Bobrovnyk, V., Shevchenko, S. Ie., Didych, A.O., Khodanovych, T.O., & Dei, O. M. (2020). Formal manifestation of law-making as an object of methodological strategy of modern law knowledge. *Revista Genaro E Direito*, 1(01). Retrieved from <https://www.periodicojs.com.br/index.php/ged/article/view/77>

Boiko, I. V., Zyma, O. T., Mekh, Y. V., Soloviova, O. M., & Somina, V. A. (2019). Administrative procedure: European standards and conclusions for Ukraine. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, 10(7), 1968-1975. DOI: 10.14505/jarle.v10.7(45).03.

Bondarenko, V.A. (2019). Concepts and types of forms of out-of-court settlement of administrative disputes. *Socio-Legal Studies*, 3(5), 104-109.

Bortnyk, N.P., Parpan, U.M., & Skochilyas-Pavliv, O.V. (2019). Principles of out-of-court settlement of administrative disputes. Retrieved from <http://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2020/may/21466/16.pdf>

Committee of Ministers of the Council of Europe (2001). Guidelines No. 15 to better implement the existing Recommendation on Alternatives to Litigation between Administrative Bodies and Individual Parties. Retrieved from <https://ips.ligazakon.net/document/MU07225>

Committee of Ministers of the Council of Europe (2001). Recommendation Rec (2001) 9 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties. Retrieved from <https://rm.coe.int/16805e2b59>

Dei, M. O., Matvieieva, H., Dorofeieva, L. M., Burdin, L. Yu., & Durnov, M. S. (2020a). Due process of law in Ukraine's national legal doctrine through the lens of ECHR practice. *Genaro E Direito Magazine*, 1(01). Retrieved from <https://www.periodicojs.com.br/index.php/ged/article/view/36>

Dei, M., Rudenko, O., & Lunov, V. (Ed.). (2020). *Association agreement: driving integrational changes*. Ottawa: Accent Graphics Communications & Publishing, 362 p.

European Parliament and the Council. (2008). Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/?uri=CELEX%3A62016CC0075>

Hanyk-Pospolitak, R., & Pospolitak, V. (2019). "Pre-trial", "alternative", "extrajudicial" settlement/resolution of private disputes: the relationship of concepts. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 1, 38-44.

Ishchenko, O.M. (2020). Mediation: foreign experience and significance. Retrieved from: <http://www.visnyk-juris.uzhnu.uz.ua/file/No.39/>

2. Materials and methods

The methodological basis of the study is a set of general and special methods of cognition, the application of which is carried out within a systematic approach. The study is based on the laws, categories and principles of dialectics, according to which the purpose, process, principles, activities and status of the subjects of alternative dispute resolution, the consequences of such a procedure are considered as a holistic phenomenon, all elements of which are in-

Karmaza, O. (2020). Mediation and negotiation as alternative ways of resolving disputes. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 5, 13-18.

Lay, L. & Anne, L. (2020). Claret The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the Future. Retrieved from: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/75850/OSJDR_V1N1_007.pdf

Lutsenko, O. (2019). Anticorruption compliance: International experience in legal regulation and innovation for Ukraine. *Humanities and Social Sciences Reviews*, 7(5), 765-770. DOI: 10.18510/hssr.2019.7595.

Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. (2019). United Kingdom Civil Procedure Rules of 1998 No. 3132. Status of 28 November 2019. Retrieved from: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>.

Pilipenko, V.O., & Kichko, A.M. (2020). On the issue of mediation in administrative proceedings. *Scientific Bulletin of Public and Private Law*, 6(2), 175-179.

Shevchuk, O. (2020). Out-of-court settlement of administrative disputes. *Proceedings. Series: Law*, 8, 128-133.

Smokovych, M. (2019). Institute for Dispute Resolution with the participation of a judge needs improvement. *Judicial Newspaper*. Retrieved from: <https://sud.ua/ru/news/publication/140687-institut-vregulyuvannya-sporu-zauchastyu-suddi-potrebuye-vdoskonalennya>

The Committee of Organizational Organizations of the United Nations on International Trade Law. (2002). United Nations Commission Model Law on international trade law on international commercial conciliation. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_117#Text

The Verkhovna Rada of Ukraine. (2004a). Law of Ukraine "On Arbitration Courts" of May 11, 2004 No. 1701-VI. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1701-15#Text>

The Verkhovna Rada of Ukraine. (2004b). Of the Law of Ukraine "On Citizens' Appeals" of January 1, 2020 No. 393/96-VR. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-bp#Text>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2005). Code of Administrative Procedure of Ukraine. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>

Volkovytska, N. (2020). Mediation: alternative or an effective way to resolve disputes. Retrieved from: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/mediaciya-alternativniy-chi-efektivniy-sposib-irishennya-sporiv.html>

Yaroshenko, O. M., Harashchuk, V. M., Moskalenko, O. V., Melnychuk, N. O., & Burniagina, Y. M. (2021b). The impact of the global financial crisis on the legal regulation of labor migration. *Estudios De Economia Aplicada*, 39(9). DOI: 10.25115/eea.v39i9.5692.

Yaroshenko, O. M., Steshenko, V. M., Anisimova, H. V., Yakovleva, G. O., & Nabrusko, M. S. (2021a). The impact of the European court of human rights on the development of rights in health care. *International Journal of Human Rights in Healthcare*, Article in Press. DOI: 10.1108/IJHRH-03-2021-0078.

investigated themselves and with public life, in their interaction and mutual influence. The specifics of the research topic led to the use of forecasting in its two main forms - modeling and extrapolation, which allowed to construct a future model of alternative dispute resolution, which is derived from the general laws of dispute resolution of public law and specific results of experimental implementation of such procedure.

Achieving certain research objectives led to the use of the following methods: historical-legal method used in considering the evolution of theoretical constructions for resolving legal disputes, including administrative-legal, in ways not related to the judiciary, their legal regulation; comparative-critical analysis of existing concepts of pre-trial dispute resolution, in particular, public law, principles and principles of alternative dispute resolution in the European Union revealed the shortcomings and advantages of each of them and offer their own definitions.

Comparative legal method - when comparing the provisions of current legislation of Ukraine, the provisions of administrative courts involved in experiments on the settlement of administrative disputes using a separate procedure within administrative proceedings, draft laws with the relevant provisions of foreign legislation, as well as clarifying the features rights and obligations of the subjects of the procedure of alternative settlement of administrative-legal disputes and subjects of administrative proceedings. The method of systematic analysis helped to consider an alternative solution to administrative disputes in the European Union as a single system, to identify its impact on administrative justice in general and its individual institutions. The dogmatic method allowed to analyze the content of the main categories that form the procedure for alternative resolution of administrative disputes. The statistical method and the method of extrapolation were used to clarify the prospects of introducing the

Zheltobryukh, O. (2020). Reconciliation of the parties in administrative proceedings: domestic and foreign experience of legal regulation and some prospects for improvement. *National Legal Journal: Theory and Practice*, 8, 108-113.

procedure of alternative resolution of administrative disputes in the European Union as a separate procedure from administrative proceedings in certain categories of cases of administrative jurisdiction.

The method of forecasting in the form of modeling is used in formulating proposals and recommendations for regulatory support for alternative dispute resolution, formal-logical method is used to determine the essence of alternative ways of resolving legal disputes, mediation, mediation, negotiation, and to distinguish certain types of alternative procedures. settlement of legal disputes. Methods of analysis and synthesis, structural-functional and other methods were also used, which provided an opportunity to comprehensively investigate the problematic aspects of the modern procedure of alternative resolution of administrative and legal disputes.

A number of articles related to the research topic were also analysed, such as “Mediation and negotiation as alternative ways of resolving disputes” (Karmaza, 2020), “Alternative ways of resolving disputes in international practice” (Baranova, 2020), “Claret The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the Future” (Lay & Anne, 2020), “Mediation: alternative or an effective way to resolve disputes” (Volkovytska, 2020), “Mediation: foreign experience and significance” (Ishchenko, 2020), “Mediation as a way of resolving administrative disputes” (Blikhar, 2020), “On the issue of mediation in administrative proceedings” (Pilipenko & Kichko, 2020), “Principles of out-of-court decision of Administrative Disputes” (Bortnyk et al., 2019), “Pre-trial", "alternative", "extrajudicial" settlement/resolution of private disputes: the relationship of concepts” (Hanyk-Pospolitak & Pospolitak 2019), “Concepts and types of forms of out-of-court settlement of administrative disputes” (Bondarenko, 2019), “Out-of-court settlement of administrative disputes” (Shevchuk, 2020), “Reconciliation of the parties in administrative proceedings: domestic and foreign experience of legal regulation and some prospects for improvement”

(Zheltobryukh, 2020), “Institute for Dispute Resolution with the participation of a judge needs improvement” (Smokovych, 2019).

3. Results

In today's world, the mechanisms of self-regulation are especially important, when the subjects of public relations have the opportunity to independently establish rules of conduct and monitor compliance. The growth of activity and responsibility of participants in legal relations allows the state to delegate part of its powers in certain areas to civil society institutions. Foreign experience shows that the resolution and settlement of legal disputes belongs to one of these areas. Thus, when analyzing the results of judicial reforms carried out in the second half of the twentieth century in continental Europe, attention was drawn to the need for a general abandonment of “state paternalism” (when legal disputes are resolved exclusively in law enforcement, by adopting appropriate decision) and the transition to a “pluralistic approach”, the recognition of the need to provide conflicting parties with the right to choose how to resolve their differences by allowing the use of conciliation procedures.

Most often in the laws of Western countries you can find the definition of “alternative” dispute resolution. Although “extrajudicial” also happens. Moreover, these definitions do not actually differ in common law or continental Europe. “Alternative” and “out-of-court” dispute resolution are very often used as identical concepts, or “alternative” is explained through the meaning of “out-of-court” as a dispute resolution procedure that is carried out without seeking help from a court. Out-of-court settlement of disputes usually involves the procedure for applying to an independent third party institution, which does not have to do so, and the parties have the right to choose between going to court and going to a third independent institution. The purpose of pre-trial settlement of disputes is to overcome the dispute, leveling the negative consequences of the existence of disputes between the parties in the most expeditious and acceptable to the parties. In this sense, the category of “pre-trial” in-

cludes the procedures used in the implementation of alternative dispute resolution and out-of-court methods, but with one condition - their use is carried out until the moment when the trial should begin (Karmaza, 2020).

In particular, out-of-court settlement of disputes by state or local self-government bodies is usually carried out when court intervention is not required or when the procedure is required by law to intervene in court. Recommendation Rec (2001) 9 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternative litigation between administrative authorities and private parties of 05.09.2001 states that “judicial proceedings are not always the most appropriate way of settling administrative disputes, and the widespread use of alternative methods can help resolve administrative disputes and bring administrative bodies closer to the population (Committee of Ministers of the Council of Europe, 2001a).

Based on the provisions of Recommendation Rec (2001) 9 and its Annex, as well as the Guidelines No. 15, pre-trial methods of dispute resolution arising from public law relations include: internal review, conciliation, settlement by negotiation, mediation (Committee of Ministers of the Council of Europe, 2001b). Most of these methods can be used during litigation (except for internal review). Procedures for the application of all these methods of pre-trial settlement of disputes arising from public law relations are carried out in a manner outside the procedural activities of the administrative court. Such procedures should be called administrative, given their sectoral affiliation and public law nature. At the same time, taking into account the requirement of the law to determine the pre-trial procedure for resolving disputes determines the need to limit this list of methods of conciliation. The analysis of each method of pre-trial settlement of disputes arising from public law relations should be carried out by recognizing the place of a certain method in the structure of law and proving, in case of intersectoral nature, the content of its three legal cate-

gories: appropriate purposeful procedure, legal form, legal fact (Baranova, 2020).

The focus of administrative proceedings on the effective protection of the rights, freedoms and interests of individuals, rights and interests of legal entities from violations by public authorities in the field of public relations necessitates the consolidation of the parties in administrative proceedings the right to conciliation, as administrative proceedings are most often achieved as a result of the peaceful settlement of public disputes and the settlement of disputed legal relations on the basis of voluntary coordination of actions and mutual understanding (Lay & Anne, 2020).

Conciliation procedures are varied and can be carried out both within and outside the judicial process, both voluntarily and on a mandatory basis. All of them provide a reduction in the workload on the courts. In Ukraine, the legislator determines reconciliation in the process of consideration of the case. In accordance with paragraph 5 of Art. 47 of the Code of Administrative Procedure of Ukraine (CAPU), the parties can achieve conciliation at any stage of the administrative process, which is the basis for closing the proceedings in an administrative case (Verkhovna Rada of Ukraine, 2005). At the same time, conciliation is allowed both at the stage of the preparatory hearing (Article 180), and during the trial (Article 190), and during the appeal hearing and appeal (Articles 314, 348), in the process of execution of the decision (Article 377). An important point of conciliation of the parties is that its terms should not violate the requirements of the law, as well as the rights and interests of individuals. This approach is justified, as it provides the parties to an administrative dispute with a wide range of opportunities for settlement and accelerates the process of protection of rights and freedoms that have been violated by the subject of power. We believe that the conciliation procedure should be extended to administrative appeals, as this would expand its capabilities and increase the number of disputes that would be resolved without recourse to the administrative

court. This proposal is also supported by Recommendation Rec (2001) 9, which states that “the conciliation procedure may be initiated by interested parties, a judge or be mandatory under the law”. This list of subjects and the possible binding nature of this procedure suggest that it may take place at the pre-trial stage of settlement of an administrative dispute (Volkovytska, 2020).

A review of foreign legal sources shows that in accordance with their provisions there is a largely the same procedure for conciliation of the parties in administrative proceedings to that provided by domestic legislation on administrative proceedings with some insignificant differences (Boiko et al., 2019). For example, a competent single judge or a panel of judges in Germany has the power, after hearing the parties, to refer the case to a mediating judge if the probability of agreeing on the rights and obligations of the parties violated appears high. In this case, the judicial mediator is not a judge or a member of the panel of judges authorized to decide the case. Its activities are aimed at finding a solution that will satisfy the parties in the case, balance their interests taking into account the specifics of the case and minimize the risk of avoiding its non-compliance. Restrictions on the possibility of initiating the settlement of a case with a mediating judge are not provided for in German law, but in practice the settlement of a case with a mediating judge is most often used as a procedural tool in administrative cases arising in stable legal relationships, such as related ones. with public service, social security, urban planning and environmental protection. The amicable agreement of the parties is fixed by the court decision which can act as the executive document for direct execution (Ishchenko, 2020).

Almost similar to the above is the procedure for conciliation of the parties in administrative matters, provided by the procedural law of the United Kingdom. Thus, if the parties to the case have reached conciliation and agreed on what should be the final court decision on the merits of the case or other court decision, the plaintiff must submit to the court a document outlining

how to resolve the issue and its concise legal and evidentiary justification. The plaintiff must also submit a draft judgment in respect of which the parties have reached a conciliation, which is marked “by agreement of the parties” and signed by the parties to the case concerned or their representatives (Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 2019).

The court decision agreed by the parties may provide, *inter alia*, for the suspension or termination of the proceedings in whole or in part on the terms specified by the court decision; distribution of court costs; revocation of the decision of the subject of power, his performance of certain actions or refrain from committing certain actions; compensation for damages caused by the decision, action or inaction of the subject of power; release of a party from the case from liability. Court costs are distributed with the consent of the parties to the case or on the instructions of the court that approves the draft court decision.

At the same time, it is noteworthy that the parties are obliged to inform the court that they have reason to hope for conciliation, so that judges and other court staff have sufficient time and opportunity to organize the hearing accordingly. Failure to do so may result in a court order that the parties not be reimbursed in full or in part. However, the introduction of conciliation procedures in French administrative proceedings has not led to their widespread use, primarily due to the lack of attempts to ensure the proper training of judges (Blikhar, 2020).

Therefore, when considering ways to optimize the institutional and legal provision of conciliation in administrative proceedings, it is necessary to determine the appropriateness of the obligation of the parties to submit a draft court decision on which the parties have reached conciliation, inform the court of the grounds for hope for conciliation. a training course on aspects of mediation and reconciliation. Alternative methods of dispute resolution referred to in Recommendation Rec (2001) 9 include out-of-court redress or admini-

strative appeal. Recommendation Rec (2001) 9 highlights the main points of an administrative appeal: “strengthening the possibility of internal review of all administrative acts, both in terms of the timing of the adoption of such an act and its legality; in certain cases, an administrative appeal may be a prerequisite for the transition to jurisdiction; the results of the internal review must be examined by the competent authorities.”

Summarizing the doctrine and norms of law, we conclude that negotiations (negotiation) belong to alternative dispute resolution procedures in which the parties to the disputed legal relationship (or their representatives) without the participation of any mediators agree on the disputed legal relationship. During negotiations, differences between the parties are resolved at their own discretion without the involvement of third parties. Recourse to international instruments allows us to highlight the specifics of the application of the negotiated settlement procedure (Annex to Recommendation Rec (2001) 9). Thus, it is stated that such a procedure needs to be regulated by law and that the officials involved in such a procedure have sufficient authority to reach a compromise. In this case, the relevant powers of officials should be established by law (paragraph 3 of Part III of the Annex to Recommendation Rec (2001) 9). International acts set requirements for the regulation of methods of pre-trial settlement of disputes (although in these acts they are listed as means), as well as the peculiarities of the procedures for their application. In this case, special attention is paid to the following two circumstances: the conditions of application, the competence of the subjects of the relevant procedures and the legal consequences (Pilipenko & Kichko, 2020).

Mediation is also an alternative dispute resolution procedure in which the parties resolve a dispute with an impartial, disinterested mediator, reaching consensus on all aspects of the dispute. As a rule, negotiations are the most common form of dispute resolution between the parties, which is based on dialogue (communication) between the conflicting parties to find a solution to

the dispute. However, due to lack of knowledge in the field of law of the parties to the dispute or sometimes illegal actions of their representatives, negotiations as an alternative dispute resolution procedure are not widely used in Ukraine.

Mediation is used both as an alternative means of resolving disputes and as an out-of-court method. International legal instruments provide not only mediation, but also procedures for internal review, conciliation, negotiation, arbitration, among the alternative means of dispute settlement, paragraph 1 of Part I of Part I of the Recommendation Rec (2001). The listed alternative means of dispute resolution, in addition to 58 arbitration, can be attributed to the methods of pre-trial dispute resolution. Moreover, Part II of the Annex to Recommendation Rec (2001) 9 proposes that the use of these methods be made a mandatory precondition for legal proceedings, the use of arbitration should exclude legal proceedings, and conciliation, mediation and negotiated settlement may be applied on the recommendation of a judge. during the trial. It should be noted about the doctrinal definition of the essence of the concept of "arbitration": 1) as a way of resolving disputes by specially authorized bodies - arbitration courts, etc.; 2) as a court in which the dispute is resolved by a mediating judge (arbitrator or panel of arbitrators). An arbitrator is a mediator, an arbitrator, who is elected by mutual agreement of the parties or who is appointed in the manner prescribed by law to resolve a dispute (Bortnyk et al., 2019).

European Union (EU) regulations aimed at regulating mediation procedures include Directive 2008/52 / EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, and a number of recommendations and guidelines (European Parliament and the Council, 2008). According to paragraph 8 of the Preamble to the Directive, "nothing should prevent the application of these 64 provisions also in internal mediation processes". In addition to the Directive, there is the UNCITRAL

Model Law on International Conciliation Procedure of 2002, which was the basis for national legislation on mediation by 26 countries, and the Principles for Mediation Organizations, which were established in 2002 by world leaders in mediation. in the field of mediation and reproduce the best world practice in this field (The Committee of Organizational Organizations of the United Nations on International Trade Law, 2002). The initiators of the draft laws on mediation note that mediation is structured negotiations in which the parties try to reach an agreement on their own, on a voluntary basis, with the help of an independent third party mediator, which uses innovative negotiation technologies to satisfy their real interests and interests. need. Mediation can be introduced in the field of tax and customs relations in: disputes over the facts and circumstances (regarding the reality of the transactions, location of property, etc.); disputes over ambiguous interpretation of certain legal norms; disputes in which the taxpayer refers to procedural violations committed by the tax authority (Hanyk-Pospolitak & Pospolitak, 2019).

Based on international statistics, we can conclude that mediation has gained widespread recognition in many countries around the world, including European countries. Thus, in the European Union, the mediation procedure is understood as the voluntary expression of the will of the parties to the dispute who have decided to involve a third, independent party in order to resolve the existing conflict, during which the mediator maintains personal impartiality and confidentiality. Interestingly, in the EU, mediation, as a way to resolve a dispute (conflict) that has arisen as a result of any legal relationship (family, labor, economic, civil, etc.), is used much more often than other out-of-court alternative methods. settlement of disputes, such as negotiations, conciliation, mini-trial, pre-trial meeting or simplified jury trial.

It should be noted that the EU mediation procedure is used to resolve conflicts arising from various relationships. In particular, such disputes include: labor disputes, divorce, consumer or trade disputes, bankruptcy, tax disputes,

conflicts involving the state (including in the field of public relations), conflicts in the Internet environment, and so on. However, both two or more parties are allowed to settle the dispute. In general, mediation plays a very important role in the EU, as it helps to prevent negative consequences and other adverse aspects for all parties to the conflict at an early stage, as well as to avoid lengthy court proceedings and, consequently, high material costs. To date, European countries have adopted a number of relevant international regulations that directly regulate the mediation procedure (Bondarenko, 2019).

We can talk about the expediency of using mediation to resolve public law disputes, in particular in the field of administrative law. However, it should be borne in mind that the mediation procedure can be used only in certain categories of administrative disputes, such as: disputes arising from appeals against legal acts of individual action, action or inaction of public authorities; disputes that have arisen regarding admission to public service, its passage and dismissal from public service; disputes arising in connection with the conclusion, execution, termination, cancellation or invalidation of administrative agreements; some disputes at the request of public authorities; disputes arising from payments between individuals and public authorities; disputes arising from appeals against decisions of executors; disputes arising from public-private partnerships; some investment disputes involving the state.

It is quite interesting that in the European Union mediation is seen not only as a way of alternative dispute resolution where conflict has already arisen, but also as a way to prevent future disputes, which certainly expands the scope of mediation. Due to the fact that the procedural flexibility of the mediation procedure allows the use of mediation in different situations, there is no clear regulation of mediation methods. Legislation in almost all EU countries has deliberately abandoned attempts to regulate methods as such. The parties to the dispute, as well as mediators (mediators) have the right to choose the most effective ways to resolve disputes in each case, setting precedents. Even more,

depending on the scope, different instruments (methods) of reconciliation can be used.

A peculiar form of mediation in administrative proceedings is the settlement of a dispute with a judge, which has the following features: conciliation usually concerns only the rights and obligations of the parties, but may go beyond the subject matter if the terms do not conflict with the rights or interests of third parties; the terms of conciliation must not contradict the law and go beyond the competence of the subject of power as a party to the dispute; the consequence of the decision to settle the dispute by conciliation is the suspension of the proceedings for the necessary time, not limited by law; the fact of reconciliation is made out by signing the statement; registration of the entire conciliation process ends with the issuance of a court decision, which closes the proceedings and at the same time is an executive document. It cannot be said that both classical mediation and dispute resolution with the participation of a judge are widely used in our country, because litigation is a more familiar and authoritative way for our compatriots to resolve the conflict. This is primarily due to the banal ignorance of the existence of such a procedure and its benefits, as well as due to the uncertainty of the parties to the dispute in its possible resolution through mediation (Shevchuk, 2020).

The development of alternative forms of resolving legal conflicts, despite the differences in legal systems in different countries, has much in common. In particular, the same methods of dispute settlement are used, although their procedure is partially different. For example, arbitration (arbitration) is common in all EU countries. In particular, the London International Court of Arbitration (LCIA), established in 1892, hears disputes of both national and international character. In Sweden, the Arbitration Court of the Stockholm Chamber of Commerce (ASCC listitute) is active, considering, among other things, foreign economic disputes. There are more than 300 arbitration courts in Germany, which resolve disputes related to banking, medical violations, in-

surance, construction and labor law issues. At the same time, in the national law of Great Britain, Austria, Germany, and France, such ABCs are actively used. as mediation, conciliation and conciliation procedures, the principles and procedure of which in the late 90's were borrowed by Sweden, Finland, Denmark. Tendencies to expand the practice of compromise dispute resolution are also characteristic of other Western countries. For example, in June 1998, the Finnish Bar Association developed the Rules of Mediation (Mediation), which define the limits of the settlement of any commercial dispute through mediation, if the parties to the conflict have agreed to do so.

The concept of a court with many doors (Multi-Door Courthouse) remains quite ancient, but not widely known. This model covers all of the above alternative means of protection and continues to be used abroad. It was first announced by Frank Sander, a professor at Harvard Law School, in April 1976 at a conference addressing the challenges facing justice at the time. Professor Sander envisioned such a house for the future as a dispute resolution center, offering many options for resolving legal disputes. Litigation would be one of many options, including conciliation, mediation, arbitration, the ombudsman, and so on. In the first three years of the "House of Justice with many doors", seven programs were developed. Peculiar "doors" as a symbol of the possibility of resolving the dispute by any of the proposed alternative methods, which is rational in a particular case, were introduced in stages: Small Claims Mediation; Domestic Relations Mediation; Accelerated Resolution of Civil Disputes; Mandatory Arbitration; Mediation (as a technique seems to hold promise for appropriate and successful use in a wide variety of cases: small claims cases, a wide range of civil disputes involving thousands or millions of dollars, and domestic relations cases). Despite the fact that there are no official statistics, it is safe to say that the "House of Justice with many doors" was used in more than 10,000 different cases, the services of receiving and transmitting cases to several doors were used. Experience has shown that disputes involving either small

claims or cases of multimillion-dollar abuses can actually be resolved with the alternatives available to them (Zheltobryukh, 2020).

