amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2021

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FASCICOLO N. 4/2021

SOMMARIO

1. **La calificación como inmuebles de las instalaciones de energía renovable en las normas tributarias.**
di Francisco José Cañal García …….....pag. 665

2. **Il rapporto funzionale tra il diritto allo studio (e/o all'istruzione) e la contestuale previsione della "libertà di insegnamento" può ancora alimentare profili problematici se non si procede, ancora una volta, alla "ricomposizione" sistematica dei valori fondanti la Costituzione, la quale a sua volta può svelare la ratio giuridica della disciplina adottata dai Costituenti.**
di Giuseppe Palma ……..pag. 683

3. **Notazioni su potere amministrativo e 'attitudine' negoziale.**
di Guido Clemente di San Luca……..pag. 700

4. **Brevi notazioni sul sistema di valutazione dei dirigenti pubblici.**
di Maria Cristina Cavallaro……..……...pag. 751

5. **Riflessioni sparse su alcune (spinose) questioni riguardanti il rapporto tra tecnica e politica.**
di Francesco Zammartino……pag. 762

6. **Gli strumenti di valorizzazione e promozione del patrimonio culturale tra disciplina di settore e codice dei contratti pubblici.**
di Luigi Ferrara e Francesco Rota……...pag. 781

7. **La riscossa della partecipazione. Note brevi sulla decadenza dei vizi formali.**
di Ambrogio De Siano..…… pag. 800

8. **Brevi osservazioni in tema di tutela autoriale del web design.**
di Giuseppe Doria……...……pag. 810

ISSN 2036-7821

9. **La rilevanza dell'interesse pubblico nel giudizio elettorale.**
di Giuliano Taglianetti……pag. 818

10. **Concessioni demaniali: le "relazioni pericolose" tra illegittimità comunitaria e il giudicato amministrativo sui rapporti di durata. Spunti a margine delle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nn. 17 e 18/202.**
di Andrea Marco Colarusso……pag. 841

11. **Brevi riflessioni in tema di disapplicazione da parte del G.A.**
di Antonella Corsale……pag. 871

12. **Regulatory sandbox italiano in una prospettiva europea, costituzionale ed amministrativa.**
di Alessandro Chiappini..……..pag. 885

13. **L'espulsione ministeriale. Teoria generale e prassi applicativa.**
di Gabriele Trombetta……..pag. 900

14. **La concorrenza negli appalti pubblici tra disciplina ordinaria e disciplina derogatoria della fase emergenziale da covid-19. la tutela degli interessi dei privati.**
di Linda Giovanna Vacchiano……pag. 932

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La calificación como inmuebles de las instalaciones de energía renovable en las normas tributarias.

di Francisco José Cañal García

(Profesor titular de Derecho financiero y tributario, Universitat de Barcelona)

Sumario

1. Introducción. 2. La calificación en los impuestos sobre la renta. 2.1. Impuesto sobre la renta de las personas físicas. 2.2. Impuesto de sociedades. 3. La calificación en los impuestos sobre propiedad de los bienes. 3.1. Impuesto sobre el patrimonio. 3.2. Impuesto sobre bienes inmuebles (IBI). 3.2.1. Calificación de las instalaciones de energía renovable como bien inmueble. 3.2.2. Calificación de las instalaciones de energía renovable como bienes inmuebles de características especiales (BICES). 3.2.3. Elementos integrantes de los bices. 4. La calificación en los impuestos sobre la transmisión de los bienes. 4.1. Transmisiones onerosas. 4.1.1. Iva. 4.1.2 ITP. 4.2. Transmisión gratuita.

Abstract

The classification as movable or real property of renewable energy installations has important effects on their tax regime. Normally, these facilities are considered real property, unless they are transferred as separate property. But there are differences between some taxes and others.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. *Introducción.*

En la aplicación de las leyes tributarias españolas sobre las instalaciones de energía renovable (especialmente aerogeneradores y placas solares) ha existido una larga controversia. La controversia principal ha versado sobre la calificación de estas instalaciones como bienes muebles o inmuebles. Esta calificación como bienes muebles o inmuebles tiene importantes efectos sobre su régimen fiscal.

En conjunto el régimen fiscal de las instalaciones de energía renovable es bastante coherente. Generalmente estas instalaciones se consideran bienes inmuebles, pero existen matices diferenciales entre unos impuestos y otros.

Para conocer los efectos de la calificación como inmuebles de las instalaciones de energía renovable es necesario distinguir entre los impuestos que gravan la renta, los impuestos que gravan la propiedad de los bienes y los impuestos que gravan la transmisión de los bienes.

2. *La calificación en los impuestos sobre la renta.*

2.1. *Impuesto sobre la renta de las personas físicas.*

Si el propietario de instalaciones de energía renovable es una persona física los rendimientos que obtenga se califican como rendimientos de actividades económicas. Así lo determina el art. 27.1 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF): "Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios."

El propietario de la instalación realiza una actividad productiva, por lo que los beneficios que obtiene nunca pueden calificarse como rentas procedentes de bienes muebles o inmuebles. Por tanto, la calificación de las instalaciones como bienes muebles o inmuebles no es relevante a efectos de determinar los porcentajes máximos de amortización de los bienes, porque las instalaciones de energía renovable tienen coeficientes de amortización específicos, que son los mismos que se aplican en el Impuesto de sociedades.

2.2. *Impuesto de sociedades.*

Si el propietario de instalaciones de energía renovable es una persona jurídica los beneficios que obtenga se gravan en el impuesto de sociedades (IS). Dentro de esta ley no se diferencian los beneficios por su origen, por lo que la calificación como bienes muebles o inmuebles de las instalaciones que se utilicen no es relevante. Tampoco lo es a efectos de determinar los porcentajes máximos de amortización de

ISSN 2036-7821

los bienes, pues el art. 12 de la Ley 27/2014, del Impuesto de Sociedades, establece un porcentaje anual máximo de amortización de 7% y un período máximo de 30 años.

3. *La calificación en los impuestos sobre propiedad de los bienes.*

3.1. *Impuesto sobre el patrimonio.*
Las instalaciones de energía renovable no merecen especial consideración en el impuesto sobre el patrimonio. Este impuesto solo grava los bienes de las personas físicas, no de las personas jurídicas. Si el propietario es una persona física disfruta de una exención en este impuesto por la propiedad de bienes dedicados a actividades económicas. Como antes se ha dicho, se considera que los titulares de estas instalaciones realizan siempre una actividad económica. Por tanto, la propiedad de instalaciones de energía renovable no es relevante a efectos del impuesto sobre el patrimonio.

3.2. *Impuesto sobre bienes inmuebles* (IBI).
La propiedad de instalaciones de energía renovable es importante en el Impuesto sobre bienes inmuebles. Además, ha provocado una larga y múltiple controversia jurídica.
Los asuntos más destacados de esta controversia en el ámbito del IBI son:
- La calificación de las instalaciones de energía renovable como bienes inmuebles.
- Su calificación como bienes inmuebles de características especiales (en adelante BICES).
- La determinación de los elementos que forman parte del bien inmueble gravado.

3.2.1. *Calificación de las instalaciones de energía renovable como bien inmueble.*
El Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante LRHL) establece en el art. 61 que el hecho imponible del IBI está constituido por la propiedad y otros derechos sobre bienes inmuebles. Para la definición de los bienes inmuebles se remite al Ley del Catastro Inmobiliario (Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, en adelante LCI). El artículo 6 LCI señala que los bienes inmuebles son las parcelas de terrenos y las construcciones emplazadas en ellas. Este artículo 6, apartado 2 b), señala que, además, son bienes inmuebles los de características especiales (BICES), definidos como conjuntos complejos de uso especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora.
La problemática específica de la aplicación del IBI a las instalaciones de aprovechamiento de energía renovable cabe distinguir, en consecuencia, dos cuestiones:

ISSN 2036-7821

1) La posible consideración de dichas instalaciones como bienes inmuebles y
2) La posible calificación como bienes inmuebles de características especiales (BICES).
Las dos cuestiones que se presentan se han de resolver de modo independiente.
La primera cuestión es saber si los bienes productores de energía renovable pueden ser calificados como bienes inmuebles. En realidad, para obtener una respuesta según la normativa catastral, debe contarse con varias premisas y cada una de ellas abre nuevos interrogantes.
Las ideas que se han de tener presentes son, sintéticamente, las siguientes:

- Los bienes inmuebles son suelo y construcciones.
- Las construcciones pueden ser edificios o instalaciones.
- La maquinaria y los equipamientos reciben un tratamiento distinto si son independientes o si están incorporados a un edificio:
  - Si sirven al mismo edificio forman parte del bien inmueble.
  - No constituye bien inmueble la maquinaria colocada en un inmueble, ni por lo tanto forma parte de él. Se mostrará una excepción a esta regla en el caso de los BICES.

El interrogante inicial consiste en determinar si las instalaciones de energía renovable pueden subsumirse en el término <construcciones> empleado por el art. 6.1 LCI.
La LCI considera construcciones tanto a los edificios (art. 7.4 a) como a las instalaciones industriales, excluyéndose la maquinaria y el utillaje (art. 7.4 b)[1].
Para la interpretación del concepto de edificio se ha de tener en cuenta que el art. 7.4 a) LCI usa criterios extensivos, pero la doctrina y jurisprudencia consideran que se han de tratar de obras capaces de albergar a personas o cosas[2].
En este sentido puede descartarse totalmente la consideración de los elementos de energía renovable (p. ej. parques eólicos o fotovoltaicos) como edificios. Si no se consideran como edificios ha de plantearse entonces si son instalaciones, que son bienes inmuebles catastrales igualmente gravados por el IBI.
Para responder a esta cuestión se ha de tener en cuenta que las instalaciones de energía renovable pueden presentarse de diferentes maneras: incorporadas o no a un edificio y, en el primer caso, al servicio del mismo o no.