Therefore, it should be noted that the “House of Justice with two doors” is an innovative institution that directs cases to the most appropriate methods of dispute resolution, which saves time and money for both judges and litigants, it remains effective and relevant today. The advantages of such an alternative way of resolving disputes are early assessment of their content and assessment of the case as a whole, accelerated processing and the nature of the emerging processes, which is less formal and more understandable than judicial. For the court, the available alternatives meant a reduction in the number of trials and the lack of ongoing jury trial and, as a result, a reduction in the workload on the courts as a whole. At the same time, the time for resolving cases in court was proportionally divided between those that need deeper concentration and more detailed study (Lay & Anne, 2020).

Thus, the conditions for the use of each of these alternative means of dispute resolution include, first of all, consolidating the competence of authorized persons (courts or officials) to decide on their application, as well as the legal possibility of application to litigation or during its implementation. However, only conciliation, negotiation and mediation procedures can be used during the trial. If we turn to the definition of the specifics of the procedures for the use of alternative means of dispute resolution, it is enshrined in the recommendation addressed to the legislator to establish the internal review procedure as mandatory in all circumstances of the disputed legal relationship. It is also interesting to note that the Annex to Recommendation Rec (2001) 9 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties does not distinguish between conciliation and mediation procedures (Bobrovnyk et al., 2020).

In particular, Recommendation Rec (2001) 9 of the Committee of Ministers of the Council of Europe emphasizes the benefits of alternatives to liti-

gation between administrative authorities and private parties and recommends that Member State governments promote the use of alternative means of settling disputes between administrative authorities and private parties. such as internal review, conciliation and mediation, negotiation and arbitration. The document states that the use of these tools could be made a mandatory precondition for litigation. It is proposed to use such alternative means of dispute resolution, as out of court in general, or before the trial or during it. The main advantages of alternative means of resolving administrative disputes may be, as the case may be, simpler and more flexible procedures that allow for faster and cheaper dispute resolution, amicable settlement, expert dispute resolution, fair dispute resolution and not just strict legal norms, and wider limits of discretion.

On 7 December 2007, the European Commission for the Efficiency of Justice adopted Guidelines No. 15 to better implement the existing Recommendation on Alternatives to Litigation between Administrative Bodies and Individual Parties. The European Commission on the Efficiency of Justice noted the following obstacles to the introduction of alternative dispute resolution between administrative bodies and private parties: lack of awareness of the potential usefulness and effectiveness of alternative dispute resolution between administrative bodies and private parties; Insufficient explanation to the administrative authorities of the advantages of alternative models for resolving such disputes, which may lead to unconventional, effective and rational results; distrust of courts in the development of out-of-court alternatives to judicial settlement of disputes in the administrative sphere; lack of awareness of the various alternative dispute resolution methods in this particular area; lack of specially trained neutral intermediaries in this area; a small amount of research into alternatives to resolving administrative disputes in court. The role of courts under the No. 15 guidelines is to recommend to the parties methods alternative to litigation, in particular conciliation, mediation and negotiation pro-

cedures for settlement, and to conduct appropriate information activities. In the trial of judges, judges should take into account the agreement reached by the parties, except in cases where it is contrary to the public interest.

4. Discussion

Ensuring accessible and effective justice has been and remains one of the priority areas for improving Ukraine's judicial system. This issue became especially relevant after our country signed the Partnership and Cooperation Agreement between Ukraine and the European Community and adopted a number of other acts that strengthened European integration processes, a natural consequence of which was the need to unify and harmonize national legislation with international (especially European) standards.

Despite the obvious advantages of the procedure, its effectiveness and the expediency of applying it to certain categories of administrative cases, this process is hampered by the lack of a relevant law that would regulate mediation in Ukraine. The current Code of Administrative Offenses and the Code of Administrative Procedure also do not explicitly regulate this issue. However, the Code of Administrative Procedure of Ukraine does not clearly state the institution of mediation as part of case law and there are no references to other codes that would allow such an interpretation. One possibility is to offer mediation as part of the administrative activities of the courts. In this case, with the consent of the participants in the process, the formal court proceedings are suspended in order to conduct a mediation procedure. After that, the judge of another judicial panel or - since it is not a case law - a researcher of the court acts as a mediator and conducts mediation (Dei et al., 2020a).

The trial itself is temporarily suspended. In case of successful completion of mediation before the judicial board, which actually considers the case, it must be declared an amicable settlement or other form of termination of the dispute (waiver of claims or their recognition), after which the proper judge officially closes the proceedings under the rules established by CAPU (nop., at

the stage of preparatory proceedings - Article 121, at the stage of trial - Article 157 of the CAJ). In practice, this can be resolved as follows: if the mediation is successfully completed, the legal judge is invited to the mediation table with the consent of the parties, where he allegedly continues the formal proceedings without any transition and officially closes the legal dispute.

The situation with arbitration is somewhat more complicated in Ukraine (with an appeal to an arbitration court). In chap. 4 of Recommendation Rec (2001) 9 states: “representatives of the arbitral tribunal should be able to verify the legality of the act as a precondition for examining the possibility of reaching a decision on the merits, even if they are not empowered to decide on the legality of the act.” Therefore, the Recommendation provides for the arbitral tribunal to have the power to annul the impugned act and to establish its illegality in the process of resolving the dispute. In Ukraine, the activity of arbitration courts is regulated by the Law of Ukraine “On Arbitration Courts” of May 11, 2004 No. 1701-VI (The Verkhovna Rada of Ukraine, 2004a). In accordance with Part 1 of Art. 5 of this Law “legal and / or natural persons have the right to submit to arbitration any dispute arising from civil or commercial legal relations, except as provided by law.” Therefore, administrative cases do not fall within the jurisdiction of the courts. In addition, in paragraph 6 of Part 1 of Art. 6 of the Law explicitly states that “arbitration courts do not consider cases in which one of the parties is a public authority, local government, their official, another entity in the exercise of its administrative functions on the basis of law, including including for the performance of delegated powers, a state institution or organization, a state-owned enterprise.”

In addition, today there is no legal basis to consider arbitration in Ukraine as a way of out-of-court settlement of administrative disputes. Assessing the peculiarities of the introduction of arbitration in the administrative process of Ukraine, we note that there are a number of obstacles, both social and legal. Among the social reasons is the problem of corruption and the ambiguous ex-

perience of the functioning of arbitration courts in Ukraine. Among the legal obstacles is the inconsistency of arbitration with the nature of administrative relations that arise in connection with the realization of the public interest and in which contractual forms are secondary. In addition, in European countries it is often even forbidden to use arbitration in administrative cases (particularly in France) (Smokovych, 2019).

The right of citizens to appeal to the authorities, local governments, officials and officials of these bodies is defined in Art. 40 of the Constitution of Ukraine. Also, according to Art. 1 of the Law of Ukraine “On Citizens' Appeals”: “citizens of Ukraine have the right to apply to public authorities, local governments, associations of citizens, enterprises, institutions, organizations, regardless of ownership, media, officials in accordance with their functional responsibilities with remarks, complaints and suggestions concerning their statutory activities, a statement or petition for the realization of their socio-economic, political and personal rights and legitimate interests and a complaint about their violation” (The Verkhovna Rada of Ukraine, 2004b). In addition, a special form of out-of-court appeal is the appeal to the prosecutor's office of a person whose rights, freedoms or interests have been violated by a subject of power. The development of the practice of out-of-court appeals should be linked to the weakening of the role of the prosecutor's office in this area (the latter should focus more on overseeing the rule of law when considering complaints), provided that the institution of administrative appeals is more effective. (Dei et al., 2020b).

Citizens in most foreign countries have the right to go directly to the ombudsman, who, having discovered the abuse, points it out to the relevant body or official and offers to remove them. In Ukraine, a similar institution is called the Verkhovna Rada Commissioner for Human Rights. However, the institution of ombudsman in the legal system of Ukraine does not allow him to be attributed to an effective form of resolving administrative and legal dispu-

tes. After all, citizens of Ukraine can apply to the Verkhovna Rada Commissioner for Human Rights only if all administrative and judicial means of protecting their violated rights, freedoms or legitimate interests have been exhausted. The competence of the Commissioner does not include the function of settling administrative disputes. However, it should be noted that proposals to introduce into Ukrainian law alternative ways of resolving administrative disputes, in particular, such as mediation, contractual settlement and arbitration, are not always supported in the scientific community, due to their inconsistency with the legal nature of these disputes. An important aspect of the development of out-of-court settlement is the introduction of conciliation procedures in Ukraine, which can be applied at different stages of the administrative process.

5. Conclusions

One of the basic principles of public international law is the settlement of disputes peacefully. In this context, it is important to use means that do not violate the rights and legitimate interests of other states and at the same time contribute to the future development of diplomatic relations between them. Other states can participate in conflicts not only as parties to the dispute, but also as third parties who become independent arbitrators. Alternative dispute resolution can also be used at the national level. But the use of appropriate methods involves their prior implementation in law and the establishment of a clear procedure for their implementation.

In today's world, disputes are a common phenomenon that needs to be resolved in any case. Currently, a large number of ways have been developed and put into practice that allow to resolve a dispute not only in court, but also outside it, which has a number of advantages, which will be discussed in this article. Arbitration courts, international commercial arbitration, mediation, consultation, participatory proceedings, rental judges, multi-door courts, and

more are not exhaustive lists of alternative dispute resolution. One of the most common procedures is mediation.

Out-of-court settlement of administrative disputes means the activities of executive bodies and other authorized entities, based on the rules of administrative procedure law and aimed at overcoming differences that have arisen on the basis of administrative legal relations. This is one of the forms of administrative process that is implemented without the participation of the court. The distinctive features of out-of-court settlement of administrative disputes are the simplification and speed of procedural actions, as well as the large number of entities authorized to make decisions in this dispute.

Since the signing of the Association Agreement between Ukraine and the European Union in the field of interaction of entities endowed with public authority, great changes have taken place. Legislation in this area is developing rapidly, a significant number of regulations in the field of public administration, which affect the rights, freedoms and legitimate interests of individuals and legal entities, there is a complication of administrative procedures involving citizens and organizations. At the same time, the regulatory restructuring of public administration necessitates the consistent consolidation of legal technologies for resolving administrative disputes, developing new forms of social cooperation, in particular, such as reconciliation and mediation. The importance of out-of-court forms of resolving administrative disputes through conciliation and mediation procedures in the protection of the rights, freedoms and legitimate interests of individuals and legal entities is obvious. These forms allow to provide high-quality, timely, with the least costs and confidentiality of administrative disputes. This is important because it allows to reduce the workload of the courts, to avoid material costs associated with the implementation of court proceedings, to avoid the bias of court decisions in favor of the state.

SEZIONE III

GIUSEPPE TROPEA

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza,
economia e scienze umane dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

giuseppe.tropea@unirc.it

SPUNTI DI RIFLESSIONE DALLA LETTURA DEL LIBRO DI RICCARDO URSI SULLA SICUREZZA PUBBLICA

ELEMENTS OF REFLECTION FROM READING RICCARDO URSI'S BOOK ABOUT PUBLIC SAFETY

PAROLE CHIAVE: Riccardo Ursi – Sicurezza – Polizia – biopolitica.

KEYWORDS: Riccardo Ursi – Safety and Security – Police – biopolitics.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I paradigmi giuridici della sicurezza. – 3. La sicurezza nella Costituzione. – 4. Profili organizzativi. – 5. Sicurezza comunitaria, tra valorizzazione delle autonomie territoriali, mercato e sussidiarietà orizzontale. – 6. Provvedimenti di polizia.

1. Premessa

Il libro di Riccardo Ursi sulla *Sicurezza pubblica* edito da *Il Mulino* mi ha subito fatto pensare al classico studio di Ranelletti sulla *Polizia di sicurezza* nel *Trattato Orlando*¹, fondativo della distinzione moderna fra polizia amministrativa e polizia di sicurezza. E non mi sembra un caso che proprio Ranelletti sia tornato al centro di recenti scritti sul metodo giuridico, come quello di Margherita Ramajoli, che ne ricordano l'importanza nella fondazione di un metodo "contenutistico", in cui la parte speciale del diritto amministrativo è funzionale alla costruzione di quella generale e rappresenta la materia informale su cui esercitare l'opera sistematica di identificazione dei concetti generali².

Evidentemente una riflessione di questo genere è anche connessa al tema generale dell'edizione beneventana del "San Martino" 2022, che in fondo, indagando sulla figura del giurista tra accademia e società, è un dibattito sul metodo giuridico. L'a. sin dalla *Presentazione* afferma la necessità di combinare, visto il tema, analisi del sostrato politico-filosofico e narrazione storica degli argomen-

1 O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Trattato Orlando*, Milano, 1904.

2 M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss.

ti. Anche qui la scia tracciata è quella di Ranelletti, che, sia pure nel solco del *Trattato Orlando* volto a diffondere e consolidare il noto metodo di diritto pubblico del suo illustre curatore, non rinuncia a inquadrare le tematiche passate in rassegna attraverso le lenti della storia delle idee e della teoria generale dello Stato, di chiara ascendenza tedesca.

Ursi riesce a mantenere un equilibrio tra descrizione del dato normativo e giurisprudenziale, esposizione delle diverse tesi dottrinali, sobria presa di posizione sui temi più delicati. Si colma così un vuoto sul tema, con un prodotto che è insieme punto di partenza per ogni approfondimento dottrinale³ e completo Manuale per lo studio di una tematica molto gettonata a livello concorsuale (forze dell'ordine, carriera prefettizia, etc.).

Il libro è diviso in sei capitoli: il primo dedicato, aggiornando la prospettiva ranellettiana, a individuare i “paradigmi giuridici della sicurezza” sulla scorta della recente elaborazione costituzionalistica⁴; il secondo a vagliare l'evoluzione della sicurezza pubblica, dallo Stato liberale alla Costituzione, considerando pure l'impatto della modifica del Titolo V; il terzo contiene un completo approfondimento sul sistema organizzativo; il quarto evidenzia la sopravvenuta rilevanza del “governo multilivello della sicurezza” e l'impatto dei principi di sussidiarietà verticale e orizzontale nella fondazione giuridica del concetto di sicurezza urbana; il quinto è una diligente descrizione delle linee di sviluppo della sicurezza internazionale ed europea nel quadro del progressivo rafforzamento della cooperazione nel settore; infine, il sesto capitolo tratta nel dettaglio i poteri di polizia, dalle autorizzazioni al potere di ordinanza prefettizio e sindacale, e approfondisce anche temi di indubbia delicatezza e criticità, come il Daspo, sia sportivo che urbano (anche se l'a. preferisce non accostare troppo i due istituti) e l'informazione antimafia interdittiva, della quale per mere ragioni cronologiche non riesce a trattare la recente riforma in tema di contraddittorio apportata

3 Di recente, si v. pure B. TONOLETTI, *Ordine e sicurezza pubblica*, in *Enc. dir., I tematici*, III – *Funzioni amministrative*, Milano, 2022,

4 T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2008.

dall'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), pur mettendo in luce giustamente le criticità del previgente sistema.

Procedo a considerare partitamente l'opera e ad evidenziare alcuni aspetti che a mio avviso meritano particolare enfasi, anche perché il libro ha il pregio di riuscire a dare conto della gran parte delle questioni dibattute con approccio molto equilibrato e per larga parte condivisibile, quindi non mi pare possibile evidenziare vere e proprie lacune o punti di dissenso. Semmai, ma credo che questo sia proprio ascrivibile alla volontà dell'a., il libro si presa ad aperture e suggestioni critiche che il cultore della materia, ma anche il giurista generalmente interessato agli attuali scenari pan-securitari, non possono lasciarsi sfuggire.

2. I paradigmi giuridici della sicurezza

Il tema della sicurezza pubblica negli ultimi anni è tornato prepotentemente al centro dell'attenzione, dopo decenni di sostanziale disinteresse dogmatico.

Ciò è accaduto per fattori e ragioni diverse, legati sostanzialmente a eterogenee contingenze “emergenziali”, dal fenomeno migratorio alla pandemia da Covid-19, tema quest'ultimo purtroppo non trattato da Ursi. Ed è un peccato, in quanto la drammatica vicenda pandemica da un lato è stata al centro del rinnovato dibattito più ampio dibattito sulla normalizzazione dell'emergenza o sulla centralizzazione nel riparto di competenze Stato/Regioni/enti locali (la “profilassi internazionale” *is the new* “ordine e sicurezza pubblica”...)⁵, dall'altro ha fatto riemergere tensioni già presenti nel sistema “comunitario” della pubblica sicurezza, si pensi al “pasticciaccio” degli assistenti civici che (rievocando la questione delle ronde) avrebbero dovuto accompagnare la “fase 2” dell'emergenza Covid, con un ruolo attivo nel controllo sul distanziamento so-

⁵ Cfr. Corte cost., n. 37/2021.

ziale⁶, oppure ai problemi esegetici e pratici sui poteri dei sindaci per evitare assombramenti sempre legati al Covid⁷.

L'a. dà conto delle molteplici declinazioni della nozione di sicurezza pubblica, stante il suo carattere “ampio e polisemico”: sicurezza in senso soggettivo e in senso oggettivo, in senso sociologico e in senso giuridico, etc.

Descrive quindi i tornanti della sicurezza, mettendo in luce la nascita della *politia* in sostituzione della *iurisdictio*, la fondazione hobbesiana, ma soprattutto la importante cesura rappresentata dallo Stato moderno: a partire dal XVII secolo, infatti, in Francia e in modo più sistematico in Germania *Police* diviene sineddoche di amministrazione interna, comprensiva di tutte le funzioni finalizzate al benessere della collettività. Significativo, sul punto, è il richiamo all'opera di Nicolas De La Mare nel suo *Traité de la Police* (1710).

Ciò che preme mettere subito in luce è che tale riferimento consentirebbe di ripensare l'approccio metodologico che ha connotato la maggior parte degli scritti e della giurisprudenza in materia. Una chiave di lettura “classica”, che pone al centro il principio di legalità e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, anche dei non cittadini.

L'opera di De La Mare, invece, è al centro della riflessione di Foucault nei suoi corsi al Collège de France sulla nascita della biopolitica e della governamentalità neoliberale⁸. Interessante notare che proprio nel sistema “governamentale” degli Stati liberali, prospettiva ancora sostanzialmente trascurata dal giurista, affezionato ai congegni di garanzia – pur cruciali – dello Stato liberale prima, costituzionale poi, il concetto di sicurezza si ridisegna. Qui la sovranità intesa come *limitazione*, come *prelievo*, non è considerata la forma principale del potere, ma solo uno degli elementi fra altri che hanno funzione di incitazione, di rafforzamento, di controllo, di sorveglianza, di maggiorazione e di organizzazione delle forze che sottomette: un potere, insomma, destinato a produrre

6 G. TROPEA, *Il pasticciaccio brutto degli “assistenti civici”*, in www.lacostituzione.info, 27 maggio 2020.

7 G. TROPEA, *Poteri ai sindaci...? Sì, ma quali...?*, in www.lacostituzione.info, 20 ottobre 2020.

8 M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Milano, 2004; ID., *Sicurezza, territorio, popolazione*, Milano, 2005.

delle forze, a farle crescere e ad ordinarle piuttosto che a bloccarle, a piegarle o a distruggerle. Si tratta quindi di meccanismi di sicurezza completamente diversi, che portano a un superamento del problema classico della sovranità (la sicurezza del principe, *sûreté*) fino alla centralità della sicurezza della popolazione (*sécurité*), soprattutto nelle città, operando essenzialmente sulle questioni relative alla circolazione. Oggi la città biopolitica è connotata da alcune parole suadenti, spesso ingannevoli: la rigenerazione, come processo di riorganizzazione simbolica della disuguaglianza attraverso una nuova gerarchia dei luoghi; lo spazio pubblico, come spazio di sottrazione simbolica dell'idea di cittadinanza e della sua gerarchizzazione; la *gentrification*⁹, come tecnica governamentale connotata al consumo del prodotto "città storica", con un duplice meccanismo caratterizzante: economico (riorientamento al consumo, speculazione immobiliare) e securitario (produzione e controllo sociale della povertà e della devianza urbana)¹⁰.

Ciò non significa che il dato contemporaneo di contesto non venga percepito dall'a.: solo, è letto con lenti metodologiche più tradizionali.

E così Riccardo Ursi evidenzia come nel costituzionalismo liberale la sicurezza diventi un connotato delle libertà, di fatto però solo sfiorando il rilievo di pensatori quali Locke o Bentham nel definire nel lungo periodo la sicurezza nel paradigma liberale prima, poi neo-liberale, come *immunitas*, riprendendo una categoria di pensiero oggi centrale forgiata dal nostro Roberto Esposito¹¹.

Dopo aver definito il rapporto sicurezza-libertà, con un ragionamento che deve molto all'elaborazione di Ridola¹², Ursi mette in luce la crisi dello Stato liberale di diritto, e l'avvento dello Stato sociale, rispetto al quale si coglie la

9 Sulla quale cfr. G. SEMI, *Gentrification. Tutte le città come Disneyland?*, Bologna, 2015.

10 V. CREMONESINI, *Ordine e sicurezza nella città biopolitica: vecchi scenari e nuovi immaginari*, in *Rivista di studi sociali sull'immaginario*, 2014, 80 ss.

11 R. ESPOSITO, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino, 2002.

12 P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. Nania e P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, II ed., Torino, 2006.

lezione di Robert Castel, che ne evidenzia non tanto la funzione redistributiva, quanto il ruolo di protettore¹³.

Castel è richiamato anche nel paradosso della sicurezza totale, aspirazione foriera di una società votata all'insicurezza.

È la stessa realtà quotidiana che porta la società "liquida" a misurarsi di continuo con problematiche originanti diversi "quadri di rischio": dalla mancanza di lavoro, alla insufficienza di servizi essenziali al fine di garantire all'individuo un'esistenza libera e dignitosa, questioni oggi particolarmente acute dall'intrecciarsi della conclamata crisi dello Stato fiscale di benessere cui si è sommato lo scossone derivante dalla perdita di fiducia nel potere salvifico dell'allargamento dei mercati e dell'aumento incontrollato delle transazioni economiche e finanziarie, dall'inquinamento ambientale ai rischi derivanti dall'evoluzione scientifica, in particolare biotecnologica, dalla perdita di valori e coesione sociale, fino alla minaccia della criminalità, soprattutto quella diffusa, comune, che è maggiormente avvertita dai cittadini ed è indice di rottura di un ordine sociale, vale a dire della mancanza di un nucleo di valori condivisi.

Ursi non tocca direttamente questi aspetti, ma conclude il primo capitolo con un rilievo centrale: la crisi del sistema di Welfare State ha determinato una riespansione della sicurezza pubblica. Il tema di fondo è rappresentato dal tramonto del c.d. welfarismo criminologico come specchio della più ampia crisi, o comunque ristrutturazione, del Welfare State. In tale contesto le politiche della sicurezza possono prendere il posto delle politiche sociali. Su questo tema l'a. richiama gli ormai classici Beck e Bauman, ma aggiungerei i fondamentali lavori del meno noto Loïc Wacquant (e in Italia di Massimo Pavarini) sulla trasformazione dello stato penale nella società neoliberale¹⁴.

Ciò comporta da un lato una evocazione della normalizzazione dell'emergenza, fenomeno che viene ormai trattato alla pari da giuristi e filoso-

13 R. CASTEL, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Paris, trad. it., *L'insicurezza sociale. Che cosa significa essere protetti?*, Torino, 2004.

14 L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello Stato penale nella società neoliberale*, Milano, 2000.

fi. Dall'altro un richiamo alla prospettiva "comunitaria", la quale predica una produzione attiva di sicurezza da parte della cittadinanza e della collaborazione tra diversi livelli di governo, ribaltando in proattiva la tradizionale logica di tipo reattivo. Il primo capitolo si chiude, in questo senso, con una apertura importante al tema, poi approfondito dall'a., della *governance* multilivello della sicurezza.

3. La sicurezza nella Costituzione

Nell'ordinamento precostituzionale, non solo in quello fascista ma anche in quello "progenitore" (soprattutto sotto questi aspetti) tardo-liberale, l'attività di pubblica sicurezza era stata oggetto di un'enorme espansione attraverso una distorsione del concetto di ordine pubblico. Se già con la legislazione di pubblica sicurezza del 1889 esso viene inteso come limite immanente all'esercizio di ogni libertà individuale e collettiva, con lo Stato fascista l'ordine pubblico travalica definitivamente il mero riferimento ai beni materiali dei consociati per essere concepito come valore ideale ed autonomo di tutela dell'essenza stessa del regime dittatoriale.

Ursi evidenzia questi aspetti nell'apertura del secondo capitolo, dedicato alla sicurezza pubblica nella Costituzione, e illustra la funzione conservatrice assunta dall'ordine pubblico in questa fase, mostrando un altro aspetto che costituisce un *topos* dell'intero volume (specie nella parte dedicata ai poteri di polizia): l'ampia discrezionalità riconosciuta sin dalle origini alla autorità di polizia¹⁵.

Nella Costituzione del 1948 il termine «sicurezza» è presente in vari punti, ed evoca diversi significati e problematiche. Non a caso viene originariamente rimosso il riferimento all'ordine pubblico, con una chiara adesione al concetto di sicurezza come ordine pubblico "materiale"¹⁶. Ciò nonostante, la giuri-

15 B. TONOLETTI, *Ordine e sicurezza pubblica*, cit.: «Il problema cardine di disciplina delle funzioni di pubblica sicurezza consiste nel fatto che il loro esercizio richiede valutazioni prognostiche di pericolosità sociale, che possono facilmente scivolare verso un'arbitraria amministrazione del sospetto, con la conseguente necessità di delimitare la discrezionalità spettante all'autorità di sicurezza».

16 G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979.

sprudenza costituzionale ha assunto, specie alle origini, una posizione ambigua ed oscillante, spesso sovrapponendo le due concezioni di ordine pubblico.

Altra criticità che si dà intorno alla nozione di ordine pubblico materiale è il suo essere estrinsecato da clausole generali (emblematico l'art. 159 del d.lgs. n. 112/1998, che fa riferimento alla protezione di «beni giuridici fondamentali» ed «interessi pubblici primari») suscettibile di uso politico, attraverso lo spazio della decisione discrezionale, come è accaduto di recente negli ultimi “Decreti sicurezza” adottati nel biennio 2018-2019 dal Governo¹⁷.

Ad ogni modo la sicurezza in Costituzione si pone prima di tutto come limite ai diritti di libertà¹⁸.

D'altra parte nella Costituzione il concetto di sicurezza viene richiamato pure, con la riforma del 2001, finalmente assieme ad un ormai sdoganato «ordine pubblico», come materia di potestà legislativa esclusiva statale, con espressa esclusione della polizia amministrativa locale (art. 117, comma 2, lett. h Cost.)¹⁹.

Quindi in Costituzione hanno iniziato ad evidenziarsi e ad autonomizzarsi una pluralità di interessi pubblici rispetto all'interesse di polizia in senso stretto. La Corte costituzionale si è fatta interprete di tali rinnovate esigenze: si pensi alla vigorosa potatura di varie norme del t.u.p.s. del 1931 e alla conseguente revisione legislativa delle competenze in ordine al rilascio delle autorizzazioni all'esercizio di mestieri e imprese.

In tal senso il quadro pervasivo dei poteri di polizia ereditato dal fascismo viene notevolmente circoscritto, sia perché alcuni poteri vengono riservati

17 Sul tema, cfr. L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2021.

18 Si pensi alle limitazioni alla libertà personale e domiciliare (art. 13, commi 2 e 3, art. 14, commi 2 e 3, Cost.) e alla possibilità di adottare «misure di sicurezza» (art. 25, comma 3, Cost.), ai «motivi di sicurezza» come limite alla libertà di circolazione (art. 16 Cost.) e alla possibilità di vietare lo svolgimento di riunioni in luogo pubblico «per comprovati motivi di sicurezza» (art. 16 Cost.). È bene inoltre sottolineare che la sicurezza costituisce pure un limite allo svolgimento dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.).

19 Invece la «sicurezza del lavoro» è invece materia di potestà legislativa concorrente (art. 117, comma 3, Cost.); il «pericolo grave... per la sicurezza pubblica» giustifica inoltre l'esercizio dei poteri sostitutivi del Governo nei confronti di Regioni ed enti locali (art. 120, comma 2, Cost.), mentre viene prevista la possibilità di scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta «per ragioni di sicurezza nazionale» (art. 126, comma 1, Cost.).

alla giurisdizione sia perché altri – a far data dal d.P.R. n. 616 del 1977 e in modo più intenso col d.lgs. n. 112 del 1998 – sono rimessi ad altre autorità amministrative. Infine, la riforma del titolo V Cost. ha dato una chiara indicazione in tal senso: il nuovo art. 118, comma 3, Cost., prevede infatti che la legge statale disciplini forme di coordinamento fra Stato e Regioni anche nelle materie di cui alla lett. h del secondo comma dell'art. 117: appunto, ordine pubblico e sicurezza. Secondo Ursi questa disposizione sarebbe stata finalmente attuata con la legge n. 48/2017.

L'a. mostra come giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, privilegiando sovente il criterio della c.d. “prevalenza”, specie con riguardo a settori connessi alla prevenzione (in via amministrativa) di comportamenti penalmente rilevanti, di fatto ha portato ad un'estensione dei casi di ritenuta sussistenza della competenza esclusiva statale, spesso a danno proprio delle competenze regionali.

Tale linea interpretativa risulta sostanzialmente confermata dalla sentenza n. 196/2009 in tema di sicurezza urbana, che sposa una controversa nozione centralista di sicurezza urbana come “sicurezza pubblica minore”.

Riccardo Ursi tornerà approfonditamente sul tema nel capitolo quarto, dedicato al rapporto tra sicurezza pubblica, autonomie territoriali e privati.

Sicurezza e ordine pubblico possono così essere considerati come meraendiadi o come concetti diversi, a seconda dei punti di vista. Ha senza dubbio ragione chi evidenzia come, essendosi nell'ordinamento costituzionale affermato il concetto di ordine pubblico materiale, esso sia venuto sostanzialmente a coincidere col concetto tradizionale di sicurezza pubblica²⁰.

Ma è anche vero che oggi componenti essenziali della sicurezza non sono solo misure di stampo difensivo, ma anche di tipo propulsivo e di benessere, di qualità della vita in generale. Sicché mentre l'aggiornato concetto di sicurezza è legato alle nuove e molteplici dimensioni che essa assume nella socie-

20 G. CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2000.

tà del rischio, il concetto di ordine pubblico continua a rimandare a un'accezione essenzialmente pre-moderna, di obbedienza allo Stato-amministrazione. È soprattutto attorno a questo potenziale dissidio che si è svolto il dibattito sulla configurabilità del c.d. diritto alla sicurezza.

Riccardo Ursi dà ampiamente conto di tale questione, e si schiera criticamente rispetto alla prospettiva della soggettivizzazione della sicurezza, ritenendo che le previsioni internazionali all'uopo richiamate o la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto non siano probanti.

Concordo con questa prospettiva, cui ritengo bisogna aggiungere ulteriori rilievi critici, che si connettono al tema della sicurezza "comunitaria".

Al netto del dibattito diffuso fra i costituzionalisti fra la natura aperta o chiusa dei diritti fondamentali elencati dall'art. 2 Cost., bisogna osservare che una cosa è il diritto alla sicurezza guardato in una prospettiva statica, come diritto al mantenimento dello status quo rivendicato dal soggetto "forte", "normale", rispetto al "debole" e all' "anormale", altro è la "sicurezza dei diritti"²¹, fondamento di una politica e di una amministrazione informate alla realizzazione della libertà dal bisogno, non più limitata alla protezione ma proiettata alla promozione dei diritti fondamentali e delle libertà affermate nelle Carte costituzionali. In questi filoni di indagine, peraltro, non si riscontra soltanto un vivo dibattito fra i giuspubblicisti, ma anche l'attenzione di una certa sociologia della devianza "critica", la quale prospetta un forte collegamento fra crisi dello Stato sociale e politiche pubbliche securitarie, fondate sull'approccio della c.d. tolleranza zero e della sociologia vittimologica e situazionale.

4. Profili organizzativi

Il sistema di sicurezza pubblica, come il diritto di polizia tutto, è tradizionalmente caratterizzato da un impianto fortemente accentrato e gerarchizzato, delineato nel t.u.p.s. del 1931. Si pensi alla figura del prefetto, essenziale

21 A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *Dem. dir.*, 2000, 19 ss.

nell'articolazione burocratica dello Stato fascista, come osserva giustamente Ursi.

Tale impianto organizzativo viene descritto dall'a. nel capitolo terzo del libro, in modo preciso e informato.

La logica costituzionale in tema di polizia di sicurezza è del tutto diversa da quella delle precedenti leggi di polizia. Nel nuovo modello di Stato disegnato dalla Costituzione, il Ministero dell'Interno perde la centralità tradizionale e il ruolo del suddetto dicastero diviene principalmente il mantenimento dell'ordine pubblico.

Peraltro, il problema non è solo di compatibilità dell'assetto pregresso coi sopraggiunti valori costituzionali. Un'amministrazione della sicurezza sempre più prossima ai territori e ai cittadini deve riorganizzarsi per rendere effettivo questo confronto che il modello gerarchico ed accentrato non è in grado di sostenere.

Nell'attuale quadro di marcato decentramento amministrativo, espressione di una diversa temperie politica e socio-economica, si è avuto un correlativo accrescimento di competenze degli enti locali su materie che tradizionalmente possedevano il carattere della pubblica sicurezza. Si ha una messa in discussione del tradizionale principio della statualità della pubblica sicurezza, come diritto di polizia che si è caratterizzato nel corso del Novecento come cerniera fra il diritto amministrativo e quello penale, ed è sempre stato considerato quale funzione centrale dello Stato-ordinamento.

L'assetto istituzionale tradizionale, connotato da marcati tratti di complessità e verticalizzazione, è confermato dalla legge n. 121 del 1981²².

22 In particolare, la funzione centrale del Ministero dell'interno, «responsabile della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica» e «autorità nazionale di pubblica sicurezza» (art. 1 della legge n. 121 del 1981). Seguono le autorità provinciali di pubblica sicurezza: il prefetto, con «responsabilità generale dell'ordine e della sicurezza pubblica» (art. 13, comma 2, legge n. 121 del 1981); il questore, con «responsabilità tecnico-operativa» (art. 14, comma 2, legge n. 121 del 1981).

Ursi analizza, sul punto, oltre ai singoli organi centrali e periferici, le relazioni di gerarchia e coordinamento che si danno tra essi, nonché la distinzione tra sfera politico-amministrativa e sfera tecnico-operativa.

E tuttavia, già questa legge apporta alcune novità importanti, prima fra tutte la mancata riproposizione della dipendenza del Questore dal Prefetto, che attenua fortemente il principio gerarchico, riconoscendo autonomia funzionale e organizzativa al Questore. Inoltre, Ursi osserva come la principale novità di tale legge sia stata quella di aver superato l'ordinamento militare della polizia di sicurezza, che neanche le prime riforme post-costituzionali avevano superato, con una serie di criticità per l'apparato di p.s., su tutte una marcata frattura tra polizia e società, che troverà il suo acme negli anni '70 del secolo scorso.

La legge del 1981 apporta al sistema tre sostanziali novità in termini di unità funzionale dei ruoli, efficienza nel sistema di reclutamento e democraticità tramite la rivoluzionaria smilitarizzazione (che tuttavia manterrà intatti, dal punto di vista ordinamentale, tre requisiti che ancora connotano la polizia di Stato: obbedienza gerarchica, fedeltà, segretezza).

Le successive riforme producono un altro importante effetto, esaminato da Ursi alla fine del capitolo relativo all'organizzazione e con riguardo specifico alla polizia locale. Già da tempo si era osservato che, dopo la Costituzione del 1948 l'ordine pubblico dovesse perdere ogni connotazione ideale, connotandosi come ordine pubblico materiale (*ordre dans la rue*), estraneo da ogni riferimento a principi etici o naturali, comunque ideali. Ma a livello positivo tale consapevolezza matura definitivamente solo con l'attuazione della delega contenuta nella legge n. 59 del 1997. L'art. 159, comma 2, del d.lgs. n. 112 del 1998 non potrebbe essere più chiaro nel distinguere la polizia di sicurezza dalla polizia amministrativa. Dal canto suo la Corte costituzionale con la sentenza n. 290 del 2001 precisa che la locuzione «interessi pubblici primari» impiegata nel citato art. 159 debba essere intesa non già alla stregua di qualsiasi interesse pubblico alla cui cura sono preposte le pubbliche amministrazioni, ma con riguardo sol-

tanto a quegli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile.

Prima della riforma del Titolo V Cost. si segnala un'importante evoluzione che spinge per il decentramento: la modifica della composizione del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, che prevede l'inserimento dei sindaci dei capoluoghi e dei presidenti delle Province (d.lgs. n. 279 del 1999). Ursi ne dà conto nella trattazione dell'organizzazione vista sotto il profilo del coordinamento infrastrutturale, ove si analizzano organi cruciali come il Comitato nazionale e quello provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica.

Dopo la riforma del Titolo V, come detto, l'organizzazione, pur restando centralista, deve fare i conti con l'emergente nozione di sicurezza urbana, tema cui Ursi dedica il quarto capitolo.

4. Sicurezza comunitaria, tra valorizzazione delle autonomie territoriali, mercato e sussidiarietà orizzontale

A cavallo della riforma del Titolo V Cost. viene valorizzata la cd. sicurezza "secondaria", e inizia a dequotare la tradizionale visione statocentrica della sicurezza pubblica.

Ma a ben guardare ciò avviene in modo non lineare e con una serie di criticità.

Nel biennio 2008-2009 il concetto di sicurezza urbana è divenuto oggetto di legislazione statale con l'attribuzione di nuovi poteri di ordinanza riconosciuti al sindaco, quale ufficiale di Governo, dal nuovo art. 54 t.u.e.l., così come modificato dal d.l. n. 92 del 2008, convertito dalla legge n. 125 del 2008. Ad esso ha fatto poi seguito il d.m. 5 agosto 2008, che ha stabilito cosa debba in-

tendersi per «incolumità pubblica» e per «sicurezza urbana»²³, circoscrivendone in via esemplificativa pure l'ambito di applicazione²⁴.

Secondo la Corte costituzionale, nella già richiamata sentenza n. 196/2009, nel “nuovo” art. 54 t.u.e.l. i poteri esercitabili dai sindaci possono essere esclusivamente finalizzati all'attività di prevenzione e repressione dei reati, e non riguardano lo svolgimento di funzioni di polizia amministrativa nelle materie di competenza delle Regioni e delle Province autonome. La Corte sembra optare a favore della tesi che vede la sicurezza urbana come parte dell'ordine pubblico, sicurezza pubblica “minore”, scartando invece la diversa ricostruzione che configura la sicurezza urbana come intreccio e punto di coordinamento fra competenze diverse, statali e non, volto non solo, in senso stretto (c.d. *security*), alla prevenzione e repressione dei reati, ma anche, in senso ampio (*safety*), alla promozione e coesione sociale.

Il cortocircuito si ha perché definire la sicurezza come problema urbano porta inevitabilmente ad affermare un ruolo nuovo per soggetti istituzionali (in particolare Regioni e Comuni) che non hanno mai avuto particolari competenze e responsabilità dirette nella prevenzione e nel contrasto della criminalità. Il fenomeno ha carattere generale, riguarda pure esperienze di altri Paesi europei, e dipende dall'intrecciarsi di due aspetti complementari: a) l'inadeguatezza del classico strumento penale a far fronte ai problemi della insicurezza urbana (non a caso si parla pure di sussidiarietà del diritto penale); b) il passaggio dal governo di questi fenomeni alla più articolata *governance*, concetto che rinvia a nuove interazioni fra Stato e società e a nuove modalità di esercizio dei poteri dello Stato sovrano. Si noti, per inciso, come il richiamo all'immagine della rete e del-

23 Definita come «bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale». Interessante notare come si parli di bene pubblico e non già di diritto soggettivo a proposito della sicurezza urbana.

24 Ad es. situazioni urbane di degrado che favoriscono lo spaccio, la prostituzione, l'accattagnaggio; danneggiamento al patrimonio pubblico; incuria, degrado, occupazione abusiva di immobili e del suolo pubblico, etc.

la *governance* faccia il paio con l'idea biopolitica di sicurezza nei modelli governamentali degli Stati liberali.

Prima della riforma del Titolo V Cost., come Ursi correttamente osserva, i frutti più rilevanti di questa stagione sono le prime significative esperienze di amministrazione concordata, con protocolli di intesa fra Comuni e Prefetture, e quindi fra Regioni e Ministero dell'Interno. In seguito si è affermata un'ampia legislazione regionale in tema di c.d. «servizio integrato di sicurezza». Da queste esperienze, peraltro, si evince una nozione “ampia” di sicurezza urbana, dove sovente il momento repressivo non vive isolatamente, ma viene posposto a quello preventivo, di lotta al disagio sociale.

In questa tematica l'assetto delle competenze e delle fonti appare centrale, essendo avvinto a doppio nodo alle politiche pubbliche in materia, che si muovono lungo l'asse della difficile conciliazione tra sicurezza, politiche “situazionali” e di c.d. “tolleranza zero”, e politiche sociali di prevenzione ed inclusione. Il tema di fondo è rappresentato dal tramonto del c.d. welfarismo criminologico come specchio della più ampia crisi, o comunque ristrutturazione, del Welfare State. In tale contesto le politiche della sicurezza possono prendere il posto delle politiche sociali.

Il rischio è rappresentato da un determinato modo di intendere l'intreccio fra sussidiarietà verticale e quella orizzontale: la legislazione statale degli ultimi anni ha finito per attirare, in una forma di sussidiarietà “ascendente”, l'individuazione delle *policies*, rendendo tutto come forma di “sicurezza pubblica minore”, sovente a danno di diversi modelli discendenti dalla legislazione regionale e da buone pratiche, specie a livello locale, caratterizzati da educazione alla convivenza, rispetto della legalità, integrazione e inclusione sociale, rigenerazione urbana e «rammendo» delle periferie.

In effetti, l'affermarsi in un primo tempo della concezione di sicurezza urbana come “sicurezza pubblica minore” ha portato alla mortificazione del

modello comunitaria di sicurezza integrata e a una torsione in senso securitario della nozione di sicurezza secondaria.

Come l'a. ben osserva la legge n. 14/2017 segna una parziale inversione di rotta²⁵.

L'intera sezione II della legge n. 48/2017, di conversione del predetto decreto, è espressamente dedicata alla «sicurezza urbana». Si dà ampio spazio ai già richiamati patti per la sicurezza urbana, sottoscritti tra il prefetto e il sindaco, volti a perseguire obiettivi di prevenzione di fenomeni di criminalità diffusa e predatoria, promozione e rispetto della legalità, nonché del decoro urbano (art. 5).

Concludendo sulla questione della sussidiarietà verticale in materia si può prospettare: *i)* l'auspicabile eliminazione della figura del sindaco come ufficiale di Governo, incompatibile con l'attuale sistema costituzionale; *ii)* la necessità di un intervento del legislatore statale attuativo dell'art. 118, co. 3, Cost., stante la centralità anche in questo insospettabile settore del coordinamento e della leale cooperazione (su tale linea si è avviata la legge n. 48/2017); *iii)* la valorizzazione delle competenze regionali in tema di polizia amministrativa locale e di servizi sociali. In tal modo si darebbe centralità effettiva agli organi rappresentativi dell'ente territoriale (Regioni e comuni), con maggiore rispetto pure della teoria delle fonti, e si coniugherebbero politiche securitarie e situazionali con politiche di prevenzione sociale, con probabile beneficio pure sul piano del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali.

C'è poi il tema della sussidiarietà orizzontale, fonte di molteplici fraintendimenti.

Agli albori delle teorie fondative dello Stato moderno, come è noto, si pose l'idea base di associare allo Stato il monopolio dell'uso legittimo della forza (Hobbes, Locke, Weber, lo stesso anarcoliberalismo di Nozick).

²⁵ Evidenzia da ultimo l'incompiuto passaggio alla gestione multilivello della sicurezza I. FORGIONE, *La sicurezza pubblica dopo la riforma del Titolo V: verso l'abbandono della tradizione Stato-centrica in favore di un modello collaborativo con le autonomie territoriali?*, in www.dirittiregionali.it, 11 aprile 2022

Associare la sussidiarietà orizzontale alla sicurezza può apparire come un vero e proprio paradosso.

Si tratta di un tema che finora non ha ricevuto particolare attenzione nella dottrina²⁶, per cui il libro di Riccardo Ursi può rappresentare un importante impulso alla ripresa degli studi su questioni tanto attuali quanto delicate.

È bene chiarire come il concetto di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, co. 4, Cost., sia sovente richiamato a sproposito, con riferimento a recenti eterogenei fenomeni, che vanno distinti.

Ursi, sulla base di alcuni pareri del Consiglio di Stato²⁷, correttamente inquadra la questione distinguendo fra sicurezza “complementare”, che denota un’attività imprenditoriale svolta da privati, e sicurezza “partecipata”, che chiama invece in causa il tema della sussidiarietà.

Non ha propriamente a che vedere con la sussidiarietà orizzontale, infatti, la liberalizzazione del settore della vigilanza privata, disposta nel nostro ordinamento con alcuni provvedimenti normativi del 2008 (legge n. 101 e d.p.r. n. 153) di modifica del t.u.p.s. del 1931, sulla scorta di una sentenza del dicembre 2007 della Corte di Giustizia Europea di condanna all'Italia.

Non rientra nel disposto di cui all'art. 118 neppure quella deprecabile tendenza ad esternalizzare talune funzioni di ordine, come la gestione delle carceri. Si tratta di un modello attecchito soprattutto negli USA e in Gran Bretagna, e che nel nostro Paese per ora trova limitate e sporadiche applicazioni. Sul punto bisogna notare che sarebbe necessario selezionare attentamente le attività da esternalizzare. Il ricorso a imprese private non dovrebbe mai riguardare alcune attività, quali la rieducazione dei detenuti e la direzione degli istituti di pena. L'esternalizzazione delle attività penitenziarie deve avvenire solo a condizione che siano previste determinate misure: un'univoca e capillare capacità di

26 Oltre al mio libro su *Sicurezza e sussidiarietà*, Napoli, 2010, spec. 279 ss., cui mi permetto di rinviare, si può menzionare un'interessante raccolta di saggi a cura di Filippo Pizzolato e Paolo Costa su *Sicurezza, Stato e mercato*, Milano, 2015.

27 Si tratta del parere della sez. I, 14 luglio 2004, n. 7556/2004 e del parere sez. I, 4 febbraio 2009, n. 4330/2008.

controllo gestionale (e non solamente tecnico-contabile) da parte dell'istituzione pubblica centrale; un certo grado di autonomia “manageriale” per i responsabili pubblici delle singole strutture (nell'ordinamento italiano si tratta dei direttori di carcere, dirigenti o funzionari direttivi); una quantità adeguata di risorse economiche; la previsione di garanzie specifiche in capo ai detenuti rispetto alle attività dei privati.

Vi è, poi, il tema delle cd. “ronde” per la sicurezza, introdotte in Italia con la legge n. 94/2009.

A fronte di critiche fondate sulla sottrazione del monopolio legittimo statale della forza, politicizzazione delle ronde, necessità piuttosto di aumentare le risorse per le forze di p.s., altri hanno difeso il provvedimento, indicato come importante per un maggiore controllo del territorio, sgravandosi così la polizia di compiti più lievi; inoltre si è detto che con esso si introduce in Italia una sicurezza integrata e partecipata, per regolamentare fenomeni comunque già esistenti ma non disciplinati e così sottratti ad ogni controllo.

In ogni caso, come dimostrano la cronaca giornalistica più avvertita, e i dati diffusi dal Ministero dell'interno, tale disciplina, anche per la difficoltà di attuazione, ha portato ad un bassissimo numero di richieste di iscrizione negli elenchi istituiti presso le Prefetture.

Dal combinato disposto della l. n. 94/2009 e del d.m. 8 agosto 2009 (determinazione degli ambiti operativi delle associazioni di osservatori volontari) si desume che: deve trattarsi di associazioni di cittadini non armati, che svolgono attività di mera osservazione e segnalazione; il sindaco deve decidere, con ordinanza, di avvalersene previa intesa col prefetto. Vi è la necessità di un apposito elenco tenuto e revisionato dal Prefetto, sentito il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica. È previsto che i sindaci si avvalgono, in via prioritaria, di associazioni costituite tra gli appartenenti, in congedo, alle Forze dell'ordine e agli altri corpi dello Stato.

È stato quindi il d.m. 8 agosto 2009 a precisare i requisiti per l'iscrizione delle associazioni nell'elenco, ridimensionando le problematiche presenti (ma, forse, diminuendo pure l'attrattività della normativa)²⁸.

Fra le persistenti criticità della normativa vi è, oltre alla già indicata ineffettività, il tema dei poteri dei volontari: la legge n. 94/2009 fa riferimento al fine della segnalazione, sennonché il fine, evidentemente, non è un potere²⁹.

Ursi, tuttavia, pur dando conto di tali criticità, ritiene che non sia possibile rinvenire alcun divieto costituzionale di costituire associazioni che abbiano come scopo la vigilanza del territorio. Anche per questa ragione, oltre che per il taglio dell'opera, non approfondisce taluni interessanti profili. Come non considera le origini remote del *Community Policing*³⁰. Tale modello è destinato a mutare radicalmente negli anni '80 del secolo scorso. Si fa strada in tale periodo il c.d. *neighbourhood watch*, che si fonda sulla partecipazione diretta di una rete di persone "responsabili", individuate fra i residenti, che vengono investite di compiti di sorveglianza in uno specifico settore ben determinato. Quest'ultimo tipo di approccio viene privilegiato soprattutto con l'affermarsi della strategia della *Zero Tolerance*, nell'ambito della quale la polizia deve soprattutto impegnarsi a spezzare la spirale del degrado urbano e dell'insicurezza evidenziati da Wilson e Kelling con la teoria del "vetro rotto". Proprio in Gran Bretagna, a causa dell'influenza culturale statunitense, il modello tradizionale ha subito delle torsioni, anche a causa delle difficoltà ingenerate dalla disgregazione e disorganizzazione economica dell'epoca post-moderna, oltre ai conflitti derivanti dal plu-

28 Si prevede, fra l'altro: che si tratti di attività senza fine di lucro; che l'associazione non sia espressione di partiti o movimenti politici, sindacali, di tifoserie; che l'attività di osservazione sia svolta in nuclei composti da non più di tre persone, di cui una di età pari o superiore a 25 anni, senza l'ausilio di mezzi motorizzati o animali. Inoltre, non si devono portare al seguito armi o altri oggetti atti ad offendere. Sono previsti, poi, ulteriori requisiti personali, quali: non essere aderenti a determinate associazioni, non essere o essere stati sottoposti a misure di prevenzione o denunciati o condannati, anche con sentenza non definitiva, per delitti non colposi.