---

[1] Art. 7.4 LCI: "A efectos catastrales, tendrán la consideración de construcciones: a) Los edificios, sean cualesquiera los materiales de que estén construidos y el uso a que se destinen, siempre que se encuentren unidos permanentemente al suelo y con independencia de que se alcen sobre su superficie o se hallen enclavados en el subsuelo y de que puedan ser transportados o desmontados. b) Las instalaciones industriales, comerciales, deportivas, de recreo, agrícolas, ganaderas, forestales y piscícolas de agua dulce, considerándose como tales, entre otras, los diques, tanques, cargaderos, muelles, pantalanes e invernaderos, y excluyéndose en todo caso la maquinaria y el utillaje. Cfr. Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. *Boletín Oficial del Estado* (8 de marzo de 2004), pág. 10137-10154).

2 Cfr. GARCÍA NOVOA, C. (1993). *El impuesto sobre bienes inmuebles. Hecho imponible. Sujetos pasivos. Exenciones*. En: FERREIRO LAPATZA (dir.). *Tratado de Derecho financiero y tributario local*. Ed. Marcial Pons, pág. 604 y ss., especialmente pág. 607.

ISSN 2036-7821

En la mayor parte de los casos y los montajes de mayor valor (grandes aerogeneradores, parques eólicos, parques solares), estas estructuras son autónomas y no forman parte de otra construcción principal. Estos tipos de grandes estructuras de energía renovable no se sitúan dentro de un edificio, por lo que no pueden considerarse accesorios y deben ser analizadas teniendo en cuenta su carácter independiente.

Como importante precedente del gravamen independiente de instalaciones que no se califican de edificios se encuentran las de producción de energía hidráulica y las instalaciones portuarias, siendo interesantes las sentencias del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 15 de enero de 1998, de 17 y 20 de julio de 2000 y 20 de abril de 2002.

En concreto, según el significado de la expresión <instalaciones> se debe responder si los bienes empleados en la obtención de energía de fuente renovable son instalaciones o si más bien son maquinaria, que no está gravada, según el art. 7.4 b) LCI (más adelante se podrá ver que este criterio, de no gravar la maquinaria, varía totalmente en caso de considerar como BICES a las instalaciones de energía renovable).

Las plantas de energía eólica y fotovoltaica merecen la calificación de instalaciones industriales, que están expresamente mencionadas en el artículo. No son simple maquinaria no gravada. Así lo reconocen distintas sentencias del Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) de Andalucía[3], del TSJ de Castilla y León[4] y de Galicia[5].

En algunos casos las instalaciones de energía renovable están unidas a edificios y se debe preguntar si están al servicio del mismo o no. En este momento se puede recordar la problemática del gravamen o no por el IBI de ciertos elementos que se encuentran en edificios y que están al servicio del mismo, como ascensores, calefacción, aire acondicionado, etc. Los tribunales opinan que las instalaciones forman parte inseparable del edificio en el que se sitúan si esos elementos son aprovechados por los mismos usuarios del edificio. En este caso el valor de las

[3] Cfr. STSJ Andalucía, de 24 de mayo y 20 de diciembre de 2005, 16 de enero, 19 de septiembre y 11 de octubre de 2006, de 8 de abril de 2008: "Los aerogeneradores, como instalaciones industriales que son, se consideran construcción en relación al fuste de los mismos a los efectos del IBI".

[4] STSJ Castilla y León, 26 de marzo de 2006, F. J. 5º: "Siendo los fustes elementos de sujeción de la maquinaria del aerogenerador a la vez que sirven de habitáculo para la instalación de otros elementos de la instalación como transformadores, cableados, sistemas de acceso para mantenimientos. Aunque es cierto que el fuste es un elemento importante de la instalación, no es una máquina sino el soporte de una máquina, de ahí que deba considerarse como construcción industrial de carácter singular". En el mismo sentido las sentencias del mismo Tribunal de 9 de junio y 23 de noviembre de 2006.

[5] Véanse las tres sentencias TSJ Galicia, nº 543, 544 y 545 de 30 de abril de 2007, F. J. 2º: "Los fustes, además de ser elementos sobre los que van montados los aerogeneradores, son al propio tiempo elementos que alojan en su interior otros elementos de la instalación industrial, tales como transformadores, cuadros de potencia y control y cableado. No se trata por eso de un elemento más de las instalaciones industriales que son los aerogeneradores, sino de elementos que soportan y albergan artilugios necesarios para la correspondiente actividad industrial".