29 G. FALCON, *Il federalismo dei sindaci (e dei prefetti)*, in *Le Regioni*, 2009, 447 ss.

30 Esso può essere fatto risalire ai principi ispiratori del primo Corpo di polizia inglese, ideato dal ministro Sir Robert Peel, che nel 1828 presentò al Parlamento britannico un progetto di legge relativo alla costituzione della Polizia Metropolitana di Londra, meglio nota come Scotland Yard (istituita l'anno successivo, il 1829), i cui tratti essenziali sono caratterizzati da una polizia di tipo preventivo, posta al servizio dei cittadini, in stretta collaborazione con costoro.

ralismo etnico e sociale e dalla molteplicità culturale degli stili di vita. In tal senso la polizia “dal volto umano” diventerà una componente minore di un insieme di procedure impersonali di controllo: sistemi di sorveglianza, controlli tecnologici, ampio ricorso ad attività di *Neighbourhood Watch*.

L'a. mette comunque in luce che nella legge del 2009 vi era il riferimento al generico concetto di “disagio sociale”. Sul punto la sentenza Corte cost., n. 226/2010, in relazione alle «situazioni di disagio sociale», ritiene che esso venga considerato elemento spurio ed eccentrico rispetto alla *ratio* della disciplina, e ricondotto alla sicurezza sociale, rientrando nella competenza regionale residuale. Ma l'a. non osserva come questa importante pronuncia evidenzi, una volta di più, che abbiamo a che vedere con un profondo mutamento culturale che chiama in causa il tramonto del c.d. welfarismo criminologico come specchio della più ampia crisi, o comunque ristrutturazione, del Welfare State.

Trasformazioni che, si badi bene, non evocano banalmente una schematica separazione fra una legislazione regionale sempre “buona” e una legislazione statale sempre “cattiva”, in quanto tarata su politiche pubbliche di mera repressione e controllo sociale. Un precedente importante sul punto, anche se non esplicitamente richiamato dall'a., è quello in base al quale la concessione regionale di un sostegno economico ai cittadini che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, affrontano un procedimento penale con l'accusa di aver colposamente ecceduto i limiti della legittima difesa, è stato giustamente considerato manifestazione di un indirizzo regionale in tema di prevenzione dei reati e di contrasto alla criminalità, materia riservata allo Stato: un indirizzo regionale che necessariamente incide sulla percezione dei consociati circa l'atteggiamento, in questa materia, delle autorità pubbliche. È, dunque, la *ratio* ispiratrice della disposizione ad interferire anche con la materia «ordine pubblico e sicurezza». Attraverso il sostegno economico nel procedimento e nel processo è, infatti, incoraggiato (o non scoraggiato), in ambito regionale, il ricorso alla “ragion fattasi” (sentenza n. 172/2017).

Si consideri anche la sentenza n. 236 del 12 novembre 2020, con la quale la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità della legge della Regione Veneto n. 34/2019 sul c.d. controllo di vicinato, definito come «forma di cittadinanza attiva... che favorisce lo sviluppo di una cultura di partecipazione al tema della sicurezza urbana ed integrata per il miglioramento della qualità della vita e dei livelli di coesione sociale e territoriale delle comunità, svolgendo una funzione di osservazione, ascolto e monitoraggio, quale contributo funzionale all'attività istituzionale di prevenzione generale e controllo del territorio»³¹.

La Corte ha ritenuto che detta legge, nonostante escludesse espressamente dai compiti di vicinato la possibilità di intraprendere iniziative per la repressione dei reati o incidenti sulla riservatezza delle persone, nel riferirsi alla «attività istituzionale di prevenzione generale e controllo del territorio», avesse di fatto richiamato la finalità specifica della «prevenzione dei reati», riconducibile all'ordine pubblico e sicurezza, di competenza statale, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. h, Cost.

Il tema impatta anche con riguardo al governo del territorio. Non è un caso che la sicurezza urbana venga spesso trattata accanto all'attualissima questione delle periferie³².

Il dinamismo delle trasformazioni impone alle istituzioni di mantenere costante consapevolezza della reale destinazione dei luoghi. Talora è necessario prendere atto di svolte non previste nella funzionalizzazione di spazi. La crisi del *welfare* e l'abbandono delle politiche della casa popolare alimenta la spazializzazione dei conflitti. L'istituzione di strumenti di gestione collettiva delle risorse all'interno di comunità circoscritte, dell'auto-tassazione per l'erogazione

31 Centrale nel ragionamento della Consulta è una recente decisione, frutto di una raggiunta piena maturazione esegetica in materia, che, distinguendo tra «sicurezza in senso stretto (o sicurezza primaria)» e «sicurezza in senso lato (o sicurezza secondaria)», ritiene consentito alle Regioni «realizzare una serie di azioni volte a migliorare le condizioni di vivibilità dei rispettivi territori, nell'ambito di competenze ad esse assegnate in via residuale o concorrente, come, ad esempio, le politiche (e i servizi) sociali, la polizia locale, l'assistenza sanitaria, il governo del territorio», rientranti appunto nel *genus* della sicurezza secondaria (Corte cost., n. 285/2019).

32 Cfr. AA.VV., *Periferie e diritti fondamentali*, a cura di M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca, Napoli, 2020.

di servizi privati, dimostra il fallimento del pubblico nell'offerta alla cittadinanza dei beni essenziali. Negli Stati Uniti sono state proprio le autorità locali a favorire ciò, dismettendo il servizio pubblico.

Sul punto possono evidenziarsi alcune luci e molte ombre.

Negli ultimi anni sempre più Comuni individuano alcuni muri, spesso in zone periferiche e a elevata percezione di insicurezza da parte delle collettività ivi radicate, che vengono messi a disposizione dei *writers* per la realizzazione delle loro creazioni. Due appaiono le finalità: si punta a ricondurre la *street art* entro i confini della legalità, in tal modo disinnescandone le potenzialità eversive; si riesce a trasformare elementi architettonici degradati in una sorta di “tela urbana”, nella prospettiva della rivitalizzazione dello spazio come museo a cielo aperto, in grado di attirare un afflusso di visitatori tale da rigenerare aree potenzialmente o effettivamente a rischio di insicurezza³³.

Fra le ombre possono annoverarsi le cd. *gated communities*, destinate probabilmente ad accrescere la propria rilevanza dopo la crisi epidemiologica da covid-19.

Si tratta di aree residenziali, con accesso limitato che rende privati spazi normalmente pubblici. L'accesso è controllato da barriere fisiche, pareti o perimetri recintati e da ingressi custoditi o chiusi da cancelli. Le *gated communities* precludono l'accesso del pubblico alle strade, ai marciapiedi, ai parchi, agli spazi aperti, e alle aree da gioco, tutte risorse che sarebbero state aperte e accessibili a tutti i cittadini di una località.

Il fenomeno è nato negli anni '80 negli Stati Uniti, ma poi si è diffuso in Brasile, Argentina e altri Paesi del Sudamerica, loghi nei quali esiste una forte disparità socio/economica.

33 Vi è chi rileva criticità in quest'uso della *street art*. I sostenitori della sola *street art* spontanea, ad esempio, enfatizzano la città non regolata dei graffiti, le cui immagini irrompono come pratiche sociali di disobbedienza, reinventando lo spazio urbano. Inoltre, la stessa *street art* spesso non è estranea a dinamiche di sussunzione capitalistica, anche al di là della circolazione nel mercato dell'arte (cd. *gentrification*). C'è poi il delicato caso napoletano rispetto al quale ci si interroga se si tratti di arte urbana da preservare o di apologia del crimine e dei suoi «martiri».

Ecco evidenziarsi il lato oscuro del tanto declamato “diritto alla città”³⁴.

È infatti chiara qui la crisi delle teorie sulla «città sostenibile» quale luogo di affermazione del diritto fondamentale «alla città» ed elemento delle politiche di sviluppo sostenibile elaborate a livello internazionale ed europeo. Si prospetta, quindi, anche un contrasto con il concetto di beni comuni e di «cittadinanza attiva»³⁵. Ancora si prospetta il rischio di un'ulteriore torsione del principio di sussidiarietà orizzontale, che da promessa di liberazione dell'individuo, divenga la maschera ideologica di un'ampia cessione di terreno dalla p.a. ad operatori privati.

Inoltre si prospettano ulteriori questioni non secondarie, destinate ad avere un impatto sempre maggiore per il giurista.

Le *gated communities* sono caratterizzate dall'esistenza di un'assemblea di residenti, un board elettivo, con funzioni non solo esecutive, ma anche «di regolazione». Vi sono norme interne sancite dallo statuto e accolte contrattualmente all'atto di acquisto: sono «saldate» all'unità abitativa. Si controlla il rispetto delle norme relative alla convivenza e all'edificazione, si adottano codici di comportamento e provvedimenti che investono la vita privata dei residenti, la cui effettività è garantita da sanzioni di entità variabile, dal pagamento di ammende all'esclusione dalla comunità. Anche in questo caso è lecito parlare di «autoamministrazione» come mutamento della forma di Stato?³⁶

Infine, il tema dei lati oscuri della sussidiarietà orizzontale intercetta il fenomeno della digitalizzazione e del web. Tradizionalmente il tema è inquadrato, a partire dagli anni '80, nel quadro di politiche pubbliche di sicurezza cd. situazionale, che hanno determinato una grande espansione nell'uso della videosor-

34 H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, Verona, 2014.

35 G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006.

36 E ancora: come impatta tutto ciò sui principi e sulle regole consolidate in tema di pianificazione? È urbanistica consensuale o rappresenta un fenomeno nuovo? Come muta, se muta, l'istituto della compravendita: tende ad avere effetti obbligatori? Quali interlocuzioni coi tradizionali organi di governo a livello locale? Quale giudice e quali modelli di validità rispetto alle decisioni assunte dal board elettivo? Il sindacato su poteri privati? Che tutela hanno i terzi, comuni cittadini estranei al circuito della proprietà escludente?

veglanza, che anche in Italia rimane al centro di ampi canali di finanziamento nella stagione, tuttora in corso, dei patti per la sicurezza.

Altro discorso ancora, che qui poco interessa, è la cd. *cybersecurity*³⁷, nominata da Ursi nel capitolo sulla dimensione internazionale ed europea della sicurezza pubblica, per evidenziare come nell'Agenda sulla sicurezza 2020-2025 elaborata dalla Commissione, oltre alla tradizionale attenzione per il terrorismo, i traffici illeciti e la criminalità organizzata, vi sia appunto un grande spazio per la *cybersecurity*. La questione andrebbe affrontata anche sotto il profilo delle politiche pubbliche che, specie in altri Paesi, impiegano elementi, spesso ludici e digitali, per perseguire sicurezza e decoro urbano. In passato si è già avuto modo di richiamare, in uno scritto dedicato al fenomeno delle ronde per la sicurezza urbana³⁸, la curiosa iniziativa partita dalla Gran Bretagna, il Paese con il maggior numero di Closed Circuit Televisions (4 milioni e 200 mila, peraltro in costante crescita), per un nuovo gioco di società sul web, dal nome Internet Eyes. L'idea deriva dal fatto che buona parte dei filmati ripresi dalle telecamere a circuito chiuso non vengono poi rivisti, essendoci pochi addetti alla sicurezza. Ogni giocatore, quindi, si registra pagando una modesta quota e in cambio riceve un certo numero di telecamere a circuito chiuso. Se vede un crimine, o qualcosa di "sospetto", può segnalarlo a Internet Eyes, che a sua volta contatterà la polizia. Chi fa più segnalazioni "utili" vince un premio in denaro.

Stava per aprirsi un nuovo modo di impostare la regolazione e le strategie per imporre "dolcemente" determinate politiche pubbliche: la *gamification*³⁹.

Per non parlare del tema apertissimo ormai anche da noi, e prima come spesso accade per questi profili negli Stati Uniti, dell'uso del big data per la prevenzione dei crimini o di attentati terroristici⁴⁰.

37 Sul tema v. G. DE VERGOTTINI, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e della emergenza normalizzata*, in www.rivistaaic.it, 4/2019.

38 G. TROPEA, *La sicurezza urbana, le ronde, e il disagio (sociale) della Corte*, in *Dir. amm.*, 2011, 55.

39 Si tratta dell'utilizzo di elementi ludici, spesso digitali, a supporto di funzioni di regolazione pubblica, nei campi più svariati, che vanno dalle politiche ambientali a quelle del trasporto pubblico, passando, appunto, per la sicurezza e il decoro urbano.

40 Cfr., anche con l'indicazione di letteratura straniera, F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 50.

5. Provvedimenti di polizia

Ursi indaga infine il tema tradizionale dei poteri autoritativi coi quali si manifesta la funzione di polizia.

Esamina nel dettaglio le varie tipologie e i caratteri delle autorizzazioni di polizia, definite come una delle più antiche tecniche di controllo sulle attività socioeconomiche di una collettività, poi riprende il tema del potere di ordinanza, esaminando l'art. 2 TULPS e la sua interpretazione nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa, nonché gli ordini di polizia.

Un giusto spazio viene dedicato al potere di ordinanza sindacale, riprendendo spunti precedentemente emersi nella parte relativa alla sicurezza partecipata e integrata.

Quella delle ordinanze del sindaco appare una vicenda anomala: dagli inizi sospetti di illegittimità costituzionale, con le prime sentenze della Consulta che hanno riguardato il potere di ordinanza per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica (attribuito ai Prefetti dall'art. 2 del t.u.p.s.), a strumento di politiche sociali (es. le ordinanze di La Pira a Firenze di requisizione di abitazioni da assegnare ai senza-tetto), fino all'attuale centralità nel dibattito sulle politiche di sicurezza urbana.

Il legislatore ha maldestramente tentato di porre riparo a vari profili di illegittimità che negli anni precedenti erano stati riscontrati con riferimento a, spesso piuttosto fantasiosi, provvedimenti adottati dai c.d. "sindaci sceriffo": si pensi alle ordinanze sui lavavetri del comune di Firenze, alle ordinanze per vietare la fermata di autoveicoli sul territorio comunale, onde evitare intralci alla circolazione, se effettuate per contrattare prestazioni sessuali, alle c.d. ordinanze anti-velo.

Ci si limita ad osservare come, ai sensi del riformato art. 54 t.u.e.l. i sindaci, in qualità di ufficiali di Governo, potevano fra l'altro adottare provvedimenti «anche» contingibili e urgenti, al fine di prevenire ed eliminare situazioni gravi di pericolo che minacciano la «incolumità pubblica» e la «sicurezza urba-

na» (come specificate nel suddetto d.m.). Peraltro all'ampliamento dei poteri del sindaco (si badi: quale ufficiale di Governo, figura in sé ormai discutibile, dopo la riforma del Titolo V Cost.) corrispondono altrettanto incisivi poteri del Prefetto⁴¹.

Sennonché detta riforma è caduta sotto la scure della Consulta, con la nota sentenza n. 115/2011. Quest'ultima, come è noto, richiama il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto: «Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa».

Non si tratta, dunque, di un problema di deroghe alle norme vigenti, col limite dei principi generali. La questione si colloca più a monte, e riguarda i presupposti dell'esercizio del potere di ordinanza. Essendo esercitabile il potere anche al di fuori di fatti eccezionali e imprevedibili a carattere transeunte, la modifica all'art. 54 t.u.e.l. appare incostituzionale là dove consente che eventi «normali» possano costituire presupposti per la sua applicazione.

I giudici accostano al principio di legalità sostanziale la riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost. Né all'uopo può essere richiamato il d.m. 5 agosto 2008, che ha indicato cosa debba intendersi ai sensi dell'art. 54 t.u.e.l. per incolumità pubblica o per sicurezza urbana⁴².

41 Il prefetto deve essere preventivamente informato della situazione afferente alla sicurezza nonché dei provvedimenti proposti dai sindaci; può indire apposita conferenza qualora i provvedimenti adottati dai sindaci comportino conseguenze sui comuni contigui; ha poteri di ispezione e sostituzione oltre che di annullamento d'ufficio. Inoltre, il Ministro dell'interno può adottare atti di indirizzo per l'esercizio delle funzioni del sindaco in materia.

42 Infatti: «la natura amministrativa del potere del Ministro, esercitato con il decreto sopra citato, se assolve alla funzione di regolare i rapporti tra autorità centrale e periferiche nella materia, non può soddisfare la riserva di legge, in quanto si tratta di un atto non idoneo a circoscrivere la discrezionalità amministrativa nei rapporti con i cittadini». L'art. 4 del d.l. «Minniti», n. 48/2017, reca poi una definizione di sicurezza urbana che rispecchia quella precedentemente contenuta nel d.m. 5 agosto 2008. Di fatto, quindi, costituisce un'opportuna «legificazione» di quel discusso decreto di natura non regolamentare che era stato uno dei principali bersagli della sentenza n. 115/2011 della Corte costituzionale. In buona sostanza, rispetto all'originario art. 2 d.m. 5 agosto 2008, il legislatore ha disposto una sorta di «spacchettamento» dei poteri in tema di sicurezza urbana «primaria», affidati al sindaco in qualità di ufficiale di Governo (art. 54

Nel dichiarare incostituzionale quell' «anche» anteposto alle parole «contingibile e urgente», la Corte, peraltro, ha riportato al centro della scena il potere regolamentare dei consigli comunali; così, mi pare, possa leggersi il richiamo, contenuto all'art. 8 della legge Minniti, proprio ai regolamenti comunali, che ritrovano il giusto spazio che ad essi spetta, nelle materie attinenti al degrado del territorio, al pregiudizio al decoro ed alla vivibilità urbana.

D'altra parte, ha ragione Ursi nel rilevare che il fenomeno della normalizzazione dell'emergenza è proseguito anche dopo la sentenza della Consulta del 2011.

Ad esempio, si sono avuti una serie di provvedimenti di incerta configurazione giuridica, come la direttiva del Ministro degli Interni del 17 aprile 2019 che invitava i prefetti a emanare ordinanze anti-degrado per tenere lontani spacciatori, ladri, scippatori e abusivi dalle “zone rosse” quali centri storici, luoghi turistici, aree vicine alle scuole e piazze particolarmente frequentate. Ciò sul modello di talune ordinanze prefettizie istitutive di zone rosse in varie zone del territorio comunale, nelle quali si interdice la presenza per chi è stato denunciato per reati di spaccio, danneggiamento o contro la persona, ovvero è stato sanzionato per commercio abusivo su suolo pubblico. Ma in questi casi la giurisprudenza amministrativa ha svolto il proprio compito “anti-normalizzante”, nel classico approccio schiettamente liberale: secondo TAR Toscana, 4 giugno 2019, n. 823, pronuncia richiamata da Ursi, il divieto di stazionare in determinate aree urbane non può dunque essere utilizzato in via ordinaria quale misura di prevenzione amministrativa poiché, in tal caso, dovrebbe essere previsto da una specifica norma di legge come stabilisce l'articolo 16, primo comma, della Costituzione.

Anche in questo caso la pandemia da Covid 19 ha agito da moltiplicatore. Si pensi alla direttiva Lamorgese del 10 novembre 2021, volta a coordinare

t.u.e.l.) e di quelli in tema di sicurezza urbana “secondaria”, adottati in qualità di rappresentante della comunità locale (art. 50 t.u.e.l.). Tuttavia, il problema di fondo della legge Minniti pare essere quello della moltiplicazione delle tipologie di potere sulla base di perimetri indefiniti e sfuggenti.

l'azione di prefetti e questori di fronte alle frequenti «manifestazioni di protesta e contestazione» contro le misure sanitarie adottate da Governo e Parlamento. In questa sede essa può essere richiamata per almeno due ragioni. Da un lato essa fornisce indicazioni interessanti sul funzionamento dell'amministrazione dell'ordine pubblico, nella misura in cui valorizza, ad esempio, il comitato provinciale come organo co-decisore delle politiche di sicurezza e non mero ausiliario del prefetto, oppure mostra il rapporto di subordinazione funzionale tra prefetto e questore, il primo incaricato di concretizzare su scala provinciale l'indirizzo politico ministeriale, il secondo a svolgere un'attività di discrezionalità tecnica. Dall'altro, invece, è stata criticata perché, seguendo precedenti già censurati dalla magistratura amministrativa⁴³, ha violato la riserva costituzionale di provvedimento concreto in materia di riunioni in luogo pubblico, portando a una rischiosa limitazione della libertà di riunione fondata su un redivivo ordine pubblico ideale, all'insegna di una riemergente «amministrativizzazione»⁴⁴ o «politicizzazione» della sicurezza⁴⁵.

Con la già richiamata legge n. 48/2017, peraltro, vengono ampliati i poteri del sindaco anche quale rappresentante della comunità locale; questi ora potrà emettere ordinanze, ai sensi dell'art. 50, comma 5 t.u.e.l., in tema di «mala movida», anche «in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità o del riposo dei residenti». A me pare che tale potere possa sovente rivelarsi un doppiopione del potere d'ordinanza del sindaco in tema di sicurezza urbana ex art. 54, commi 4 e 4-bis, t.u.e.l., una volta caduta, grazie alla scure della Consulta, la possibilità che le ordinanze vengano adottate anche al di fuori

43 Cfr. Tar Lazio, sez. I, n. 1432/2021, che ha annullato per eccesso di potere e per violazione dell'art. 17 Cost. le ordinanze di contenuto simile alla direttiva adottate dal sindaco di Roma in qualità di Commissario delegato dal Presidente del Consiglio all'emergenza del traffico e della mobilità.

44 A. ALGOSTINO, *La libertà di manifestazione e l'ossimoro della democrazia senza conflitto. Considerazioni intorno alla «direttiva Lamorgese»*, in *Questione giustizia*, 30 dicembre 2021.

45 C. CARUSO, *L'ordine pubblico ideale redivivo? Manifestazioni di piazza, Covid-19 e «direttiva Lamorgese»*, in *Quad. cost.*, 2022, 152 ss.

dei casi della contingibilità e dell'urgenza. L'unico tratto distintivo è che in questi casi l'esercizio del potere deve essere rinvenuto nell'esigenza di prevenire episodi di violenza.

Ecco che la normalizzazione dell'emergenza si ripresenta, nonostante l'intervento della Consulta del 2011. Il problema di fondo della legge Minniti, infatti, pare essere quello della moltiplicazione delle tipologie di potere sulla base di perimetri indefiniti e sfuggenti, sotto due convergenti aspetti: *a)* quello della distinzione fra poteri emergenziali e poteri ordinari; *b)* quello della distinzione tra esigenze da fronteggiare da parte del sindaco in qualità di ufficiale di Governo ovvero in qualità di rappresentante della comunità locale.

Ma evidentemente ciò è legato a fattori più sistematici⁴⁶.

Il fenomeno si manifesta originariamente nella legislazione degli anni '70-'80 sul terrorismo e su calamità e catastrofi, portando a una prima cesura dogmatica fra modello dell'eccezionale necessità e distinto modello dell'emergenza. Ultimamente tende a divenire ancor più sistemico e pervasivo, e al contempo di incerta armonizzazione con l'ordinamento, una volta che la stabilizzazione o la normalizzazione dell'emergenza fanno sì che poteri d'ordinanza vengano impiegati pure per situazioni che non presentino il carattere della imprevedibilità e della contingenza: si pensi alla disciplina dei grandi eventi o ai casi di *maladministration*.

Si allude alla molto dibattuta normazione in tema di protezione civile; come noto, i contenuti della l. n. 225/1992 (art. 5, e 5-bis, introdotto dal d.l. n. 343/2001) di recente sono stati ripresi nel d.lgs. n. 1/2018, nuovo codice della protezione civile. Peraltro, nella stessa giurisprudenza talora si richiede, piuttosto del requisito della provvisorietà, quello della idoneità della misura, sicché il carattere dell'ordinanza potrà essere anche non temporaneo. La stessa vicenda pandemica ha dimostrato la tendenza diffusa a passare dalla fase della "vera ec-

46 Sul punto, se si vuole, si v. da ultimo G. TROPEA, *Potere di ordinanza, normalizzazione dell'emergenza e trasformazioni dell'ordinamento*, in *Dir. amm.*, 2021, 885 ss.

cezione”, gestita con strumenti straordinari, alla fase della stabilizzazione dello stato emergenziale.

Nel libro viene poi esaminato il daspo sportivo e il cd. “daspo urbano” o, meglio, le misure interdittive a tutela della sicurezza dei luoghi, disciplinato a detta dell’a. nella logica dello Stato preventivo contrassegnata dall’espansione del “diritto amministrativo punitivo”.

L’art. 9 del d.l. n. 14/2017 individua, prima di tutto, le aree «interne delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano», nonché le relative pertinenze, come luoghi rispetto ai quali occorre particolare attenzione per il loro decoro. I regolamenti di polizia urbana possono, ai sensi dell’art. 10, comma 3, «individuare aree urbane su cui insistono scuole, plessi scolastici e siti universitari, musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi di cultura o comunque interessati da consistenti flussi turistici, ovvero adibite a verde pubblico, alle quali si applicano le disposizioni» in tema di decoro e il conseguente ordine di allontanamento. I comportamenti sanzionati in questi luoghi sono quelli indicati all’art. 9, commi 1 e 2⁴⁷.

Profili di criticità presenta sia l’individuazione soggettiva delle categorie di persone che possono essere attinte dall’ordine, sia sull’efficacia e i margini di applicabilità della misura. Per il “daspo” urbano si ripropongono i problemi tradizionali in tema di misure di prevenzione, che prescindono dall’accertamento giudiziale di delitti e si basano su meri sospetti. I possibili destinatari dell’ordine appaiono criminologicamente individuati (occupatori abusivi di spazi, clochard, prostitute, immigrati che esercitano attività abusive di commercio o parcheggio) e sembrano riproporre, in versione moderna, la categoria degli oziosi e vagabondi presente nella legge n. 1423/1956, eliminata con la riforma del 1988. Quasi un ritorno, quindi, alle misure di prevenzione originarie, di cui

47 «a) chiunque ponga in essere condotte che impediscono l’accessibilità e la fruizione dei predetti luoghi, in violazione dei divieti di stazionamento e di occupazione ivi previsti; b) chi, nelle medesime aree, abbia commesso gli illeciti amministrativi di ubriachezza, atti contrari alla pubblica decenza, esercizio abusivo del commercio o parcheggio abusivo».

Riccardo Ursi ci offre una completa descrizione critica, anche in questo caso dopo una premessa in cui si considera l'evoluzione storica, fino all'importante sentenza *De Tommaso* del 2017 della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha stigmatizzato l'eccessiva ampiezza della pericolosità generica contemplata nella legislazione italiana⁴⁸. Come nel caso delle sanzioni sostanzialmente penali, la giurisprudenza di Strasburgo ha quindi finito per condizionare la nostra Corte costituzionale.

In tal senso può avanzarsi qualche dubbio sul se effettivamente il dato costituzionale, rappresentato dalla libertà personale e da quella di circolazione, nonché i parametri Cedu, in particolare gli artt. 6 e 13 Convenzione, nonché il IV protocollo addizionale in tema di libertà di circolazione, siano rispettati dal legislatore. Partendo dall'art. 16 Cost., che impone la riserva di legge rafforzata dei motivi di «sanità e sicurezza», da intendersi in senso stretto e rigoroso, come presidio all'incolumità fisica delle persone, è evidente come la misura irrogata dall'organo accertatore, prescindendo dalla valutazione in merito alla pericolosità del soggetto e all'aggressione della sicurezza dei cittadini, e potendo essere destinata a coloro che, *in re ipsa*, tale sicurezza non possono mettere a repentaglio (es. commercianti abusivi), si ponga in tensione con tale disposizione.

Allo stesso modo si può ritenere che tale contrasto si profili rispetto al IV protocollo addizionale della Cedu, essendo dubbio che il limite alla libertà di circolazione adottato con l'ordine di cui all'art. 10, comma 1, sia necessario in una società democratica per il perseguimento degli scopi indicati dall'art. 2, paragrafo 3, del protocollo IV Cedu. Quanto all'art. 6 Cedu, come nota anche

48 Sulla scorta della sentenza *De Tommaso*, come anche Ursi evidenzia, la Corte cost., n. 24/2019 ha stigmatizzato l'eccessiva vaghezza della formula «traffici delittuosi» contenuta nell'art. 1, lett. a, del codice antimafia. Nella più recente giurisprudenza amministrativa tali precedenti vengono richiamati, ad esempio, nel considerare illegittimo il foglio di via obbligatorio adottato nei confronti di un lavoratore per avere preso parte attivamente alle manifestazioni sindacali attraverso il picchettaggio davanti ad uno stabilimento, senza tuttavia specificare quali concrete condotte violente egli abbia posto in essere (cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 aprile 2022, n. 3108). Simili principi sono affermati da TAR Lombardia, Milano, sez. I, 9 dicembre 2021, n. 2772, che ha annullato un foglio di via emesso nei confronti di un partecipante a una manifestazione contro le misure governative relative al Covid19.

Ursi, siamo probabilmente di fronte a provvedimenti di polizia aventi natura sanzionatoria, dunque esso sarà probabilmente applicabile, seguendo l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo alla nozione di sostanziale «sanzione» e di «accusa penale», comprendente ogni atto che produca effetti sanzionatori, indipendentemente dall'atto che li ha disposti. Andranno quindi rispettati i principi del “giusto processo”, fra i quali: l'imparzialità e la terzietà dell'autorità; l'esame equo, pubblico ed entro un termine ragionevole della questione; il contraddittorio; l'informazione in una lingua comprensibile all'imputato, etc. Come è noto, peraltro, la giurisprudenza della Corte Edu si “accontenta” del recupero di eventuali lacune sul punto nel processo, purché esso assicuri una *full jurisdiction*.

Si consideri, infine, l'elencazione dei luoghi che possono essere presi in considerazione per il cd. daspo urbano. Per quanto riguarda l'elencazione dei luoghi di cui all'art. 9, questa non pare suscettibile di interpretazione estensiva o analogica, in virtù delle riserve di cui agli artt. 13, 16 e 23 Cost. Tuttavia, le linee di indirizzo per l'attuazione dei nuovi strumenti di tutela della sicurezza urbana, adottate dal Ministero dell'Interno in data 8 luglio 2017, conferiscono alle linee guida ed alle linee generali, adottate su proposte dello stesso Ministro, nonché anche ai futuri patti per l'attuazione della sicurezza urbana, la possibilità di «perimetrazione di ulteriori aree ove estendere le previsioni contenute negli artt. 9 e 10 del decreto».

Anche sotto questo punto di vista la legalità si indebolisce, e con essa le varie riserve di legge in tema di libertà fondamentali.

Tutto ciò si inserisce, ancora, in un fenomeno più ampio, di progressiva colonizzazione da parte della cd. *soft law* di ampi territori della sicurezza pubblica e della materia dell'immigrazione nei quali l'amministrazione, soprattutto attraverso circolari e direttive, nega spesso diritti. In tal senso il Governo non va più inteso nel senso giuridico-formale della sovranità classica, ma foucaultiano, come “prassi”, strabordante rispetto a qualsiasi tentativo di limite. Emblematici

co il tema dell'accoglienza del richiedente asilo, e quindi la vicenda degli hot-spot. Oppure si consideri il tema del soccorso in mare. Qui vi è stato dapprima il cd. Codice "Minniti" (*"Codice di condotta per le Ong impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare"*), che non è altro che una circolare amministrativa, e in seguito l'infra-diritto, sempre più *soft*, rappresentato dalla *"tweeting-governance"* dell'ex ministro Salvini.

Quest'ultimo tema richiama le criticità già osservate su clausole generali e discrezionalità in materia, aspetto sul quale la monografia di Ursi spesso ritorna e che ineluttabilmente si scarica sui margini di sindacato giurisdizionale.

L'effettività del rimedio parrebbe conculcata alla luce della giurisprudenza amministrativa, affermata in tema di "daspo" sportivo (e, più in generale, per i provvedimenti di polizia tutti), secondo la quale il provvedimento del questore ha natura ampiamente discrezionale e le sottese valutazioni inerenti alla pericolosità del soggetto e alla ragionevolezza del divieto si sottraggono al sindacato giurisdizionale, perché attengono al merito dell'azione amministrativa.

Come detto, il tema va inquadrato in chiave più generale.

Commentandosi il cd. Decreto Sicurezza-*bis*, si è ad esempio sottolineato che «ordine pubblico e sicurezza sono parole sulle quali creare consenso più che clausole generali dell'ordinamento giuridico», che finiscono per essere «sostanzialmente rimessi alla valutazione politica del Ministro dell'interno, sicché una scelta di contenuto puramente discrezionale, politica, opinabile trascina nella dialettica parlamentare o elettorale ciò che al potere politico deve restare sottratto: la garanzia del contenuto minimo dei diritti fondamentali di qualunque persona, perché esso abita nella sovranità che pone e legittima le istituzioni e non è suddito nei loro confronti»: un'impostazione che pone seri problemi nelle relazioni tra indirizzo politico ed imparzialità, tra decisione discrezionale e sindacato giurisdizionale, tra legalità-garanzia e legalità-indirizzo⁴⁹.

49 L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, cit., 68.

Non vi è dubbio che tale rilievo riflette una criticità tradizionale, che si è particolarmente accentuata negli ultimi anni.

Si pensi al caso paradigmatico della fattispecie dei provvedimenti di allontanamento dello straniero, come l'espulsione ministeriale ex art. 13 t.u.i.

In queste ipotesi il legislatore si propone di intercettare, in una logica preventiva, non tanto condotte penalmente rilevanti, bensì situazioni di pericolo, in cui vengono in rilievo i comportamenti degli stranieri che sono in grado di rappresentare un pericolo per i beni giuridici protetti dall'ordinamento tramite le clausole relative all'ordine pubblico e alla sicurezza dello Stato.

In conseguenza di ciò la giurisprudenza amministrativa ha operato sul punto con particolare *self-restraint*, qualificando l'atto come di «alta discrezionalità amministrativa», al confine con l'incerta nozione di atto politico.

Il libro si chiude trattando l'informazione antimafia interdittiva, tema sul quale dottrina e giurisprudenza hanno versato fiumi di inchiostro e che quindi è ultroneo approfondire in questa sede. Basti solo rilevare che Ursi critica garbatamente quella giurisprudenza che, nel pur lodevole tentativo di colmare la vaghezza normativa fornendo una interpretazione tassativizzante delle cause che giustificano le cd. informative generiche, attraverso la regola del “più probabile che non” limita macroscopicamente la libertà di impresa senza neanche rispettare la regola del contraddittorio procedimentale, tanto più rilevante quanto più elevata è la discrezionalità in materia.

Il legislatore come è noto è di recente intervenuto col d.l. n. 152/2021, per l'attuazione del PNRR, introducendo proprio il contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia. Dove non ha potuto la giurisprudenza, neppure quella europea, si potrebbe dire che è arrivato lo studioso.

Una dottrina che finalmente viene ascoltata del legislatore: in un'epoca in cui si lamenta l'afasia della nostra dottrina a fronte della centralità eccessiva, an-

che nel dibattito culturale, della giurisprudenza⁵⁰, questo mi sembra un merito non trascurabile, fra i tanti del libro di Riccardo Ursi.

50 A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 691 ss.

CARMELA ROBUSTELLA

Professore ordinario di diritto dell'economia presso l'Università di Foggia
carmela.robustella@unifg.it

CRISTINA EVANGHELIA PAPADIMITRIU

Ricercatrice di diritto dell'economia presso l'Università di Messina
cristinaevanghelia.papadimitriu@unime.it

**SPUNTI RICOSTRUTTIVI IN TEMA DI SMART
CONTRACTS, TRA INNOVAZIONE TECNOLOGICA E
REGOLA GIURIDICA**

**RECONSTRUCTIVE IDEAS ON THE SMART CONTRACTS,
BETWEEN TECHNOLOGICAL INNOVATION AND LEGAL RULE**

SINTESI

Negli ultimi decenni lo sviluppo e la diffusione delle tecnologie hanno radicalmente modificato la struttura del mercato, l'organizzazione produttiva e le modalità attraverso le quali vengono prodotti ed offerti beni e servizi, dando l'avvio ad una profonda trasformazione del sistema economico e della società nel suo complesso. Tale mutamento può essere considerato una vera e propria metamorfosi dell'attuale modello del capitalismo.

A cambiare non sono solo le regole del mercato, che nella sua versione digitale richiede l'applicazione di una nuova disciplina e di nuovi principi, in grado di coglierne il carattere innovativo ma mutano anche gli assetti, gli equilibri, le transazioni che vengono effettuate sul mercato e gli strumenti posti a tutela dei risparmiatori.

In questo contesto, assume particolare rilievo il fenomeno che va sotto il nome di "*smart contracts*". Con tale espressione si fa riferimento ad accordi tradotti in codice informatico e registrati dalla rete, che si eseguono automaticamente al verificarsi delle condizioni stabilite dalle parti e riprodotte nel codice, senza bisogno dell'interazione umana. Gli *smart contracts* sono redatti in un linguaggio di

programmazione e, pertanto, possono essere letti da un computer ed eseguiti in assenza di un input umano.

La diffusione degli *smart contracts* è connessa allo sviluppo della *blockchain* che, come si avrà modo di esaminare nel presente saggio, è una tecnologia basata sull'impiego di un sofisticato sistema di crittografia a chiave pubblica e privata, il quale consente di creare una banca dati condivisa attraverso un sistema di archiviazione sicura, verificabile e permanente di tutte le transazioni avvenute tra gli utenti della rete.

Con tale contributo si intende analizzare gli effetti giuridici che gli *smart contracts* stanno producendo all'interno del nostro ordinamento. Infatti, dopo aver esaminato sinteticamente l'evoluzione che ha accompagnato i contratti in questione, si cercherà di evidenziare quelle che sono ad oggi le nuove prospettive della contrattazione digitale, focalizzando l'attenzione soprattutto sugli scenari del tutto inediti che vengono proposti dal binomio *smart contracts-blockchain*. Successivamente, si cercherà di porre in evidenza il rapporto tra tale fenomeno e il diritto positivo, tentandone un accostamento, seppur con i dovuti accorgimento, alle categorie civilistiche già ben radicate nel nostro sistema giuridico. Si dedicherà poi uno spazio in particolare alle applicazioni concrete di tali contratti intelligenti nel sistema bancario e assicurativo, ponendo in evidenza tutte le potenzialità che mostrano di avere, ma anche i limiti che caratterizzano tale tipologia contrattuale. Da ultimo, al fine di una maggiore completezza espositiva, ci si occuperà dell'esistenza di particolari modalità di commissione di reati attraverso l'utilizzo della rete e della risoluzione delle controversie legate agli *smart contracts*.

ABSTRACT

In the last few years the development and diffusion of technologies have radically changed the structure of the market, the production organization and the ways in which goods and services are produced, initiating a profound tran-

sformation of the economic system and society in general. This change can be considered a real metamorphosis of the current model of capitalism.

To change are not only the rules of the market, which in its digital version requires the application of new rules and new principles capable of grasping their innovative character, but also the structures, the balances, the transactions that are carried out on the market and the instruments put in place to protect savers.

In this context the phenomenon of “*smart contracts*” takes on particular importance. This expression refers to agreements translated into computer code and registered by the network, which are executed automatically when the conditions established by the parties and reproduced in the code occur, without human intervention. *Smart contracts* are written in a programming language and, therefore, can be read by a computer and executed in the absence of a human input.

The diffusion of *smart contracts* is connected to the development of the *blockchain* which, as will be seen in this essay, is a technology based on a sophisticated public and private key cryptography system, which allows the creation of a shared database through a filing system secure, verifiable and permanent of all transactions between network users.

With this essay we intend to analyze the legal effects that *smart contracts* are producing within our legal system.

In fact, after examining the evolution of these contracts, we will try to highlight the new perspectives of digital bargaining, focusing above all on the unpublished scenarios that are proposed by the binomial *smart contracts – blockchain*.

Subsequently, we will try to highlight the relationship between this phenomenon and positive law, attempting to bring it closer to the civil categories of our legal system. A space will then be dedicated in particular to the concrete

applications of such *smart contracts* in the banking and insurance system, underlining all the potential they have, but also their limits.

Finally, for greater completeness of the exposition, we will deal with some particular methods of committing crimes through the use of the network and the resolution of disputes related to *smart contracts*.

PAROLE CHIAVE: Rivoluzione digitale – Innovazione tecnologica – smart contracts – blockchain.

KEYWORDS: Digital revolution – Technological innovation – smart contracts – blockchain.

INDICE: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione digitale e gli *Smart Contract*. – 3. –Blockchain e *Smart Contracts*. 4.- Gli *Smart Contracts* nel diritto positivo. – 5. Categorie civilistiche ed equivoci interpretativi. – 6. I contratti intelligenti: applicazioni nel diritto bancario e assicurativo. – 7. I limiti dei contratti intelligenti. – 8. I c. d. *criminal smart contracts*. – 9. La risoluzione delle controversie collegate agli *smart contracts*.

1. Premessa*

Come è noto il connubio tra le attività finanziarie e l'innovazione tecnologica sta mutando profondamente l'industria economico-finanziaria, imponendo un sostanziale ripensamento dei processi produttivi e distributivi su scala mondiale e trasformando radicalmente l'approccio ai prodotti e ai servizi finanziari, sia dal lato dell'offerta, che da quello della domanda.

La c.d. finanza tecnologica rende indubbiamente i tradizionali modelli di *business* più efficienti, tanto è vero che ogni segmento del mercato dei servizi bancari e finanziari può dirsi oggi coinvolto dall'impiego di nuove tecnologie e dall'intelligenza artificiale: si pensi ai servizi di pagamento (*instant payment*), ai servizi di consulenza automatizzata nella gestione dei patrimoni (*robo-advisors*), al credito al consumo e alle imprese (*crowd-funding* e *peer-to-peer financing*), alle valute virtuali (*Bitcoin*), al supporto ai processi di analisi e valutazione del credito (*cloud computing* e *big data*) e, infine, alle tecnologie di validazione decentrata delle transazioni (*Blockchain* o *DTL – Distributed Ledger Technology*).

Il presente contributo si propone di indagare i riflessi giuridici dei c.d. *smart contracts*, un fenomeno che è destinato a acquisire nei prossimi anni sem-

* I paragrafi 1, 2, 3, 4, 5 sono scritti da C. Robustella, i paragrafi 6,7,8,9 da C. Papadimitriou

pre maggiore rilievo e che si sta prepotentemente imponendo come argomento di studio e riflessione giuridica tra gli studiosi del diritto dell'economia.

2. L'evoluzione digitale e gli smart contract

Da qualche anno e sempre più frequentemente la *business community* del terzo millennio- in cui l'uso di internet azzerà i tradizionali confini geografici, economici e giuridici- è sempre più spesso governata da regole dettate da un diritto sostanziale a formazione spontanea, ormai assunto a rango di nuova *lex cryptografia*. L'evoluzione delle nuove tecnologie procede, infatti, a ritmi incalzanti e ciò non consente al legislatore di adeguare con prontezza il tessuto regolamentare ai nuovi traguardi raggiunti dalla tecnologia: quest'ultimo, infatti, si ritrova quasi sempre nella condizione di andare "a rimorchio" delle innovazioni digitali, nell'affannoso tentativo di regolamentare fenomeni nuovi, con risultati che non sempre possono dirsi soddisfacenti.

Le moderne tecnologie offrono agli operatori strumenti sempre più evoluti e sofisticati per la regolazione dei propri interessi, garantendo l'esecuzione automatica delle transazioni, grazie a protocolli informatici in grado di applicare o verificare digitalmente lo scambio al ricorrere di specifiche e predeterminate condizioni¹.

1 Nelle transazioni basate su tecnologie innovative- in particolare, come vedremo, sulle piattaforme decentralizzate *Blockchain*-, il processo negoziale sottostante è attuato su specifiche piattaforme informatiche, che utilizzano la logica condizionale "If/Then", per cui al verificarsi di un predeterminato evento consegue automaticamente l'esecuzione di una specifica azione. Proprio per questo si parla di transazioni algoritmiche che vengono eseguite da *software*, attraverso una rete di *computers* tra loro collegati, in cui manca quasi del tutto l'intervento umano. Una rilevante riflessione sul punto è offerta da M.R. ALLEGRI, *Una premessa, qualche considerazione introduttiva e qualche riflessione sul ciberspazio come ambiente di rilevanza giuridica*, in *Accesso a internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, M.R. ALLEGRI. – G. D'Ippolito) (a cura di) Atti del Convegno del 31 marzo 2017 – Università Sapienza, p. 7 e ss., in cui si evidenzia che i computers sono tra loro collegati essenzialmente attraverso il *cyberspace*, ossia un complesso ecosistema in cui interagiscono persone, software e servizi su internet per mezzo di tecnologie, dispositivi e reti ad esso connesse. Si veda, anche, A. MONTI, *Internet e Ordine Pubblico*, in *Il diritto di internet nell'era digitale*, G. CASSANO – S. PREVITI (a cura di) Giuffrè, 2021, p. 51 e ss.

Nascono così gli *smart contract*² (o contratti a “conformazione ed esecuzione automatica”), teorizzati per la prima volta dal crittografo Nick Szabo³ agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, attraverso i quali, grazie all'utilizzo di *software* autoeseguibili contenenti uno specifico algoritmo, si formalizza l'accordo intervenuto tra le parti in una logica computazionale (ossia secondo la struttura “*if this-then that*”), al fine di garantire, da un lato, l'autoesecuzione (*self-execution*) dei termini contrattuali e dall'altro la previsione di rimedi automatizzati in caso di inadempimento. Si tratta, in altri termini, di contratti scritti in un linguaggio informatico intellegibile da appositi *software*⁴, in grado di entrare in esecuzione e fare rispettare le clausole in essi contenute in modo automatico, una volta soddisfatte le condizioni predefinite⁵. Il sintagma “*smari*” fa pro-

2 Per la definizione di *Smart Contract* si veda Banca d'Italia, *Fintech in Italia. Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, 2017, in www.bancaitalia.it. Si veda anche, D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 386 e ss., secondo il quale si tratta di contratti “al cui perfezionamento si può giungere anche secondo gli schemi tradizionali di conclusione dell'accordo, che vengono tradotti in programmi informatici e che, attraverso questi, si auto-eseguono: il programma provvede ad applicare le clausole pattuite, ad eseguire la prestazione, a modellare l'esecuzione della prestazione in base a diverse esigenze e a gestire adeguatamente i diversi eventi che si verificano. Le clausole contrattuali pattuite sono incluse in un codice crittografico e possono essere lette direttamente da un *hardware*”.

3 Sui contributi dell'informatico e giurista statunitense Nick Szabo si rinvia in particolare a N. SZABO, *Smart Contracts: BuildingBlocks for Digital Markets*, in www.fon.hum.uva.nl, 1996; ID., *The idea of Smart Contracts*, in www.nakamotoinstitute.org/the-idea-of-smart-contracts/, 1997. Riferimenti ai lavori di Szabo si trovano in M. L. PERUGINI – P. DAL CHECCO, *Introduzione agli smart contract*, 2016, in www.Ssnr.com e in C. BOMPRESZI, *Blockchain e assicurazione: opportunità e nuove sfide*, in *Diritto, mercato, tecnologia*, 7-7-2017, p. 18. C.D. CLACK – V.H. BAKSHI – L. BRAINE *Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions*, 2016, ArXiv abs/1608.00771; D. MACRINICI – C. CARTOFEANU – S. GAO, *Smart contract applications within Blockchain technology: A systematic mapping study*, in *Telematics and Informatics*, 2018, pp. 2337-2354.

4 Per una interessante riflessione su cosa sono e quanto siano rilevanti gli algoritmi nella c.d. società digitale, si veda: G.F. ITALIANO, *Dixit Algorithmi. Breve storia del nostro futuro*, disponibile on line su <http://open.luiss.it/2019/01/23/dixit-algorithmi/>; F. DE FELICE – A. PETRILLO, *Effetto Digitale. Visioni d'impresa e Industria 5.0*, Mc GrawHill, 2021; Ex multis S. ASHARAF – S. ADARSH (a cura di), *Decentralized Computing Using Blockchain Technologies and Smart Contracts, Emerging research and opportunities*, IGI Global, Hershey, PA (USA), 2017.

5 Per questa definizione si veda, Banca d'Italia, *Fintech in Italia. Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, 2017, www.bancaditalia.it. Ex multis S. ASHARAF. – S. ADARSH (a cura di), *Decentralized Computing Using Blockchain Technologies and Smart Contracts, Emerging research and opportunities*, IGI Global, Hershey, PA (USA), 2017.

prio riferimento alla capacità del documento di autoeseguirsi senza il bisogno di forme di intermediazione.

Con l'avvento di *Ethereum* di Vitalik Buterin⁶, una piattaforma *Blockchain* progettata espressamente per sviluppare ed eseguire *smart contract* decentralizzati, quanto teorizzato da Nick Szabo si è indissolubilmente legato alla tecnologia inventata da Satoshi Nakamoto⁷.

Oggi, dunque, quando si parla di *Smart contract*, si fa quasi esclusivamente riferimento a quelli eseguiti sui nodi di una *Blockchain*⁸, anche se, come è stato osservato⁹ gli *Smart contracts* non sono né figli della *Blockchain*, né devono necessariamente girare su registri distribuiti; tuttavia, è fuor di dubbio che solo gli *Smart Contracts* inseriti su una piattaforma decentralizzata possono garantire un *enforcement* pressoché automatico ed immodificabile delle obbligazioni in essi contenute, proprio grazie alle caratteristiche della decentralizzazione, trasparenza, sicurezza e immutabilità che contraddistinguono questa tecnologia.

3. - *Blockchain e Smart Contract*

La piattaforma *Blockchain* è un *data base* distribuito, condiviso, decentralizzato e crittografato che funge da enorme registro pubblico su cui vengono annotate un elenco di informazioni. Rientrando nella tecnologia *Distributed Ledger Technology (DLT)*, la *Blockchain* assicura la gestione condivisa di un archivio (*ledger* o libro mastro) tra diversi utenti di una rete (c.d. nodi). I dati registrati sul libro mastro possono essere letti e scritti da tutti gli utenti, ma sono memorizzati

6 V. BUTERIN, *A Next Generation Smart Contract and Decentralized Application Platform - Ethereum White Paper*, 2013 https://cryptorating.eu/whitepapers/Ethereum/Ethereum_white_paper.pdf

7 SATOSHI NAKAMOTO, *Bitcoin: a peer-to-peer Electronic Cash System*, in <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Nel *paper*, pubblicato sotto lo pseudonimo di Natoshi Nakamoto, si descrive il funzionamento di *Bitcoin* e consentirà la creazione del «Genesis Block», ossia del blocco iniziale della *Blockchain Bitcoin*.

8 Cfr. G. RINALDI, *Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, in www.academia.edu/3974411128, 2019, p. 6, il quale precisa che gli *Smart Contract* possono essere eseguiti anche su piattaforme diverse dalla *Blockchain*, tuttavia solo il sistema dei registri distribuiti assicurerà al contratto intelligente l'immodificabilità e l'esecuzione automatica.