ISSN 2036-7821

instalaciones se incluye en la valoración de los edificios; por tanto, se gravan mediante su integración en la base imponible del IBI.

Por el contrario el IBI no grava las maquinarias que se localizan en el interior de un edificio pero que tienen un uso totalmente independiente del edificio[6].

La redacción del art. 396 del Código civil confirma el gravamen de las instalaciones de energía renovable situadas sobre edificios porque menciona expresamente las placas solares como elementos comunes en el caso de los edificios divididos en forma de propiedad horizontal.

Un caso distinto, ya frecuente, es el de las instalaciones de aprovechamiento energético colocadas sobre tejados de instalaciones industriales que no estén sometidas previamente a la división horizontal. En estos casos el titular de la instalación energética tiene un derecho de sobreedificación[7].

Estos casos de instalaciones de energía renovable que no estén al servicio del edificio (cuya energía se venda a las compañías distribuidoras) y cuyo propietario no lo sea de ningún otro elemento del edificio tendrían que configurarse como inmueble independiente para su gravamen por el IBI. Puede tomarse como modelo inspirador el de la tributación de las plazas de garaje y trasteros, cuyo gravamen independiente está contemplado por el art. 6.2 a) LCI y, más claramente, por el art. 21 de su reglamento de desarrollo[8]. Sería necesaria la modificación de estos dos artículos, para incluir en ellos la mención, junto con las plazas de estacionamiento y los trasteros, las instalaciones de energía renovable.

Las instalaciones de energía renovable se califican como BICES – cuestión que se analizará más adelante – pero si no lo fueran habría de determinarse, a efectos de la aplicación del IBI, si son bienes rústicos o urbanos.

En caso de no ser considerados BICES se ha de advertir en primer lugar que su naturaleza de bien urbano o rústico depende, según señala la actual regulación del art. 7.1 LCI, de la naturaleza del suelo donde se emplacen.

---

[6] *"No se conoce que haya prosperado ningún recurso (si es que se hubiera presentado) en el que un tribunal ordenara descontar el valor de los ascensores, por entender que se habían incluido máquinas, pero sí han prosperado recursos en los que se han obligado a descontar la maquinaria o parte de la misma que, formando parte de una instalación industrial, estuviera albergada en un edificio"*. Cfr. AGUADO FERNÁNDEZ, M. D. (2005). En AA.VV. *Guía de las Haciendas Locales*. Valencia: Ed. CISS, pág. 137-138.

[7] Cfr. FERNÁNDEZ-PICAZO Y OTROS (2010). *Financiación de proyectos de energías renovables. Aspectos inmobiliarios propios de los proyectos de energías renovables*. En: AA.VV. *Tratado de energías renovables. Vol. II Aspectos jurídicos*. Ed. Thomsom-Aranzadi e Iberdrola, pág. 421.

[8] Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, que desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Artículo 21: "Condiciones para la consideración como bien inmueble independiente de trasteros y plazas de estacionamiento en pro indiviso. De acuerdo con el artículo 6.2.a) del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, tendrán la consideración de bienes inmuebles independientes, a efectos catastrales, los trasteros y las plazas de estacionamiento en pro indiviso adscritos al uso y disfrute exclusivo y permanente de un titular mediante escritura pública en la que se incluya su descripción pormenorizada".

ISSN 2036-7821

Las instalaciones de energía renovable, en la mayor parte de los casos, se asientan sobre suelo de naturaleza rústica, y esta naturaleza se comunicaría al resto del bien. Este criterio de la naturaleza del suelo para la calificación de los bienes, que ha cambiado con respecto al aplicable en la regulación anterior, se ha introducido con la modificación llevada a cabo por la Ley 48/2002 del Catastro, con efectos en este punto a partir de 1 de enero de 2006 (misma fecha en que entra en vigor la categoría de BICES).

Antes la naturaleza del bien se determinaba por la del elemento principal, ya fuera el suelo o la construcción.

Así los parques eólicos recibían la calificación de bienes urbanos, por serlo la construcción; de igual modo que lo eran las centrales hidroeléctricas, calificadas como bienes urbanos por muchas STS (véase p. ej. la de 22 de julio de 2000). Como sentencias que califican como urbanos a los parques eólicos cabe citar: STSJ de Castilla y León de 31 de marzo de 2006 (F. J. 5º) y de 9 de junio de 2006 (F. J. 3º) y STSJ Galicia de 24 de julio de 2007. Calificaciones todas estas que hoy en día se han de considerar superadas, porque los parques eólicos se consideren BICES y, si no lo fueran, porque según la ley actual ordinariamente serían bienes rústicos.

3.2.2. *Calificación de las instalaciones de energía renovable como bienes inmuebles de características especiales* (BICES).