9 F. DI CIOMMO, *La conclusione e l'esecuzione automatizzata dei contratti (smart contract)*, in *Banche Internazionali e Fintech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, CASSANO – DI CIOMMO – RUBINO DE RITIS (a cura di), Giuffrè, 2021, p. 94

in modo tale che la modifica del registro è possibile solo previa acquisizione del consenso all'operazione da parte di tutti gli altri nodi della rete. Questo garantisce una notevole resistenza ad attacchi esterni, in quanto per poter modificare una singola parte della catena, è necessario ottenere il “consenso” di tutti gli altri nodi. Quanto al suo funzionamento, sulla piattaforma *Blockchain* sono registrate due tipologie di “informazioni”: (i) le transazioni effettuate tra i partecipanti alla catena e (ii) i blocchi, ossia pacchetti di dati che contengono informazioni sulle diverse transazioni eseguite, che saranno ordinate cronologicamente e aggiornate costantemente, in modo tale da formare una “catena” sequenziale marcata temporalmente. Tecnicamente la costruzione della catena si ottiene registrando le transazioni in ciascun blocco, che verrà contrassegnato con uno specifico “header”. All'interno dell'header sarà contenuto (i) un codice detto *l'hash*¹⁰ delle transazioni registrate nel blocco, (ii) la marcatura temporale non modificabile (*timestamp*) -che garantisce la collocazione spazio-temporale di una determinata operazione - e (iii) *l'hash* del blocco precedente. Attraverso i dati contenuti negli *header* si costruisce e si implementa il registro distribuito, mettendo in collegamento diretto ciascun partecipante alla catena tramite un meccanismo *peer-to-peer*, in cui ciascuno svolge un ruolo contemporaneamente attivo per la creazione e la validazione delle transazioni e passivo per la conservazione della memoria delle stesse. Il database delle informazioni è distribuito su tutti i nodi della rete del *network* e viene aggiornato ad ogni modifica: le transazioni effettuate attraverso la *Blockchain* sono così visibili a tutti i partecipanti, garantendo trasparenza nelle operazioni. Al contempo, il meccanismo del consenso condiviso garantisce l'integrità dell'archivio e l'immutabilità dei dati nel tempo: questi ultimi sono conservati illimitatamente e non possono essere modificati, manomessi o cancellati.

10 *L'hash* non è altro che il codice identificativo del singolo blocco che forma la catena, una sorta di impronta digitale che consente di convertire un insieme di *bit* di qualunque dimensione in una stringa alfanumerica avente precise caratteristiche, tra cui un numero di caratteri predefinito. Tramite la funzione hash - e l'algoritmo crittografico che ne è alla base -, in altri termini, i dati vengono “sminuzzati” e portati a una lunghezza uniforme, indipendentemente dalla dimensione del valore di partenza.

La sicurezza delle operazioni è invece garantita dall'adozione di strumenti crittografici e dal ricorso ad algoritmi di controllo e di verifica dei dati, poiché un blocco prima di essere inserito nella catena dovrà essere “validato”. È in questa fase che entrano in scena i cosiddetti *miners*, i quali, dopo aver creato un blocco, registrando la relativa transazione, hanno il delicato compito di aggiungerlo alla catena di blocchi precedenti, mettendo a disposizione la potenza di calcolo dei loro dispositivi per la soluzione di complessi problemi matematici e che consentirà di portare a termine il processo di validazione dei blocchi.

A seconda del modello di gestione del consenso, è poi possibile distinguere fra varie tecnologie di *Blockchain*, che si distinguono in pubbliche, private e ibride.

Nel primo caso (*permissionless ledger*), si tratta di blocchi liberamente accessibili a tutti i nodi della rete, senza alcuna forma di controllo da parte di entità centralizzate. Ogni partecipante può liberamente accedere e operare al *network* senza la necessità di essere identificato, né previamente autorizzato. Si tratta del modello nato per consentire il trasferimento di criptovalute come i *bitcoin*, in cui non vi è alcun tipo di intermediazione, essendo il registro condiviso pubblicamente e posseduto da tutti gli utenti della rete.

Nel secondo caso (*permissioned ledger*), è invece individuabile un proprietario, ossia una autorità centrale di riferimento, che definisce la modalità di gestione della *Blockchain*, stabilendo chi può entrare nel *network* e a quali condizioni e predeterminando un sistema di regole per la autenticazione e l'identificazione dei nodi partecipanti (i cosiddetti *trusted*).

Le *Blockchain* ibride (*Public Permissioned Blockchains*), infine, sono *Blockchain* in cui la struttura è solo parzialmente decentralizzata e in cui solo alcuni nodi della rete possono assumere il ruolo di gestori del sistema per la validazione delle transazioni, mentre gli altri nodi possono solo consultare i dati presenti nel registro.

Fra i principali vantaggi della tecnologia *Blockchain* si riscontra anzitutto l'affidabilità dell'archivio, che, essendo gestito da più nodi di una rete in maniera decentrata, è meno esposto ad attacchi informatici. Per compromettere il *database* sarebbe, infatti, necessario colpire contemporaneamente tutti i nodi della rete che lo gestiscono. Ne consegue, quindi, che le informazioni una volta registrate sono irrevocabili, risultando, inoltre, completamente tracciabili. La tecnologia *Blockchain* garantisce poi la convenienza e la rapidità delle transazioni, che, essendo completamente digitalizzate, vengono eseguite direttamente tra le parti senza la necessità dell'intervento di terzi.

Sulla base delle riferite osservazioni, seppur sinteticamente delineate, è evidente, dunque, che uno *Smart Contract* eseguito su sistema *Blockchain* potrà garantire:

- Certezza dell'esecuzione delle prestazioni in contratto, che essendo autoeseguibili riducono in maniera pressoché totale il rischio di inadempimento.
- Trasparenza delle obbligazioni assunte, che sono preimpostate e, dunque "pre-comprese" da tutti i partecipanti della *Blockchain*.
- Immutabilità delle transazioni registrate che diventano irrevocabili, poiché essendo l'esecuzione del contratto completamente automatica e gestita dal *software* non vi sarà alcuna possibilità di operare qualsivoglia modifica del contratto.
- Possibilità di concludere il contratto riponendo fiducia esclusivamente nel codice informatico e nella rete *Blockchain*, senza l'intervento di terzi intermediari.

Proprio partendo dalle suindicate caratteristiche, la dottrina che per prima si è interessata del fenomeno si è posta il problema di capire anzitutto se, sul piano giuridico, gli *Smart Contracts* possano essere considerati dei veri e propri contratti, giuridicamente vincolanti ed aventi forza di legge *ex art.* 1372 c.c., o se, invece, debbano essere considerati dei "meri atti di esecuzione informatica ed automatizzata di un accordo".

Prima che sull'argomento intervenisse a gettare nuova luce il legislatore con il D.L. n. 135/2018, di cui si dirà a breve, da più parti si è osservato¹¹ che l'ampiezza del fenomeno, idoneo a ricomprendere al suo interno fattispecie (negoziali e non) profondamente diverse e eterogenee tra loro, mal si presta a una trattazione unitaria, impedendo qualunque tentativo di inquadramento sistematico della fattispecie.

E' stato efficacemente osservato¹² al riguardo che all'interno della nozione a-tecnica di "*Smart Contracts*", infatti, possono essere ricompresi non solo contratti, ma anche una o più fasi esecutive di un contratto già precedentemente concluso, spesso strutturato come contratto quadro o come contratto per adesione, sicché può qualificarsi *Smart Contract* «qualsiasi operazione economica, o pezzo di operazione economica, coinvolgente due parti, che possa operare e produrre i suoi effetti indipendentemente dall'intervento umano, sulla base delle regole stabilite e delle informazioni esterne acquisite in corso d'opera dal congegno automatizzato mediante il quale l'operazione si svolge»¹³.

Inoltre, a differenza dei contratti tradizionali, con lo *Smart Contract* si ridimensiona fortemente il rischio di un eventuale inadempimento del contratto, poiché la tecnologia informatica alla base del processo "anestetizza" tanto il comportamento delle parti, quanto *l'animus solvendi* del debitore. Gli *Smart Contract*, infatti, una volta avviati consentono il tassativo e automatico rispetto degli ordini impartiti, garantendo, al verificarsi delle condizioni prestabilite, l'esatta esecuzione della prestazione, o comunque la realizzazione degli effetti voluti

11 D. DI MAIO– G. RINLDI, *Blockchain e la rivoluzione legale degli Smart contract*, in www.diritto bancario.it, 2016; L. PAROLA– P. MERATI– G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 2018, p. 681 e ss.; M. GIULIANO, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del terzo millennio*, in *Dir. informazione e informatica*, 2018, p. 989 e ss.; G. LEMME, *Gli smart contracts e le tre leggi della robotica*, in *AGE*, 2019, p. 129 e ss.; F. CASCINELLI – C. BERNASCONI, *Distributed Ledger Technology e Smart Contract: finalmente è legge. Prime riflessioni su una rivoluzione tecnologico – giuridica*, in www.diritto bancario.it, 2019; F. DI CIOMMO, *La conclusione e l'esecuzione automatizzata dei contratti (smart contract)*, cit., p. 78.

12 F. DI CIOMMO, *La conclusione e l'esecuzione automatizzata dei contratti (smart contract)*, cit., p. 79 e ss.

13 F. DI CIOMMO, *op. loc. ult. cit.*

dalle parti e pre-impostati nell'algoritmo alla base del processo¹⁴. Inoltre, l'algoritmo è programmato per gestire qualunque sopravvenienza (per tale ragione si parla di “contratti intelligenti”)¹⁵ e, dunque, per eliminare in *nuce* la possibilità che, al sopraggiungere di determinate e non previste circostanze, le parti possano alterare in modo del tutto imprevisto l'equilibrio del rapporto. Né, infine, può essere sottaciuto che lo svolgimento dell'operazione economica tramite algoritmo comporterà l'ulteriore vantaggio di ridurre notevolmente i tempi e i costi di ogni transazione.

Per tutte queste ragioni, svariati settori del nostro ordinamento stanno sperimentando l'applicazione degli *Smart Contracts* sui mercati di riferimento, sia nell'ambito del commercio *business to business* che nell'ambito dei rapporti *business to consumer*. Si tratta, come ben si intuisce, di un fenomeno complesso che coinvolge l'area di interesse non solo dei giuristi, ma anche degli informatici¹⁶ e che richiede per la sua comprensione competenze necessariamente trasversali di tipo economico, giuridico e informatico¹⁷.

14 Sul punto, *ex multis*, E. FINN, *What Algorithms Want. Imaginagion in the Age of Computing*, Mit. Ed. Boston, 2017.

15 L. PIATTI, *Dal codice civile al codice binario: blockchain e smart contracts*, in *Cyberspazio e diritto*, 2016, p. 334, il quale evidenzia che “gli smart contracts legali sono *script* che contengono tanto l'accordo in senso stretto quanto le istruzioni per l'esecuzione del contratto e [possono essere] registrati e conservati su *Blockchain*”.

16 Significativa è in tal senso la definizione di *Smart Contract* fornita dal suo ideatore, v. N. SZABO, *Smart contracts*, cit., “a smart contract is a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract. The general objectives of smart contract design are to satisfy common contractual conditions (such as payment terms, liens, confidentiality, and even enforcement), minimize exceptions both malicious and accidental, and minimize the need for trusted intermediaries”.

17 A. STAZI, *Automazione contrattuale e “contratti intelligenti”*, Torino, Giappichelli, 2019, spec. 169, secondo il quale la collaborazione tra professionisti del diritto e programmatori informatici si rende indispensabile per garantire agli *Smart Contract* di essere non solo giuridicamente vincolanti, ma rispondenti agli interessi delle parti. Anche per gli utenti (i contraenti) si pone un problema di comprensibilità dello strumento, comprensibilità che è evidentemente prerequisite essenziale per esprimere un consenso consapevole ed informato. In tal senso v. anche F. FAINI, *Blockchain e diritto: la «catena del valore» tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 297. Manifestano perplessità sulla rilevanza giuridica degli *Smart Contracts* la categoria dei notai: v. S. CHIBBARO, *Blockchain e smart contract, i notai: “Ecco i rischi della normativa”*, 8 marzo 2019, in <https://www.agendadigitale.eu/documenti>; C. LICINI, *Il notaio dell'era digitale: riflessioni gius-economiche*, in *Notariato*, 2018, 142 ss.; M. MANENTE, *Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio*, in *Notariato*, 2016, 3, 211 ss.; sul rapporto tra il notaio e le nuove tecnologie v. anche M. NASTRI, *Nuove tecnologie: l'ultima domanda*, in *Notariato*, 2018, 485 ss.; D. RESTUCCIA, *Il notaio nel terzo millennio, tra sharing economy e blockchain*, in *Notariato*, 2017, 53 ss.

4. Gli *Smart Contracts* nel diritto positivo

Come si anticipava, la rapida e progressiva evoluzione di queste nuove tecnologie, che avanzano a ritmi esponenziali, ha indotto anche il legislatore ad intervenire nel tentativo di assicurare quantomeno una prima definizione normativa del fenomeno: il regolatore europeo¹⁸, prima, e quello nazionale, poi, sono infatti intervenuti in materia di tecnologie basate su registri distribuiti e *Smart Contracts*, dando prova di essere perfettamente consapevoli delle importanti ricadute di queste nuove tecnologie anche in ambito contrattuale.

Con D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (noto anche come Normativa italiana DLT), convertito, con modificazioni, dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12, ed entrato in vigore dal 15 dicembre 2018, il legislatore italiano è intervenuto a disciplinare le nozioni di “tecnologie basate su registri distribuiti” e di “*Smart Contracts*”. Si tratta di un intervento particolarmente significativo, poiché il patrio legislatore è stato tra i primi a livello europeo a regolamentare i due fenomeni.

Più precisamente l'art. 8-ter, comma 1, D.L. n. 135/2018, fornisce una definizione di “tecnologie basate su registri distribuiti” qualificandole come “tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetture decentralizzate su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili”.

L'art. 8-ter, comma 2, D.L. n. 135/2018, definisce, invece, lo “*Smart Contracts*” come “un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti

18 Il legislatore europeo già da tempo ha dato prova di monitorare con attenzione gli sviluppi delle nuove tecnologie nel tentativo di pervenire ad un'opportuna regolamentazione. In questa direzione, nel febbraio del 2018, la Commissione europea ha istituito un Osservatorio e *Forum Blockchain* europeo; il 10 aprile 2018, si è proceduto a firmare una Dichiarazione volta ad avviare una Partnership sulla Blockchain da parte di un consistente numero di Stati membri (a cui se ne sono poi aggiunti molti altri, tra cui da ultimo l'Italia il 27 settembre 2018); infine la Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e *blockchain*

sulla base degli effetti predefiniti dalle stesse”. La norma in parola attribuisce, altresì, a tale protocollo informatico il valore giuridico e la valenza probatoria di un contratto in forma scritta, precisando che gli “*Smart Contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall’Agenzia per l’Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”.

Benché sia indubbiamente apprezzabile lo sforzo del legislatore di regolamentare il fenomeno in esame, la definizione di *Smart Contract* si mostra tutt’altro che appagante, non consentendo di soddisfare appieno il principale interrogativo che il fenomeno oggetto di trattazione ha posto agli interpreti, ossia se, proprio in considerazione delle summenzionate caratteristiche di modificabilità e di autoesecuzione, essi possano essere qualificati come veri e propri contratti.

Le risposte fornite non sono univoche, anche in considerazione del fatto che, nella prassi operativa, gli *Smart Contracts* possono assumere plurime e disperate configurazioni.

Secondo alcuni¹⁹, agli *Smart contracts* va riconosciuta la natura giuridica di contratto, posto che il codice informatico alla base del processo rappresenterebbe la trasposizione della volontà delle parti nel linguaggio della macchina, con conseguente perfezionamento del contratto, che avrà, dunque, forza di legge tra le parti *ex art.* 1372 c.c. e capacità di essere eseguito automaticamente. Ciò troverebbe una significativa conferma proprio nella definizione fornita dall’art. 18-ter, comma 2, D.L. n. 135/2018, poiché lo *Smart Contract* viene indicato come fonte di un vincolo giuridico tra le parti, al quale si attribuisce, peral-

19 M. MAUGERI, *Smart Contract e disciplina dei contratti*. Smart Contracts and Contract law, Bologna, 2021; ID, *Autonomia e costruzione dello spazio digitale*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020, p. 162 ss.; E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell’automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, in *Giust. Civ.*, 2020, p. 688. Ma vedi anche D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 392

tro, il valore di documento avente forma scritta, elementi questi che finirebbero per avvicinare la fattispecie in esame ad un contratto vero e proprio.

Secondo altri²⁰, invece, gli *Smart Contracts* non possono essere ricondotti al novero dei contratti, non essendo dei veri e propri accordi in sé, ma, al più, degli “strumenti” per la gestione di accordi preesistenti, logicamente antecedenti allo *Smart Contract*. Militerebbe a sostegno della anzidetta opzione interpretativa il riferimento della norma agli “effetti predefiniti dalle parti”, che lascerebbe quantomeno intendere l'esistenza di un preesistente vincolo contrattuale tra le parti, che lo *Smart Contract* permetterà di eseguire in via automatica. Un altro elemento di criticità che non consentirebbe l'equiparazione degli *Smart Contract* ai contratti è rinvenibile nella parte della definizione in cui si sottolinea che è l'esecuzione dello *Smart Contract* a vincolare le parti: il termine “esecuzione” utilizzato nella formulazione della norma, lascerebbe, almeno *prima facie*, intendere l'esistenza di un accordo intervenuto a monte tra le parti, posizionando, pertanto, lo *Smart Contract* nella fase meramente esecutiva del rapporto contrattuale.

Alla stregua di tali premesse si è, infine, osservato²¹ che ritenere che il codice informatico alla base del processo abbia forza di legge tra le parti «equivarrebbe [...] ad affermare che qualsiasi errore, clausola illegale o mancato recepimento di norme imperative diverrebbe parte del contratto, rendendo lo stesso scollegato da ogni tipo di controllo esterno».

C'è infine chi²², ponendosi in una posizione intermedia, ha osservato che la qualificazione o no degli *Smart Contract* come contratti non possa essere data

20 P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale*. Riflessioni sugli smart contract, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2017, 111; I. A. CAGGIANO, *Il contratto nel mondo digitale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1154. Per A. SAVELYEV, *Contract law 2.0: “Smart” contracts as the beginning of the end of classic contract law*, in *Information & Communications Technology Law*, 2017, p. 116 ss., gli *Smart Contracts* rappresenterebbero un'alternativa al diritto dei contratti, che sarebbe, pertanto, destinato a scomparire.

21 L. PAROLA– P. MERATI– G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, cit., p. 684

22 M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 956.

in via generale e astratta, ma dipenda in larga misura dalle specifiche caratteristiche assunte di volta in volta, ferma e impregiudicata l'attitudine degli “*Smart Contract* - contratti” a superare il vaglio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c.

5. Categorie civilistiche ed equivoci interpretativi

Ciò detto, a noi sembra che gli *Smart Contract*, proprio perché protocolli informatici auto-eseguibili, possono essere impiegati dalle parti per le finalità più varie, potendosi utilizzare sia come veicolo per lo scambio di dichiarazioni contrattuali, sia come mezzo di esecuzione di un contratto concluso nelle forme tradizionali, sia, infine come fonte diretta di un vincolo negoziale, da cui promanano diritti e obblighi²³. Il protocollo informatico del resto è un codice algoritmico in cui viene trasfusa la volontà delle parti e su cui sono sostanzialmente riportate le clausole contrattuali che verranno autoeseguite in base agli impulsi in entrata secondo la logica computazionale (*If This Then That*).

Né sembra che partendo dalla evanescente definizione fornita dal legislatore all'art. 18-ter, comma 2, D.L. n. 135/2018, possa recisamente negarsi allo *Smart Contract* la qualificazione giuridica di contratto: la norma indica, infatti, lo *Smart Contract* come fonte di un vincolo giuridico tra le parti, preoccupandosi di definire i criteri per l'identificazione delle parti della transazione. È ragionevole ritenere, inoltre, che quando il legislatore definisce lo *Smart Contract* come un “programma per elaboratore (...) la cui *esecuzione* vincola automaticamente due o più parti” utilizzi il termine “esecuzione” in un'accezione tecnica e non giuridica, riferendolo al programma e non al contratto²⁴. Si tratta, quindi, di esecuzione in senso informatico, ovvero di un processo tramite il quale il programma viene avviato e, dunque, eseguito dal dispositivo (normalmente, un *compu-*

23 Sulle varie declinazioni applicative degli *Smart Contracts* e sulle implicazioni giuridiche di tali strumenti, si rinvia alle chiare pagine di I. MARTONE, *Gli Smart Contract nell'era dell'Intelligenza Artificiale tra entusiasmo e scetticismo*, il cui lavoro, attualmente in corso di pubblicazione, è stato messo a disposizione dall'A. in dattiloscritto. Sull'articolazione degli *Smart Contract* in plurime fasi e tipologie, v. S.A. CERRATO, *Appunti su Smart contract e diritto dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p. 375.

24 Così anche M. MAUGERI, *Autonomia e costruzione dello spazio digitale*, cit., p. 162.

ter). In altre parole, una volta che le parti hanno trasfuso la volontà negoziale nel codice algoritmico e aggiunto lo *Smart Contract* in maniera permanente e immutabile sulla piattaforma *Blockchain*, l'esecuzione informatica del codice darà avvio al programma, con conseguente lettura delle istruzioni caricate dalle parti per l'autoesecuzione delle prestazioni.

Inoltre, come si è visto, nella seconda parte dell'art. 8-ter del D.L. n. 135/2018 si attribuisce a questo protocollo informatico il valore giuridico e la valenza probatoria di un contratto in forma scritta: più in particolare, la norma precisa che lo *Smart Contract* soddisfa il requisito della forma scritta, a condizione che si proceda alla previa identificazione informatica delle parti, attraverso un processo i cui requisiti sono demandati all'AgId con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

La norma, tuttavia, non rinvia espressamente alla normativa nazionale e europea sulla formazione del documento informatico - in particolare, il Regolamento (UE) n. 919/2014, noto come eIDAS e il d.lgs. 82/2005 istitutivo del Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) - e ciò pone inevitabilmente problemi di coordinamento. Ad avviso di chi scrive, invece, un richiamo sarebbe stato necessario, al fine di evitare, soprattutto nella dimensione applicativa del fenomeno, l'insorgenza di dubbi interpretativi e incertezze applicative.

E', infatti, innegabile, che gli *Smart Contracts* rientrino nel concetto di "documento elettronico" definito dall'art. 3, punto 35, del Regolamento UE 910/2014 (Regolamento eIDAS) come "qualsiasi contenuto conservato in forma elettronica, in particolare testo o registrazione sonora, visiva o audiovisiva" la cui validità giuridica è riconosciuta dall'articolo 46 Regolamento eIDAS nei limiti del libero apprezzamento del giudice.

Così come non pare possa revocarsi in dubbio che gli *Smart Contracts* rientrino, altresì, nella definizione di "documento informatico" di cui all'art. 1 lett. p) del Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), definito come un "do-

cumento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti”.

Appunto perché rientranti nell'alveo dei documenti informatici, anche per gli *Smart Contracts* dovrebbe trovare applicazione il disposto di cui all'art. 20, comma 1-*bis* CAD, ai sensi del quale il documento informatico “soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID²⁵ ai sensi dell'art. 71 del codice stesso, con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità ed immodificabilità del documento, nonché la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità.”

Rientrando in tale categoria, lo *Smart Contract* avrebbe, pertanto, la pur debole efficacia probatoria rimessa all'apprezzamento del giudice. E purtuttavia non sfugge che l'art. 18-*ter*, comma 2, D.L. n. 135/2018 se da un lato richiama

25 A marzo 2020 l'AgID ha emanato le Linee guida sulla formazione gestione conservazione dei documenti informatici, ai sensi dell'art. 71 del CAD, entrate definitivamente in vigore il 1° gennaio 2022. A partire da tale data, quindi, saranno assoggettate alle menzionate linee guida tutte le organizzazioni, pubbliche e private, obbligate a conservare i file elettronici che costituiscono gli originali da archiviare secondo gli obblighi civilistici, fiscali e Dell'amministrazione digitale. Le suddette “Linee Guida” sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici” hanno abrogato (i) il DPCM 13 novembre 2014, contenente Regole tecniche in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici; (ii) il DPCM 3 dicembre 2013, contenente Regole tecniche in materia di sistema di conservazione; (iii) il DPCM 3 dicembre 2013, contenente Regole tecniche per il protocollo informatico. Come precisato dal Consiglio di Stato il 10 ottobre 2021 (n. 2122/2017) - nell'ambito del parere reso sullo schema di decreto legislativo del correttivo al CAD, 2017 - le Linee Guida adottate da AGID, ai sensi dell'art. 71 del CAD, hanno carattere vincolante e assumono valenza *erga omnes*. Ne deriva che, nella gerarchia delle fonti, anche le presenti Linee Guida sono inquadrate come un atto di regolamentazione, seppur di natura tecnica, con la conseguenza che esse sono pienamente azionabili davanti al giudice amministrativo in caso di violazione delle prescrizioni ivi contenute. Nelle ipotesi in cui la violazione sia posta in essere da parte dei soggetti di cui all'art. 2, comma 2 del CAD, è altresì possibile presentare apposita segnalazione al difensore civico, ai sensi dell'art. 17 del CAD

la necessaria identificazione delle parti affinché lo *Smart Contract* possa soddisfare il requisito della forma scritta, dall'altro prescinde totalmente dal complesso procedimento richiesto dal Codice dell'Amministrazione Digitale incentrato fondamentalmente sui requisiti della "sicurezza", "integrità" e "immodificabilità" del documento; la norma in parola, inoltre, non riproduce neanche la parte finale dell'art. 20-comma 1-*bis* CAD, secondo cui "in tutti gli altri casi" - vale a dire in tutte quelle ipotesi in cui il documento (i) non sia stato sottoscritto con firma elettronica qualificata o avanzata (ii) o sia stato formato attraverso un procedimento conforme ai requisiti fissati dall'gID "l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità".