La categoría de los BICES fue introducida por la Ley 48/2002, en vigor a partir del 1 de enero de 2006. A partir de dicha fecha se debió determinar si las instalaciones de energía renovable son o no BICES. El criterio administrativo y jurisprudencia se han dado una respuesta afirmativa.

La Ley 48/2002 de modificación de la Ley del Catastro inmobiliario añadió la categoría de bienes de características especiales (BICES) a las anteriormente existentes de bienes inmuebles urbanos y rústicos, resultando una clasificación tripartita.

Los BICES quedan definidos en el artículo 8.2 del Texto refundido de la LCI[9].

[9] Art. 8 LCI: 1. Los bienes inmuebles de características especiales constituyen un conjunto complejo de uso especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como un único bien inmueble.

2. Se consideran bienes inmuebles de características especiales los comprendidos, conforme al apartado anterior, en los siguientes grupos: a) Los destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo, y las centrales nucleares. b) Las presas, saltos de agua y embalses, incluido su lecho o vaso, excepto las destinadas exclusivamente al riego. c) Las autopistas, carreteras y túneles de peaje. d) Los aeropuertos y puertos comerciales.

3. A efectos de la inscripción de estos inmuebles en el Catastro y de su valoración no se excluirá la maquinaria integrada en las instalaciones, ni aquélla que forme parte físicamente de las mismas o que esté vinculada funcionalmente a ellas. Cfr. Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. *Boletín Oficial del Estado* (8 de marzo de 2004), pág. 10137-10154).

ISSN 2036-7821

Varias razones pueden expresarse para justificar la creación de esta nueva categoría, como la dificultad para subsumir ciertos inmuebles complejos en las categorías clásicas (urbanos y rústicos) y los problemas de valoración a efectos de cuantificar el tributo, etc. Pero la razón predominante, según opinión doctrinal extendida, es recaudatoria[10], al poder soportar estos bienes la mayor carga tributaria que se les impone en los arts. 67.2 y 72.2 LRHL, sin que surjan protestas de ciudadanos hacia los gobiernos locales. La oposición a esta nueva categoría fue manifestada por las empresas titulares de los bienes incluidos en ella, y expresada en particular a través de diversos recursos que propiciaron varias Sentencias del Tribunal Supremo (véase en particular la de 16 de febrero de 2009) en las que se declara no apreciar incompatibilidad entre la regulación de los BICES -hecha por la LCI y la LRHL- y los principios constitucionales de igualdad y capacidad contributiva.

La LCI delimita a los BICES por dos medios: en primer lugar los define con un concepto descriptivo y después realiza una enumeración taxativa de los bienes que pueden recibir esta calificación. Es decir, un bien ha de cumplir un doble requisito para ser considerado BICE: encajar en la descripción legal y además estar contenido en la lista que figura en la LCI. Así, el art. 8.1 LCI los define como "un conjunto complejo de uso especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como un único bien inmueble".

Se debe destacar que el BICE viene dado por un conjunto complejo de elementos, no siendo necesario que cada uno de ellos haya de ser calificado separadamente como bien inmueble. En el caso de las instalaciones de aprovechamiento de energía renovable (que sean independientes de un edificio, pues de las incorporadas a un edificio ya se ha tratado en el epígrafe anterior) se puede prescindir totalmente del debate acerca de si la estructura energética es o no construcción, si es instalación o maquinaria, si está al servicio o no de un inmueble principal. De entrada, pues, cabe apreciar que las instalaciones de energía renovable cumplen el primer requisito exigido por la LCI: son conjuntos de elementos con un fin especializado.

Después en la enumeración taxativa del art. 8.2 LCI se mencionan como BICES: "a) Los destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo, y las centrales nucleares". El fin especializado de las instalaciones de energía renovable es la producción de energía eléctrica, por lo que –en principio- puede considerarse que también cumplen el segundo requisito de la inclusión en la lista recogida en la LCI.

Hito relevante para el análisis de la eventual inclusión de las instalaciones de energía renovable en la citada lista ha sido el desarrollo reglamentario de la LCI, realizado

[10] Cfr. CARBAJO VASCO, D. (2009) Una nota sobre la jurisprudencia del TS que ratifica la categoría de BICES en el IBI. *Tributos Locales*, nº 92, diciembre, pág. 83 y ss.

ISSN 2036-7821

por el Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, cuyo art. 23 clasifica en cuatro grupos (A, B, C y D) a los BICES y detalla su regulación. El mismo artículo en el apartado 2 establecía que forman parte del grupo A.1 "Los destinados a la producción de energía eléctrica que de acuerdo con la normativa de regulación del sector eléctrico deban estar incluidos en el régimen ordinario". La norma sectorial correspondiente es la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, en la que se divide la producción de energía eléctrica en dos regímenes: el ordinario y el especial. Este último está integrado, entre otros casos, por las instalaciones de energía renovable cuya potencia instalada no superen los 50 MW (art. 27 de la citada Ley 54/1997).

En consecuencia las instalaciones de energía renovable (eólica, fotovoltaica), cuya potencia no suele superar la antes indicada y no pertenecen al régimen ordinario de producción, quedaban excluidos del grupo A de los BICES y tampoco aparecían integrados en ninguno de los otros grupos: es decir, según el reglamento del Catastro las instalaciones de energía renovable no eran BICES. Este reglamento fue recurrido por la Federación Gallega de Municipios y Provincias, pues los municipios estaban interesados en que los aerogeneradores se pudiesen calificar como BICES y aplicarles el mayor gravamen previsto para ellos en el IBI. El caso fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 30 de mayo de 2007. El Tribunal Supremo recuerda (F. J. 4º) que el reglamento ejecutivo, como es el caso, está subordinado a la ley a la que complementa y en la LCI no aparece ningún criterio que permita eliminar a los parques eólicos de la categoría de BICES, pues el art. 8.1 LCI no especifica ningún criterio de exclusión para los bienes de producción de energía eléctrica (ni que superen determinada potencia, ni que pertenezcan al régimen ordinario). En consecuencia declara la nulidad de pleno derecho del citado inciso del art. 23 del Real Decreto 417/2006[11] por contravenir el principio de jerarquía normativa. Hasta el presente no hay norma, ni legal ni reglamentaria, que haya introducido una nueva regulación de esta materia.

No obstante de la mencionada STS no se desprende que las instalaciones de energía renovable sean necesariamente BICES, sino que no están fuera de la lista taxativa contenida en el art. 8.2 LCI. Para su consideración como BICE las instalaciones de energía renovable han de cumplir el otro de los requisitos indicados para la existencia de un BICE: que se puedan subsumir en su definición genérica que realiza el art. 8.1 LCI. Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo no se pronuncia en la citada sentencia, pues esta cuestión no entra en el objeto del recurso y así lo pone expresamente de manifiesto[12]. Por tanto el Tribunal Supremo no se ha pronunciado

[11] "Los destinados a la producción de energía eléctrica que de acuerdo con la normativa de regulación del sector eléctrico deban estar incluidos en el régimen ordinario".

[12] STS 30 de mayo de 2007, F. J. 4º: "Los bienes destinados a la producción de energía eléctrica solamente pueden quedar excluidos de la condición de bienes inmuebles de <características especiales> si no concurren en ellos los

ISSN 2036-7821

expresamente sobre el problema de si, tanto un aerogenerador aislado como un parque eólico, se subsumen en esa definición y si, en definitiva, se califican o no de BICE. Para llegar a una conclusión al respecto es necesario realizar una exploración más amplia.

Se ha de tener en cuenta que el art. 23.3 LCI prevé la publicación de un reglamento con las normas técnicas (conceptos, reglas y otros factores) de valoración catastral. Este reglamento es el Real Decreto 1464/2007 de 2 de noviembre, que hace referencia a los BICES, pero no establece ningún criterio sobre las instalaciones eólicas u otras de energía renovable, al haber sido publicado antes que la STS de 30 de mayo de 2007 citada más arriba (que lo fue el 18 de diciembre). Por tanto, esta ausencia de criterios en el reglamento de normas técnicas de valoración no es un argumento en contra de la calificación como BICE de las instalaciones de energía renovable, si bien es alegado con frecuencia por los recurrentes para defender la falta de cobertura normativa de sus valoraciones catastrales.

Por otra parte, en la gestión tributaria, los Ayuntamientos han calculado el IBI de las instalaciones de energía renovable, especialmente de los parques eólicos, incluyéndolos en la categoría de BICES. Esta práctica ha dado lugar a muchos recursos que resuelven los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) y la Audiencia Nacional. En el ámbito de estas resoluciones judiciales se constata que hay muchas sentencias favorables a la calificación como BICE de las instalaciones de energía renovable.

En todo caso el punto de partida para resolver la cuestión es la definición de BICE en el art. 8.1 LCI, según el cual son "un conjunto complejo de uso especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como un único bien inmueble".

Se ha de observar que esta definición contiene una larga enumeración de elementos que han de concurrir en el bien para ser calificado como BICE. Se ha de comprobar si estos elementos concurren en las instalaciones de energía eólica y fotovoltaica que existan de modo independiente de un edificio.

Estas son las conclusiones que se pueden obtener:

1. Suelo: para implantar las instalaciones de energía renovable es necesario proceder a la adaptación de los terrenos.

caracteres delimitadores de los mismos que se especifican" en el art. 8.1 LCI. (…) Añade el Tribunal que puede que un generador eólico no deba considerarse bien inmueble de características especiales porque, para alcanzar aquella consideración, hace falta que se trate de un conjunto complejo y unitario de uso especializado, en el que haya edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora; lo cual no puede entenderse cumplido por superar una determinada potencia o pertenecer a un régimen de producción eléctrica.