La totale assenza di sistematicità e, soprattutto, la mancanza di coordinamento con la normativa italiana e sovranazionale in materia di documento elettronico disorienta l'interprete.

Ciò potrebbe indurre a ritenere che, ai fini dell'attribuzione della paternità del documento informatico al suo autore, il legislatore abbia voluto individuare per gli *Smart Contracts* degli strumenti specifici e differenti rispetto a quelli che l'articolo 20, comma 1-*bis*, CAD prevede per i documenti informatici in generale.

Una simile interpretazione, tuttavia, finirebbe per attribuire all'art. 18-*ter* il crisma di norma speciale, in grado di derogare quella generale contenuta nel CAD. Lo *Smart Contract* finirebbe così per essere considerato un nuovo tipo di documento elettronico, in grado di soddisfare il requisito della forma solenne e possedere l'efficacia probatoria dell'art. 2702 c.c. solo mediante lo specifico processo individuato nelle linee guida fissate da AgID (ad oggi ancora non emanate) e ciò quandanche fossero integrati i presupposti dell'art. 20, comma 1-*bis*, CAD.

Si potrebbe ancora ipotizzare che il legislatore abbia voluto considerare gli *Smart Contract* che girano su DLT idonei di per sé a garantire la sicurezza, l'integrità e l'immodificabilità dei documenti e, dunque, a soddisfare il requisito della forma scritta, una volta rispettato il processo di identificazione delle parti, secondo i requisiti fissati nelle linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale (di cui, tuttavia, si attende ancora l'emanazione e in assenza delle quali, pertanto, questi strumenti sarebbero inutilizzabili).

Non v'è chi non veda, tuttavia, che una tale lettura della disposizione si palesi troppo restrittiva e soprattutto limitativa dell'uso di questa nuova tecnologia, ponendosi in palese contrasto con l'obiettivo del legislatore di promuovere lo sviluppo e l'utilizzo²⁶; inoltre, finisce per introdurre una evidente disparità di trattamento a svantaggio delle DLT, che avrebbero minori possibilità di soddisfare il requisito della forma scritta rispetto a qualsiasi altra tecnologia²⁷, in violazione del principio generale di neutralità tecnologica. Sono questi i motivi che hanno indotto una parte della dottrina a ritenere l'art. 8-ter, comma 2, D.L. n. 135/2018 una norma assolutamente superflua²⁸: se si considerano gli *Smart Contracts* dei documenti informatici, infatti, la norma di riferimento non può che essere l'art. 20- bis CAD. Si ha motivo di ritenere, pertanto, che le attese linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale deputate a individuare gli elementi in presenza dei quali uno *Smart Contract*, previa identificazione informatica delle parti interessate, possa soddisfare il requisito della forma scritta, finiranno per riprodurre quanto già disposto dall'art. 20, comma 1-bis, CAD.

26 Secondo BOMPRESZI, *Blockchain e assicurazione: opportunità e nuove sfide*, in *Diritto, mercato, tecnologia*, cit., p. 15, il mancato richiamo alla parte finale dell'art. 20, comma 1- bis, CAD potrebbe giustificarsi nella volontà del legislatore di superare la discrezionalità del giudice e sostenere la diffusione delle DLT conferendo maggiore certezza giuridica agli *Smart Contract* che girano su *Blockchain*.

27 Cfr., in tal senso, V. BELLOMIA, *Il contratto intelligente: questioni di diritto civile*, in *Judicium*, 10 dicembre 2020.

28 R. BATTAGLINI, *La normativa italiana sugli smart contract*, in AA.VV., *Blockchain e Smart Contract*, in R. BATTAGLINI E M. GIORDANO (a cura di), Milano, 2019, p. 380 ss., che considera l'art. 8-ter, D.L. n. 135/2018, conv. in l. n. 12/2019, una disposizione scritta in modo maldestro e frettoloso.

Cfr. anche FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali. Il diritto, i diritti, l'etica*, U. RUFFOLO (a cura di), Milano, 2020, p. 1671.

6. I contratti intelligenti: applicazioni nel diritto bancario e assicurativo

Come si accennava in precedenza, il diritto bancario e finanziario sta radicalmente e velocemente modificandosi grazie all'impiego delle nuove tecnologie²⁹. Sul piano empirico, i contratti intelligenti sono impiegati e studiati soprattutto negli ambiti in cui prevale l'uso di sistemi informatici e modelli matematici³⁰.

L'applicazione di innovazioni tecnologiche a processi e prodotti finanziari, infatti, incide profondamente sulle strutture economiche, sui mercati e sugli intermediari finanziari³¹. A titolo esemplificativo, è possibile individuare la creazione di nuovi servizi e opportunità per soggetti che precedentemente erano esclusi dai mercati finanziari, nonché un possibile cambiamento nel rapporto tra clienti e operatori che offrono servizi finanziari, anche a causa della moltiplicazione dei canali di intermediazione nelle sue varie forme.

A livello bancario³², un interessante studio ha verificato che il tempo necessario per la concessione delle linee di credito per i clienti *corporate* potrebbe ridursi, mediante il ricorso agli *smart contracts*, da 20 a 8-10 giorni, con una conseguente riduzione dei costi operativi e uno stimolo alla domanda nell'ordine del 5-6%; per le banche tradizionali i benefici si registrerebbero soprattutto nel

29 Per un interessante e aggiornato approfondimento, NUZZO A., *Fintech, Smart Technologies e governance dei mercati. L'impatto del digitale sul settore bancario, finanziario e sulla regolazione pubblica*.

30 CUCCURRU P., *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract*, in *Nuova giur. Cin.*, 2017, p. 119: “svolgendo principalmente attività standardizzate e matematicamente rappresentabili, banche ed istituti finanziari sembrano adattarsi con facilità alle dinamiche di digitalizzazione e automazione delle piattaforme *blockchain*”; GRECO F., *Smart Contracts in the financial sector*, in *Rivista di diritto bancario*, luglio-settembre 2021, p. 599 e ss.; MAUGERI M., *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021; RIET P.L., *Blockchain-Based Smart Contracts for beginners*, in *Rivista di Diritto del Risparmio*, fasc. 2, 2020.

31 GRECO G.L., *Tecnologia a registro distribuito e infrastrutture dei mercati finanziari: più riforma che rivoluzione*, in *Tech Law. Il diritto di fronte alle nuove tecnologie*, Ammannati L. – Canepa A. (a cura di), Editoriale Scientifica, 2021, p. 191 e ss.; STAZI A., *Smart Contracts, and Comparative Law. A western Perspective*, Giappichelli, 2021.

32 PELLEGRINI M., *L'intelligenza artificiale nell'organizzazione bancaria: quali sfide per il regolatore?* In *Riv. Trim. di diritto dell'economia*, n. 3/2021, p. 490 e ss.; SCAFURI F., *L'Intelligenza Artificiale in ambito bancario e i rischi del “gioco dell'imitazione”*, in *Riv. Trim. di diritto dell'economia*, supplemento n.2 al n.3/2021, p. 410.

mercato dei mutui fondiari, dove è previsto un risparmio per ogni mutuo al consumatore di circa la metà dei costi di istruttoria³³.

Altre e più specifiche ipotesi di impiego di contratti intelligenti sono state evidenziate con riferimento alle fattispecie di alcuni pagamenti, ad esempio, quelli regolati da contratti di garanzia: le somme oggetto del contratto potrebbero essere rilasciate in modo automatico nel momento in cui si verifica l'evento dedotto nel contratto³⁴.

Anche nel settore assicurativo la tendenza alla standardizzazione e la capacità delle imprese di incrociare a livello informatico una grande quantità di dati fanno sì che la disciplina degli *smart contracts* venga considerata favorevolmente³⁵. Le caratteristiche di tali contratti agevolano indubbiamente l'attività assicurativa e sono ritenute in grado di far risparmiare i clienti: infatti, a fronte di una migliore e più personalizzata gestione dei rischi e dei sinistri si ritiene possibile una tendenziale riduzione dei premi.

L'industria assicurativa guarda con interesse agli *smart contracts* e, di conseguenza, alla possibilità di costruire un contratto assicurativo che, una volta concluso, possa eseguirsi da solo, senza ulteriori azioni, interventi o infrastrutture. Un caso emblematico è offerto da *Etherisk*, una polizza che opera sulla piattaforma *blockchain Ethereum* e copre il rischio di ritardo del volo, semplicemente sulla base dei dati forniti dagli aeroporti di partenza e destinazione: dunque, la

33 Per questi dati si veda il documento del Financial Stability Forum, *Financial Stability implications from fintech supervisory and regulatory issues that merit authorities' attention*, 27-6-2017, www.fsf.org; sempre con riferimento al settore bancario, ANIA, *Smart contract e blockchain: drastica riduzione delle spese nei servizi finanziari (Capgemini)*, *Panorama Assicurativo*, dicembre 2016, CL-VIII.

34 Nell'ambito dei contratti derivati, le decisioni del "credit derivatives determinations committee" potrebbero essere prese in considerazione quali circostanze oggettive idonee ad attivare in modo automatico le procedure disciplinate dal contratto, riducendo così gli adempimenti contrattuali a carico delle parti. Per quanto riguarda la ricostruzione di un contratto derivato come uno *smart contract*, si veda FRIES C e altri, *Implementing a financial derivative as smart contract*, www.ssrn.com, 2019.

35 Interessanti sono alcuni documenti informativi predisposti da società che operano nel settore della c.d. "*blockchain insurance*", ad esempio quelli di MCKINSEY, *Blockchain in insurance – opportunity or threat?*, 2016, www.mckinsey.com, e di ERNST & YOUNG, *Blockchain in insurance: application and pursuing a path to adoption*, 2017, www.ey.com.

polizza “*smart*”, verificato l’avveramento delle “istruzioni”, provvederà in automatico a liquidare l’indennizzo.

Nello specifico, con questa nuova applicazione della tecnologia al comparto assicurativo possono oggi essere offerte tre diverse soluzioni contrattuali in favore dei sottoscrittori, ovvero può essere realizzata una polizza per il verificarsi di ognuno di questi eventi: (i) vacanza rovinata per avverse condizioni metereologiche; (ii) cancellazione o ritardo del volo aereo; (iii) ritardata consegna o totale smarrimento del bagaglio da parte della compagnia aerea.

Nel caso di polizze viaggio per danni da bagaglio smarrito i sistemi informatici sono in grado di leggere e incrociare i dati dei bagagli con i dati di annullamenti o ritardi degli aerei e dei treni e di pagare automaticamente gli indennizzi stabiliti nel contratto senza necessità di denuncia da parte del viaggiatore all’apposito *desk*.

Un ulteriore esempio di applicazione pratica degli *smart contracts* è dato dai contratti R.C. auto di ultima generazione (c.d. *usage based auto insurance contract*), i quali prevedono che, in caso di installazione sull’auto di un apparecchio di rilevazione automatica del comportamento del conducente, possono essere inserite nel contratto delle clausole intelligenti che automaticamente attivino o disattivino determinati termini contrattuali in base alle circostanze; le eventuali condotte virtuose dell’automobilista, registrate dal programma, possono tradursi in risparmi per l’impresa e in contenimento del costo dei premi per l’assicurato³⁶.

Simili formule assicurative basate sulla rilevanza da parte di sensori del comportamento degli assicurati o degli eventi sono in fase di studio in molti altri settori. Si pensi, ad esempio, alle polizze CAR che prevedono l’automazione degli indennizzi derivanti da danni alla produzione: infatti, nell’ipotesi di un arresto improvviso di un macchinario, un sistema di sensori rileva il danno, tra-

36 NAZZARO A.C., *Macchine intelligenti (Smart car): Assicurazione e tutela della privacy*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 1 e ss.; LEMMA V., *Intelligenza Artificiale e sistemi di controllo*, in *Riv. Trim di diritto dell’economia*, supplement n. 2 al n.3/2021, 319 e ss..

smette i dati, calcola la perdita in valore di produzione, con possibilità di ottenere l'indennizzo in modo più semplice e preciso³⁷.

Anche nello specifico settore “vita” sono state immaginate interessanti evoluzioni: le informazioni riguardanti lo stato fisico di una persona potrebbero essere ottenute dalle imprese assicurative più facilmente grazie agli *smart contracts*, con una conseguente modifica dei premi (in aumento o in diminuzione) in base alle eventuali variazioni della salute, tempestivamente trasmesse alle imprese stesse³⁸.

Infine, l'estensione dell'impiego delle tecniche di automazione potrebbe comportare un sensibile sviluppo delle assicurazioni c.d. “*pay per use*”: in base a queste polizze l'obbligo di pagamento del premio scatta solo in caso di effettiva presenza del rischio, come precisamente registrata dagli *hardware* delle imprese assicurative³⁹.

L'aspetto positivo di questo fenomeno è che la standardizzazione e i controlli automatici dovrebbero generare effetti positivi anche in termini di riduzione delle frodi e del contenzioso, soprattutto se legati a meccanismi di registrazione dei contratti tramite *blockchain*.

7. I limiti dei contratti intelligenti

Nonostante l'evoluzione che si registra nei settori più evoluti, vanno tuttavia messi in luce i limiti che caratterizzano tale tipologia di contratti⁴⁰.

37 GATTESCHI V., *Blockchain and smart contracts for insurance: is the technology mature enough?*, in *Future internet*, 2018, 10, pag. 7 e ss..

38 GATTESCHI V., *Blockchain and smart contracts*, op. cit.; BORSELLI A., *Smart contracts in insurance. A law and futurology perspective*, 2019, www.ssrn.com, il quale riporta il caso di alcune imprese assicurative statunitensi: “*some dental insurance contracts might adjust premiums automatically depending on the brushing habits of the insured. This is the case of the smart toothbrush developed by the dental insurer Beam, that tracks all the oral hygiene of a person and uses that information to charge rates for dental insurance plans*”.

39 GATTESCHI V., *Blockchain and smart contracts*, cit..

40 Nello specifico si veda SKLAROFF J. M., *Smart contracts and the cost of inflexibility*, in *U. Pa. lam. Rev.*, 166 (2017), 296 ss..

Un primo ordine di problemi si rinviene nella difficoltà di modificare i contratti, nel caso in cui se ne presenti la necessità⁴¹; infatti, per intervenire sugli stessi non basta il semplice accordo delle parti, ma è necessario il concreto coinvolgimento del programmatore informatico che si è occupato di predisporre inizialmente il “codice” dello *smart contract*.

Un secondo profilo riguarda le difficoltà che le diverse e concrete situazioni di fatto possono generare, le quali sollevano questioni di interpretazione che un programma, al contrario di un essere umano, non è in grado di gestire⁴².

Ancora, il contratto può risultare eseguito solo in termini parziali rispetto a quanto concordato, senza che si verifichi un vero inadempimento e senza che vi sia una concreta possibilità per le parti di confrontarsi su tale parziale inadempimento, al fine di superarlo; si possono anche verificare casi di impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore. Per tutte queste ragioni, i contratti intelligenti devono necessariamente prevedere termini contrattuali molto più dettagliati e precisi⁴³.

Dunque, di fronte all'esigenza di aumentare il grado di dettaglio dei contratti, è possibile che i costi di negoziazione iniziale aumentino in misura tale da vanificare i risparmi ottenuti in sede di esecuzione dello *smart contract*.

Si giunge così alla conclusione che i contratti intelligenti potranno affermarsi e trovare diffusione solo con riferimento a tipologie di accordi meno complessi per i quali, ad esempio, l'intervento delle parti nel modificarli, o delle corti nell'imporre la loro modifica, non risulti particolarmente costoso (di qui la distinzione tra “*weak*” e “*strong*” *smart contracts*⁴⁴).

41 MIK E., *Smart contracts: terminology, technical limitations and real world complexity*, in *Law, innovation & technology*, 2017, pag. 269 e ss., il quale segnala che i contratti intelligenti hanno carattere, da un lato, “self enforcing” e, dall'altro, tendenzialmente “tamper proof”.

42 GIANCASPRO M., *Is a 'smart contract' really a smart idea? Insights from a legal perspective*, in *Computer law & security report*, 33(6), giugno 2017, il quale riferisce di un caso in cui, nonostante il contratto si basi sui risultati certificate oggettivamente da un ‘oracle’, quest'ultimo non funzioni come dovrebbe.

43 TJONG TJIN TAI E., *Force majeure and excuses in smart contracts*, 2018, www.ssrn.it.

44 RASKIN M., *The law and legality of smart contracts*, in *Geo l. tech. rev.*, 1, 2017, p. 310: “strong smart contracts have prohibitive costs of revocation and modification, while weak smart contracts do not”.

Strettamente correlati ai limiti appena evidenziati sono poi i problemi sollevati dai casi di inadempimento e di vizi del contratto, che possono verificarsi come per qualsiasi altro tipo di accordo. A questo proposito, si ritiene necessario facilitare per quanto possibile i meccanismi di risoluzione delle dispute che possono sorgere⁴⁵, a tal fine pare opportuno inserire nel contratto delle clausole che rimettano a figure di mediatori un primo tentativo di soluzione dell'eventuale controversia o permettano alla parte più debole di recedere dal contratto quando il mediatore ritenga fondata la richiesta della stessa parte più debole.

Questi sistemi sono stati però criticati in dottrina, poiché comporterebbero il rischio di scelte effettuate da gruppi di decisori imprevedibili e deresponsabilizzati⁴⁶, spesso di parte e non in grado di condurre alla giusta soluzione della lite.

Per superare il problema del mediatore percepito dal cliente come particolarmente vicino all'impresa finanziaria o assicurativa, e quindi non indipendente, un'alternativa è quella di predefinire un *panel* di mediatori, dal quale estrarre il singolo decisore del caso concreto⁴⁷.

Un'ulteriore evoluzione si potrebbe individuare nello sviluppo delle c.d. "*online dispute resolution*" (ODR), di cui sempre più spesso si parla ed oggetto di interessante discussione proprio con riferimento ai contratti intelligenti⁴⁸.

8. I c.d. *criminal smart contracts*

Per avere un quadro più completo dell'argomento trattato, è opportuno evidenziare l'esistenza di peculiari modalità di commissione dei reati mediante l'utilizzo della rete. In particolare, un fenomeno che tende a manifestarsi e a diffondersi con sempre maggiore frequenza è quello dei c.d. "*criminal smart con-*

⁴⁵ Questo profilo viene segnalato nel documento del FINANCIAL STABILITY FORUM, *Financial*, cit., p. 47.

⁴⁶ In tal senso, ABRAMOWICZ M., *Blockchain based insurance*, in *Blockchain and the Constitution of a New Financial Order: Legal and Political Challenges*, 2019, www.ssrn.com.

⁴⁷ ABRAMOWICZ M., *Blockchain*, cit..

⁴⁸ Sul punto, SCHMITZ A.J. – RULE C., *Online dispute resolutions for smart contracts*, in *J. disp. res.*, 2019.

tracts”. Infatti, come tutte le nuove tecnologie⁴⁹, anche gli *smart contracts* si prestano ad essere utilizzati per scopi illeciti: nello specifico, i fatti illeciti che possono essere compiuti attraverso uno *smart contract* sono la rivelazione e la vendita di documenti secretati, il furto delle chiavi private e i c.d. “*Calling card crime*” (crimini con biglietto da visita), caratterizzati dal fatto che la loro esecuzione avviene *offline*.

Gli *smart contracts* consentono lo scambio automatico di valute virtuali, annullando in tal modo il pericolo che una delle parti del contratto decida di tirarsi indietro e di annullare il pagamento. Inoltre, questi realizzano una interazione minima tra i contraenti evitando così il rischio di tracciamento e monitoraggio da parte di terzi.

Tali caratteristiche facilitano però la commissione di reati; ad esempio, lo scarso contatto tra le parti rende particolarmente complicati per le autorità competenti il monitoraggio e la verifica di eventuali comportamenti sospetti.

I *criminal smart contracts*⁵⁰ adibiti alla rivelazione di informazioni segrete realizzano veri e propri mercati di informazioni riservate riguardanti ad esempio segreti governativi o informazioni industriali.

In queste ipotesi, lo *smart contract* viene programmato in modo tale che, una volta corrisposto il prezzo, viene automaticamente decriptata ed eseguita l'informazione riservata, senza l'intervento dell'uomo. Vi sono poi ulteriori tipi di *smart contracts* programmati per decodificare pubblicamente solo una parte delle informazioni, dietro pagamento di una modesta somma di denaro, e solo se il contenuto risulta interessante per gli utenti viene decriptato l'intero messaggio; viceversa, il contributo iniziale verrà integralmente rimborsato.

49 RUGGIERO F., *Momento consumativo del reato e conflitti di giurisdizione nel cyberspazio*, in *Giurisprudenza di merito*, n.1/2002, pag. 255.

50 Sul tema, WANG Y. – BRACCIALI A. – TAO L. – FENGYIN L. – XINCHUN C. – MINGHAO Z., *La causalità invalida i contratti intelligenti criminali*, in *Scienze dell'informazione*, 477, 2019, pp. 291-301; ARI J. – AHMED K., *L'anello di Gige: indagare sul futuro dei contratti intelligenti criminali*, Atti della Conferenza ACM SIGSAC 2016 sulla sicurezza informatica e delle comunicazioni, ottobre 2016, pp. 283-295.

Volendo adesso velocemente esaminare le tipologie di *smart contracts* che possono essere utilizzati per il compimento di fini illeciti, è possibile richiamare i *criminal smart contracts* relativi alla rivelazione di informazioni segrete, danno vita a veri e propri mercati di informazioni riservate che riguardano, ad esempio, disegni industriali o segreti governativi. In questo caso, lo *smart contract* è programmato in modo tale che una volta corrisposto il prezzo, viene decriptata in modo automatico l'informazione riservata. Altri tipi di simili *smart contracts* sono invece programmati per decriptare solo una parte delle informazioni dietro previo pagamento di una modesta somma, solo se il contenuto è interessante per gli utenti viene decriptato tutto il messaggio; altrimenti, si provvederà a rimborsare il contributo iniziale.

Un'altra tipologia di *criminal smart contracts* è il c.d. "*key compromise criminal smart contract*"⁵¹, programmato per trasferire automaticamente all'autore del furto una certa quantità di criptovaluta a seguito della consegna della chiave privata sottratta ad un determinato soggetto. Infine, i c.d. *calling card crimes* mediante *smart contracts* sono tra i più pericolosi in quanto possono essere utilizzati per commettere reati particolarmente gravi, come gli omicidi su commissione.

Infine, da quanto appena esposto, appare evidente che anche strumenti come gli *smart contracts*, che contribuiscono notevolmente allo sviluppo del sistema economico e dei mercati in generale, possono essere utilizzati per il compimento di attività illecite e di reati anche di elevata gravità.

Per queste ragioni, si è ipotizzata la possibilità di creare apposite *communities* volte a vigilare sulla natura degli *smart contracts* pubblicati oppure di affidare ai *miners* il compito di omettere le transazioni se derivano da contratti illeciti. Infatti, qualora il *miner* fosse a conoscenza dei contenuti e dei propositi degli *smart contract* da lui inseriti nella *blockchain*, si potrebbero configurare ipotesi di concorso nel reato altrui, sotto forma di agevolazione.

51 JUELS A. – KOSBA A. – SHI E., *The ring of gyges: investigating the future of criminal smart contracts*, <http://www.arjueels.com>.

In definitiva, anche gli *smart contracts* possono essere utilizzati per la commissione di reati anche estremamente gravi e lo scambio di riserve di valore permette di agire nel pieno anonimato, facilitandone l'esecuzione rispetto ai tradizionali metodi di pagamento in valuta avente corso legale.

9. La risoluzione delle controversie collegate agli *smart contracts*.

Un ultimo aspetto che appare di estremo interesse nonostante sollevi ancora numerose perplessità e dubbi applicativi è quello relativo alla possibile risoluzione delle controversie legate agli *smart contracts*⁵².

A tale riguardo emblematico risulta il commento di *Open Law* che ha realizzato un sistema di soluzione *online* delle controversie denominato *Open Court*: *<<agreements incorporating smart contracts will not be immune to dispute and legale challenges. Parties will disagree about the terms governing their performance and disagree on how the smart contract was intended to operate. There also could be bugs in the smart contracts itself, creating complications or misaligned incentives. The risk of mistake becomes magnified as smart contracts increasingly interact with outside data provided by trusted oracles like ChainLink but also require humans to perform their terms>>*⁵³.

Szabo⁵⁴ teorizzava che un contenzioso potesse essere risolto direttamente dal contratto intelligente, in una visione che, per quei tempi, era solo futuristica. Si prevede che l'intera fase dei rimedi venga disciplinata da un sistema decentralizzato e del tutto separato da un potere statale; pertanto, in quest'ottica si tratta di costruire un sistema giudiziale autonomo *ad hoc* da applicare agli *smart contracts*.

In considerazione di ciò, anche l'aspetto della risoluzione delle controversie si inserisce nell'imperitura ricerca di studiosi, giuristi e imprenditori, di

52 WAREHAM – FOX – CANO GINER, *Technology ecosystem governance*, in *ESADE Working Paper*, n. 225; RIETVELD – SCHILLING – BELLAVITIS, *Platform strategy: managing ecosystem value through selective promotion of complements*, in *Organization Science*, 2019, p. 1125 e ss.

53 Rinvenibile su <https://media.consensys.net>.

54 N. SZABO, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, in www.fon.hum.uva.nl, 1996.

trovare un *corpus* giuridico e un sistema giudiziario che non abbia confini nazionali a vantaggio degli scambi internazionali⁵⁵.

Allo stato dell'arte sono ipotizzabili tre percorsi: (i) quello tradizionale giudiziale o robotizzato, (ii) quello arbitrale anch'esso tradizionale, (iii) quello arbitrale *on chain* (ovvero un sistema arbitrale fondato sull'intelligenza artificiale e gestito dalla *blockchain*).