ISSN 2036-7821

2. Edificios: en algunos casos es necesario construir edificios convencionales al servicio de la planta energética. En otros casos los equipos necesitan cimentaciones y otras obras que se consideran edificaciones.
3. Instalaciones: no cabe duda de que los dispositivos técnicos necesarios (aerogeneradores y placas), que son los elementos esenciales para el aprovechamiento energético, son correctamente denominados <instalaciones>.
4. Obras de urbanización y mejora: también es necesaria para el uso de plantas de energía renovable la construcción de accesos, viales y otros componentes, como vallados, elementos de seguridad, etc.

Es necesario probar que en cada caso concreto concurren todos los elementos de la definición para concluir que la instalación de energía renovable es un BICE.

En realidad todos estos elementos se encuentran en las instalaciones independientes de energía renovable. Por otra parte, en caso de que no exista lo que se llama un parque eólico sino una sola instalación, por ejemplo un único aerogenerador, cabe cuestionarse si se está en la presencia de un BICE o no; pero también en este caso se puede reconocer que son necesarios todos aquellos elementos (suelo, edificios, instalaciones, obras de urbanización) y que el aerogenerador constituye de por sí un conjunto complejo de elementos.

Las sentencias emitidas sobre este punto por distintos Tribunales son favorables a la calificación como BICE de las instalaciones de energía renovable. Así hay sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que examinan si se dan en el caso concreto los elementos requeridos por la LCI para calificar a un parque eólico como BICE. En este sentido hay dos sentencias muy similares del TSJ Aragón, de 15 y 22 de septiembre de 2008, que llegan a una conclusión afirmativa[13].

También el TSJ de Castilla y León (Burgos) expresa su criterio favorable en general a admitir la calificación de BICE para los parques eólicos por encajar éstos en la definición de la LCI. Lo hace en particular en la sentencia nº 191/2011 de 15 de marzo[14], especialmente interesante por el detenimiento con el que resuelve ésta y otras cuestiones.

[13] STSJ Aragón, de 15 de septiembre de 2008, F. J. 4º: "Del expediente administrativo se desprende que se da el supuesto de hecho previsto en el referido artículo, comprendiendo la instalación 30 aerogeneradores con sus correspondientes centros de transformación ubicados en el interior de los mismos y el tendido de los conductores que constituyen los distintos circuitos que unen los aerogeneradores y la subestación transformadora, siendo las zapatas de 10,1 metros de lado y de 1,1 metros de espesor, existiendo a pie de cada aerogenerador una explanada de una dimensión de 15x12 metros aproximadamente, construida con materiales seleccionados de las excavaciones compactados adecuadamente, existiendo viales con una longitud total de 4.929 metros, con una anchura de 5 metros, y estando conectado a la subestación transformadora Bayo situada en el mismo término municipal".

[14] STSJ Castila y León (Burgos) nº 191/2011 de 15 de marzo, F. J. 8º: "Los parques eólicos, para llevar a cabo la función que les es propia, constituyen un conjunto complejo de uso especializado que supone la adaptación y acondicionamiento de los terrenos en que se enclavan (por ejemplo, su nivelación, excavación, relleno de zanjas, cimentación) y el montaje y edificación de los equipos, elementos y construcciones, comprendiendo, por lo tanto,

ISSN 2036-7821

Por su parte la Audiencia Nacional ha dictado 233 sentencias, que admiten la calificación de parques eólicos como BICE, entre mayo de 2010 y finales de 2012.
Antes de 2010 no se encuentran sentencias de este Tribunal con este objeto.
Se pueden citar desde la sentencia de 12 de mayo hasta la de 11 de julio de 2012, todas favorables a la calificación como BICE de los parques eólicos.
En realidad todas estas sentencias son bastante repetitivas.
Sin embargo en la mayoría de estas sentencias no se encuentra una argumentación sobre el cumplimiento por parte del parque eólico de los requisitos exigidos por la definición de la LCI; más bien se limitan a citar la STS de 30 de mayo de 2007 cuando señala que los parques eólicos no están excluidos de este concepto, y concluyen: "Por tanto los parques eólicos pueden ser calificados como BICES". Es decir, el Tribunal Supremo indicó que los parques eólicos pueden ser BICE o no serlo. Sorprendentemente la Audiencia Nacional ha tomado en muchas sentencias sólo la primera parte de la conclusión (que pueden serlo) y dice: los parques eólicos pueden ser BICE, luego lo son[15]. No obstante algunas sentencias, como la 20 de julio de 2010, F. J. 4º (repetida en otras posteriores, por ejemplo SAN 22 de julio de 2010, F. J. 3 y SAN 19 de julio de 2011) dan una argumentación más elaborada y concreta favorable a la calificación de los parques eólicos como BICE[16].
La consolidación del criterio de calificar como BICE a las instalaciones de energías renovables también ha debido vencer otros argumentos. Así por ejemplo numerosos recurrentes pretendían derivar, del silencio normativo sobre la calificación como BICE de los parques eólicos, su exclusión de este concepto. La Audiencia Nacional, a partir de la sentencia de 28 de septiembre de 2010, señala que no es necesaria una

---

en los términos que, a los exclusivos efectos catastrales, determina la legislación catastral, no solo suelo, sino también edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora, e incluso, maquinaria, por resultar necesaria para la producción de energía y estar todos ellos ligados de manera definitiva para el funcionamiento del complejo".