Per quanto riguarda la soluzione giudiziale delle controversie, l'uso degli *smart contracts* e la loro diffusione, specialmente nei contratti che riguardano i consumatori finali, potrebbero avere un effetto notevolmente deflattivo sul lavoro dei tribunali. A tale proposito, interessanti sono gli sviluppi registrati in Cina a livello domestico. Dal 2017 è partito l'esperimento della *Hangzhou Internet Court*⁵⁶, un sistema di risoluzione delle controversie legato all'*e-commerce*, dove la partecipazione alle udienze avviene tramite l'utilizzo del computer o addirittura via *chat*⁵⁷. A fine 2019 la Corte Suprema Cinese ha predisposto un report in cui ha evidenziato il numero crescente di casi analizzati, nonché il risparmio di tempi e denaro sia per la pubblica amministrazione sia per il consumatore, invitando anche altre città ad avviare progetti dello stesso tipo.

Il *trend* che si sta affermando a livello planetario prevede l'introduzione negli *smart contracts* di una clausola arbitrale⁵⁸; bisognerà poi decidere che tipo di arbitrato scegliere: tradizionale o robotizzato e, in quest'ultimo caso, se *on chain* o *off chain*, ovvero se anche il processo arbitrale debba essere gestito dalla *blockchain* oppure se sia un meccanismo fuori dalla *blockchain* ad adottare le decisioni.

55 T. TREU, *Globalizzazione e diritti umani. Le clausole sociali dei trattati commerciali e negli scambi internazionali fra imprese*, in *Stato e Mercato*, 37 (1), 2017, p. 7 e ss..

56 GUO M., *Le sfide e il futuro della Corte di Internet in Cina*, in *Revisione di diritto e sicurezza informatica*, Volume 40, aprile 2021, 105522; ZHU H., "Esperienza Zhejiang": problemi e contromisure nella costruzione di tribunali Internet, *Advances in Economics, Business and Management Research*, Volume 94, 2019, p. 480 e ss..

57 La città di Hangzhou è la sede del colosso cinese dell'e-commerce Alibaba, gestito dall'intelligenza artificiale e interamente virtuale.

58 Sul tema, M.B. FRANZINI, *Brevi riflessioni sull'efficacia della clausola arbitrale statutaria tra profili soggettivi ed oggettivi*, in *Il Foro Padano*, 2018, p. 376 e ss..

Come si può ben comprendere, non esiste una risposta univoca su quale arbitrato utilizzare; infatti ci sono numerose variabili da tenere in considerazione in sede di negoziazione del meccanismo di risoluzione delle controversie. Ad esempio, una disputa interna alla *blockchain* potrebbe facilmente essere risolta con un arbitrato *on chain* in quanto la comunità della stessa *blockchain* sarebbe portata a rispettare la decisione arbitrale senza la necessità di rendere il lodo esecutivo; infatti, come spesso accade nei gruppi chiusi, il potere cogente delle decisioni interne ha un valore superiore a quello di un eventuale soggetto esterno, quale può essere una corte di giustizia.

Con riferimento alla possibilità di un arbitrato robotizzato *off chain*, bisogna innanzitutto verificare se la legislazione applicabile o scelta preveda la possibilità che un automa possa svolgere il ruolo di arbitro. Alcune legislazioni prevedono espressamente che gli arbitri siano persone fisiche (ad esempio, la legge francese sull'arbitrato domestico), mentre in altre l'argomento non viene nemmeno preso in considerazione.

In realtà, sarebbe anche ipotizzabile un collegio arbitrale misto, formato da programma ed esseri umani e negli Stati Uniti alcune corti stanno facendo sempre più affidamento sull'intelligenza artificiale per adottare le proprie decisioni⁵⁹.

Un altro problema che si pone per l'arbitrato robotizzato è quello relativo alla validità del lodo; ad esempio, la legge italiana prevede che il lodo rechi la sottoscrizione di tutti gli arbitri. Infatti, secondo l'art. 823 c.p.c. «La sottoscrizione della maggioranza degli arbitri è sufficiente, se accompagnata dalla dichiarazione che esso è stato deliberato con la partecipazione di tutti e che gli al-

⁵⁹ È interessante richiamare il caso *Loomis*, in cui una corte del Wisconsin ha adottato una decisione in base ad un programma che rilevava le probabilità di recidiva del Sig. Loomis (*Loomis v. Wisconsin*, 881, N. W.2d 749 (wis. 2016)). La Corte Suprema del Wisconsin ha ritenuto che la sentenza fosse appropriata in quanto il giudice, e non il programma, aveva assunto la decisione, anche se in realtà la Corte ha sottovalutato il concetto di sudditanza tecnologica dell'essere umano all'intelligenza artificiale. Infatti, secondo alcune rilevazioni, è molto difficile che gli esseri umani possano contraddire o disattendere quanto espresso dal programma di AI, in considerazione del fatto che la macchina ha più informazioni di noi umani e che pertanto le decisioni dalla stessa espresse sono migliori.

tri non hanno voluto o non hanno potuto sottoscriverlo>>⁶⁰. Chiaramente, l'arbitro robot non potrà firmare, poiché non possiede personalità giuridica. È anche vero che, atteso che formalmente l'arbitro è il gestore del programma, la questione potrebbe essere facilmente risolta facendo firmare il legale rappresentante del gestore del servizio arbitrale robotizzato.

Invece, un ostacolo decisamente più rilevante è rappresentato dal fatto che in molte giurisdizioni è previsto che l'arbitro abbia un obbligo di motivazione delle ragioni per le quali è giunto a determinate risoluzioni. Sotto tale profilo, occorre evidenziare che tale elemento non può essere soddisfatto dall'Intelligenza Artificiale, in quanto la macchina si limita spesso ad adottare scelte binarie basate sull'applicazione di specifici algoritmi.

Negli ultimi anni, sono stati lanciati vari progetti per realizzare delle corti arbitrali interamente o parzialmente robotizzate allo scopo di gestire gli *smart contracts*, alcune promosse anche da enti prestigiosi in questo settore; ad onore del vero, però, nessuna sembra possedere i requisiti necessari per garantire indiscutibilmente l'efficacia del lodo.

I meccanismi proposti sono molto variegati, dalla scelta degli arbitri "*random*" fra una serie di iscritti ad una piattaforma in modo da evitare che possano essere influenzati, alla gestione interamente robotica del contenzioso, a forme di *crowd judging*, in cui la decisione è affidata all'intera comunità (la folla).

Il dubbio che davvero rimane è che non ci sia nulla di veramente giuridico nell'analisi e nelle decisioni, oltre al fatto che l'adesione e l'esecuzione delle stesse è quasi sempre lasciata alla libera scelta delle parti (circostanza che si verifica anche normalmente) con l'aggravante che in questo caso si potrebbero verificare delle importanti asimmetrie. Questi sistemi automatizzati sono utilizzati spesso anche a fini promozionali dai giganti dell'*e-commerce*⁶¹, dunque è faci-

⁶⁰ Per un approfondimento del tema, BONATO G., *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Jovene, 2012; CAVALLINI C., *L'arbitrato rituale: Clausola compromissoria e processo arbitrale*, EGEA, 2021.

⁶¹ GUPTA A., *E-Commerce: il ruolo dell'e-commerce nel business di oggi*, in *Giornale internazionale di informatica e ricerca aziendale*, 2014, p. 1 e ss..

le che il professionista ottemperi alla decisione, mentre in caso di condanna del consumatore la cogenza del lodo sarebbe del tutto teorica.

In definitiva, la globalizzazione e la digitalizzazione del diritto⁶² rappresentano una grande occasione di evoluzione sociale e strumenti considerevoli per poter configurare lo scenario sopra delineato, ma bisogna stare attenti a non voler perseguire a tutti i costi l'automatizzazione, senza prima averne identificato e regolato le eventuali criticità.

62 FAINI F., *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in *Federalismi*, 2020, 112; QUARTA A. – SMORTO G., *Diritto privato dei mercati digitali*, Le Monnier Università, 2020.

ENRICO MAURO

Ricercatore a tempo indeterminato di diritto amministrativo, Università del Salento

enrico.mauro@unisalento.it

IL MERITO, IL BISOGNO E IL BISOGNO DI NON CONFONDERE MERITO E BISOGNO

**(A PROPOSITO DI M. SANTAMBROGIO, *IL COMLOTTO
CONTRO IL MERITO*, LATERZA, BARI – ROMA, 2021, PP.
220)**

SINTESI

Questo breve articolo esamina alcuni profili-chiave del recente libro *Il complotto contro il merito* del filosofo del linguaggio Marco Santambrogio.

A parte il titolo un po' enfatico, il libro non convince per tre principali ragioni.

In primo luogo, come molta letteratura in tema di merito e di meritocrazia, il libro non distingue abbastanza chiaramente i due concetti, generando il dubbio che l'autore li consideri sostanzialmente sinonimi. Invece si può riconoscere l'importanza del merito e, al tempo stesso, essere decisamente contrari a una società meritocratica.

In secondo luogo, il libro sottovaluta la difficoltà o l'impossibilità di misurare molte specie di virtù. In effetti non per tutto si possono stilare graduatorie. Spesso inoltre la virtù dovrebbe essere il premio di se stessa.

Infine, il libro dà troppo rilievo ai meriti e poco alla fortuna e ai bisogni. E, al tempo stesso, confonde il linguaggio dei meriti e quello dei bisogni. Sostenere che i bisognosi meritano di essere aiutati significa ragionare in termini retributivi anche in situazioni in cui la distribuzione dovrebbe prescindere da previe azioni virtuose.

ABSTRACT

This short article explores some key-aspects of the recent book *Il complotto contro il merito* by the language philosopher Marco Santambrogio.

Apart from the title, a bit emphatic, the book does not persuade for three major reasons.

Firstly, like much literature on the topics of merit and meritocracy, the book does not distinguish clearly enough the two concepts, raising the doubt that the author considers them substantially synonyms. Instead one can recognize the importance of the merit and, at the same time, be resolutely against a meritocratic society.

Secondly, the book underestimates the difficulty or impossibility of measuring many kinds of virtues. Indeed not for everything one can draw up rankings. Moreover the virtue should often be its own prize.

In the book, finally, too much emphasis is placed on merits and too little on needs and luck. And, at the same time, it mistakes the language of merits for the one of needs. To claim that the needy deserve to be helped means to think in retributive terms even in situations in which the distribution should be independent of previous deserving actions.

PAROLE CHIAVE: Merito; meritocrazia; competizione; premio; individualismo

KEYWORDS: Merit; meritocracy; competition; prize; individualism

Indice: 1. Premessa – 2. «Complotto»? - 3. Merito e meritocrazia - 4. Accertamento e valutazione - 5. Merito e bisogno: davvero il bisognoso deve meritare un aiuto?

«[Telemaco] domandò loro [ai re alleati] come una grazia, che non gli rivolgessero più alcuna lode. “Non che io non le ami?”, disse, “soprattutto quando sono elargite da così buoni giudici della virtù, ma io temo di cominciare ad amarle troppo: esse corrompono gli uomini, li riempiono di se stessi, li rendono vani e presuntuosi. Bisogna meritarsele, ma poi sfuggirle, poiché le migliori lodi troppo somigliano alle false: infatti gli uomini più lodati sono i peggiori tiranni».

F. DE FÉNELON, *Le avventure di Telemaco* (1699), tr. di G. Bonazzi, Guida, Napoli, 1982, p. 332.

«Gertrude comparve, e, senza alzar gli occhi in viso al padre, gli si buttò in ginocchioni davanti, ed ebbe appena fiato di dire: “perdono!”. Egli le fece cenno che s'alzasse; ma, con una voce poco atta a rincorare, le rispose che il perdono, non bastava desiderarlo né chiederlo; ch'era cosa troppo agevole e troppo naturale a chiunque sia trovato in colpa, e tema la punizione; che in somma bisognava meritarlo».

A. MANZONI, *I promessi sposi, Storia milanese del secolo XVIII scoperta e rifatta* (1840-1842²), Einaudi scuola, Milano, 2013, rist. 2017, p. 211.

«Ho visto con piacere che nella vostra comunità si pratica l'accoglienza [...] dei più poveri e di chi [...] appare meno fortunato. Sicché chi è agile nel corpo è trattato come chi ha le membra immobilizzate dalla paralisi, e chi risplende per intelligenza ha diritto di parola come chi fatica a esprimersi [...]. Continuate in questa solidarietà con gli ultimi. Se privilegio c'è da fare, privilegiate chi soffre di più».

Testimoni del mondo che verrà (1990), in *Scritti di Monsignor Antonio Bello*, 3, *Scritti mariani, lettere ai catechisti, visite pastorali, preghiere* (1982-1993), a cura di D. Amato *et al.*, Mezzina, Molfetta, 1995, p. 289.

1. Premessa

Il libro in parola può esser letto con interesse anche da chi, fin dalla lettura di titolo e indice, immagina di non poter essere d'accordo con le sue tesi di fondo. Qui, tuttavia, per ragioni di tempo e di spazio, non ci si soffermerà sui passaggi condivisibili, ma ci si limiterà a segnalare brevemente i passaggi mancanti o meno convincenti. Il lettore del libro vedrà poi se ciò che manca o non

convince è secondario, e dunque lascia in piedi l'edificio teorico, oppure è rilevante al punto da destabilizzarlo.

2. «Complotto»?

Del libro in oggetto non convince, prima di tutto, il titolo 'giornalistico': non una sola parola del libro giustifica l'accusa di «complotto». Chi sarebbero i complottisti? John Rawls, Daniel Markovits e Michael Sandel?¹ Non possono degli eminenti studiosi argomentare le loro convinzioni senza essere gratuitamente etichettati come complottisti? Non sarebbe meritorio pesare le parole, accettando di vendere qualche copia in meno?

3. Merito e meritocrazia

Nel libro in discussione manca del tutto il tentativo di distinguere tra merito e meritocrazia. Che sono tutt'altro che sinonimi.

Eppure il recente libro di Markovits si intitola *The meritocracy trap*, non *The merit trap*.

Eppure l'ancora più recente libro di Sandel si intitola *The tyranny of merit*, il che fa immediatamente capire, a chi lo voglia, che in causa è la tirannia, la «crazia», non il merito in sé. In quale riga Sandel contesterebbe il merito in quanto tale?

Eppure la distinzione, che forse è una vera contrapposizione, tra merito e meritocrazia è già in Michael Young, la fortuna del cui celebre romanzo ha sfortunatamente reso celebre la «meritocrazia»². Scrive Young in un articolo del

1 I principali obiettivi polemici del volume in oggetto sono la teoria della giustizia di Rawls e l'ultima fatica di M. J. SANDEL, *La tirannia del merito, Perché viviamo in una società di vincitori e di perdenti* (2020; il sottotitolo della traduzione infelicemente accantona il perno morale dell'opera, che compare nel sottotitolo originale: *What's become of the common good*), tr. di C. del Bò – E. Marchiava, Feltrinelli, Milano, 2021. Ma il volume considera attentamente anche D. MARKOVITS, *The meritocracy trap, How America's foundational myth feeds inequality, dismantles the middle class, and devours the elite*, Penguin Press, New York, 2019.

2 Nel libro di Santambrogio, come in *Wikipedia* e in tanti altri luoghi, il conio di «meritocrazia» è ancora riconosciuto a Young (cfr. pp. 34 e 45), mentre coloro che frequentano più regolarmente la letteratura sul tema fanno da un po' che il neologismo si deve, salvo ulteriori scoperte, ad Alan Fox, altro sociologo inglese: cfr., p. es., J. LITTLER, *Against meritocracy, Culture, power and myths of mobility*, Routledge, Abingdon (Oxon) – New York, 2018, *passim* ma specialmente pp. 32-34; S. CINGARI, *La meritocrazia*, Ediesse, Roma, 2020, pp. 23-25; M. SALERNO, *Contributo allo*

2001, intitolato *Abbasso la meritocrazia* e celebre quasi quanto il suo libro: «It is *good sense* to appoint individual people to jobs on their merit. It is *the opposite* [non una cosa diversa, ma «l'opposto»] when those who are judged to have merit of a particular kind harden into a new social class without room in it for others»³. Secondo Young, dunque, si può benissimo essere antimeritocratici e al tempo stesso favorevolissimi alle carriere pubbliche e private aperte ai meriti.

Eppure anche Papa Francesco, incontrando il mondo del lavoro all'ILVA di Genova nel 2017, in un discorso ben noto a chi si occupa di meritocrazia, mostra di non essersi fatta sfuggire la non sottile differenza tra merito e sua degenerazione: «Un altro valore che in realtà è un disvalore è la tanto osannata “meritocrazia”. La meritocrazia affascina molto perché usa *una parola bella: il “merito”*; ma siccome la strumentalizza e la usa in modo ideologico, *la snatura e perverte*. La meritocrazia, al di là della buona fede dei tanti che la invocano, sta diventando una *legittimazione etica della disuguaglianza*. Il nuovo capitalismo tramite la meritocrazia dà una veste morale alla disuguaglianza, perché interpreta i talenti delle persone non come un dono: il talento non è un dono secondo questa interpretazione: è un merito, determinando un sistema di vantaggi e svantaggi cumulativi. Così, se due bambini alla nascita nascono diversi per talenti o opportunità sociali ed economiche, il mondo economico leggerà i diversi talenti come merito, e li remunererà diversamente. E così, quando quei due bambini andranno in pensione, la disuguaglianza tra di loro si sarà moltiplicata. Una seconda conseguenza della cosiddetta “meritocrazia” è il cambiamento della cultura della povertà. Il povero è considerato un *demeritevole* e quindi un colpevole. E se la povertà è colpa del povero, i ricchi sono esonerati dal fare qualcosa. Questa è la vecchia logica degli amici di Giobbe, che volevano convincerlo che fosse colpevole della sua sventura. Ma questa non è la logica del Vangelo, non è la logica della vita: la meritocrazia nel Vangelo la troviamo invece nella figura

studio del principio costituzionale del merito, Giappichelli, Torino, 2020, p. 1, nota 1.

³ Il titolo originale è *Down with meritocracy* e il sottotitolo *The man who coined the word four decades ago wishes Tony Blair would stop using it*, in <https://www.theguardian.com/politics/2001/jun/29/comment>, 28 giugno 2001 (corsivi aggiunti).

del fratello maggiore nella parabola del figliol prodigo. Lui disprezza il fratello minore e pensa che deve rimanere un fallito perché se lo è meritato; invece il padre pensa che nessun figlio si merita le ghiande dei porci»⁴.

Eppure nessuno si sognerebbe di asserire che, per esempio, televisione e telecrazia sono sinonimi. La televisione può essere un mezzo di divulgazione della cultura, di sviluppo della coscienza critica e, in quanto tale, è un bene costituzionalmente tutelato (art. 21, c. 1). La telecrazia è l'uso dello stesso mezzo per fini opposti, di addormentamento della coscienza critica, di decostruzione del pensiero autonomo. Si può essere critici della telecrazia e al tempo stesso favorevolissimi a un certo uso della televisione? Domanda retorica.

Invece merito e meritocrazia sono confusi in un'indistinzione semantica che opacizza ogni discorso: il critico della meritocrazia diviene un critico del merito, della virtù, della competenza, dell'abilità, del valore. Invece anche il critico della meritocrazia chiama l'idraulico per farsi riparare il lavandino e spera di trovarne uno bravo! Per non dire del chirurgo!

4. Accertamento e valutazione

Nel libro di cui si tratta è sottovalutata, se non manca del tutto, la distinzione tra ciò che è misurabile e ciò che non lo è o non lo è facilmente e con tendenziale certezza. Un amministrativista come il sottoscritto direbbe che manca la distinzione tra accertamenti tecnici, che non implicano discrezionalità tecnica, e valutazioni tecniche, che implicano discrezionalità tecnica. La lunghezza di un terreno si accerta, si misura, mentre la preparazione di un candidato a un esame o a un concorso si valuta. La velocità di un veicolo si accerta, si misura, mentre l'interesse storico-artistico di un monumento o di un reperto si valuta. La vittoria di una gara di corsa si accerta, mentre la bravura di un ginnasta o di un tuffatore si valuta. Il più delle volte non si sa con certezza chi vince e chi perde. Dipende da chi giudica, da cosa ha deciso di giudicare, dai criteri

4 Tratto da: https://www.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2017/may/documents/papa-francesco_20170527_lavoratori-genova.html, 27 maggio 2017 (corsivi, tranne l'ultimo, aggiunti).

e sottocriteri in base a cui ha deciso di giudicare, e anche da come si è svegliato la mattina, anche se non lo scriverà in un verbale. La valutazione implica conoscenze specialistiche ed esperienza della loro applicazione, dunque soggettività, insopprimibile soggettività. Si accerta chi vince una partita di tennis, ma si valuta chi ha giocato meglio, e chi ha giocato meglio potrebbe aver perso, magari per sfortuna, e naturalmente non si sarà d'accordo su chi ha giocato meglio.

Siamo tutti d'accordo che il merito esiste e va riconosciuto. Ma questo non significa che non vi sia un'infinità di casi in cui non lo si può accertare, ma, al più, valutare senza pretesa di mettere d'accordo tutti. Quindi non è il caso di scervellarsi per partorire competizioni non strettamente necessarie. Ci saranno pure competizioni che non si possono evitare, quali i concorsi per accedere alle amministrazioni e alle magistrature, ma quelle evitabili andrebbero meticolosamente evitate.

Le competizioni tra scuole, università, dipartimenti universitari, docenti, presidi, studenti, studiosi sono tutte inevitabili? Vale la pena di chiederlo ancora una volta perché, a fronte di benefici che attendono di essere scoperti, prima che quantificati, producono, per non scendere in dettagli, inimicizie interne ed esterne e concentrazioni di risorse che impediscono di scovare i talenti che hanno la sfortuna di compiere il proprio percorso di vita e di studio in territori perdenti. Insomma, le politiche dell'eccellenza sono politiche di accrescimento dell'eccellenza esistente, ma anche politiche contrarie alla diffusione dell'eccellenza, e persino delle capacità medie, ordinarie, normali.

D'altro canto, se quasi tutto ciò che conta nella vita non è accertabile o misurabile – «cielo stellato» e «legge morale», poesia e musica, speranza e carità, albe e tramonti, panorami e saperi, profumi e sapori ecc. –, fa quasi sorridere una teoria della società giusta che spera di fondarsi sulla quantificazione di meriti e demeriti.

5. Merito e bisogno: davvero il bisognoso deve meritare un aiuto?

Un giuspubblicista, in quanto studioso di una Costituzione solidaristica, bisognocentrica come quella italiana, rimane a dir poco stupito leggendo nel volume in commento che «[i]n qualche misura anche la Costituzione italiana è meritocratica, come si vede ad esempio dall'art. 34» (p. 34). Peccato che il volume non spenda una parola per illustrare in che misura la Costituzione sarebbe meritocratica. E peccato che l'esempio dell'articolo 34 sia l'unico richiamato per qualificare la Costituzione come meritocratica. Un po' poco, a voler essere magnanimi. Non che manchino altre previsioni costituzionali su esami, concorsi, nomine premiali di senatori a vita e ad altre cariche. Ma, se si leggesse per intero, la Costituzione rivelerebbe una preoccupazione di fondo ben diversa da quella della ricerca e della promozione del talento, una preoccupazione riassunta dall'art. 3, c. 2. La nostra Costituzione, soprattutto ma non solo nella Parte I, è un catalogo delle fragilità umane. E i meriti e le eccellenze sono pensati, nella misura in cui sono pensati, al servizio di quelle debolezze, di quei bisogni. Altro che meritocrazia, caccia ai talenti, concentrazione di risorse.

Il giuspubblicista resta altrettanto stupito nel vedere che, anche in questo libro, si confondono inspiegabilmente il vocabolario del merito e quello del bisogno. Vi si legge, infatti, che «molti che hanno perso il lavoro per la pandemia meritano un aiuto» (p. 106); non che *hanno bisogno di* un aiuto. Vi si legge che – dal particolare al generale, dalla cronaca alla legge morale – «il bisogno merita un aiuto» (p. 157); non che il bisogno... *ha bisogno di* un aiuto. Vi si legge che «una persona sfortunata merita simpatia e comprensione» (p. 168); non che *ha bisogno di* simpatia e comprensione. Vi si legge, infine – ed è probabilmente il brano meno condivisibile dell'intero libro –, che «il riconoscimento dei meriti dovrebbe portare a una società compassionevole, in cui coloro che hanno veramente bisogno sono aiutati perché lo *meritano* [corsivo originale!]. [...] chi è particolarmente sfortunato merita una compensazione. Un uomo con una moglie o un figlio gravemente ammalati merita un aiuto perché, non per sua colpa, ne ha bisogno più di altri» (p. 170).

Cosa non va nelle frasi riportate? La terminologia del bisogno non avrebbe... bisogno di appoggiarsi alla stampella della terminologia del merito per generare senso compiuto. Ha una sua autonomia, una sua dignità, una sua nobiltà, una sua completezza semantica. Il bisogno è titolo morale – e poi magari giuridico – per un aiuto senza che necessariamente il bisognoso debba meritare l'aiuto. In primo luogo, essere sfortunati non equivale a meritare un aiuto: per definizione sfortuna e merito sono concetti che si pongono su piani semantici distinti, anzi non comunicanti, paralleli. E, a parte questo, vogliamo negare che il bisogno possa essere titolo morale – e poi magari giuridico – per un aiuto anche se il bisogno medesimo sgorga non da sfortuna, ma da demerito, da colpa, persino da dolo? Che solidarietà è quella di una società che aiuta chi è stato sfortunato e non chi ha sbagliato? Che «società compassionevole» è quella che, in altre parole, aiuta i penultimi, ma non gli ultimi?

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics
2022 n. 1 Vol. X