[15] Así en la SAN de mayo de 2010, F. J. 5º, después de reproducir párrafos de la STS 30 de mayo de 2007 -en los que se señala que "puede que un generador eólico, como dice el Abogado del Estado, no deba considerarse bien inmueble de características especiales, pero no porque su potencia no supere los 50 Mw, (...) sino porque (...) para alcanzar aquella consideración, hace falta que se trate de un conjunto complejo y unitario de uso especializado, en el que haya edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora"-, a continuación la Audiencia Nacional simplemente afirma: "Por tanto los parques eólicos pueden ser calificados como BICES" y desestima sin más motivación el recurso que pedía que no fueran así calificados.

[16] SAN de 22 de julio de 2010, F. J. 3º: "Un parque eólico cumple las características citadas en dicho artículo para considerarlo como un bien inmueble de características especiales ya que no es una agrupación de aerogeneradores sino un conjunto complejo y unitario de uso especializado integrado por los siguientes elementos: 1) los aerogeneradores que actualmente llevan incorporado generalmente su propio centro de transformación, 2) la infraestructura eléctrica de media tensión que conduce la electricidad de cada aerogenerador al centro de interconexión, 3) el centro de interconexión y control de los aerogeneradores que puede estar en la misma subestación 4) la línea de conexión (habitualmente a 20 o 30 kW) del centro de interconexión con la subestación eléctrica, 5) la subestación eléctrica de transformación de media a alta tensión para la evacuación de la electricidad producida, 6) la línea de evacuación e interconexión con el sistema eléctrico general y las instalaciones auxiliares y complementarias (estaciones meteorológicas, sistemas de puesta a tierra, accesos)".

ISSN 2036-7821

calificación expresa de los parques eólicos como BICE en las normas reglamentarias, pues pueden subsumirse en la categoría que establece el art. 8.2 LCI de bienes destinados a la producción de energía eléctrica[17].

3.2.3. *Elementos integrantes de los* BICES.

La regulación de los BICES ha introducido una importante novedad con respecto a la regulación anterior de los bienes inmuebles. De modo general, en la delimitación de los elementos que forman parte de los bienes inmuebles, rústicos y urbanos, el art. 7.4 b) LCI excluye expresamente a la maquinaria y el utillaje. Recordemos que, en la interpretación de este precepto, los tribunales incluyen en la base imponible del IBI el valor de instalaciones (podrán también denominarse maquinarias) que forman parte inseparable del edificio en el que se sitúan; por el contrario, solo quedan fuera de la base imponible del IBI las maquinarias que se encuentran en el edificio pero que tienen un uso independiente del mismo. Sin embargo, la LCI introduce una importante diferencia entre los BICES y los demás bienes inmuebles, cuando establece que en la valoración de los BICES se incluye el valor de la maquinaria instalada en ellos. Así la LCI contiene una regla especial para la valoración de los BICES, recogida en el art. 8.3 LCI: "A efectos de la inscripción de estos inmuebles en el Catastro y de su valoración no se excluirá la maquinaria integrada en las instalaciones, ni aquélla que forme parte físicamente de las mismas o que esté vinculada funcionalmente a ellas".

La aplicación de estos preceptos a los parques eólicos ha sido analizada especialmente por la SAN de 15 de julio de 2010.

Los recurrentes del caso plantearon la posible inconstitucionalidad del precepto por ir contra el principio de igualdad (dado que en los BICES se grava la maquinaria que queda excluida en otro tipo de bienes).

También alegaban la lesión del principio de capacidad económica, pues el impuesto se aplica a los bienes inmuebles y la regla de valoración de los BICES hace que el IBI se aplique también a la maquinaria, que es bien mueble.

La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo ya habían respondido estos argumentos en sentencias sobre valoraciones de BICES de otra naturaleza[18]. Así el

[17] SAN de 28 de septiembre de 2010, F. J. 4º: "El hecho de que la STS de 30 de mayo de 2007 un pronunciamiento anulatorio del inciso del artículo 23.2 Grupo A.A.1 del Real Decreto 417/2006 de 7 de abril no implica que deba realizarse por parte del titular de la potestad reglamentaria un pronunciamiento expreso y positivo en orden a la inclusión de los Parques Eólicos dentro de la categoría de bienes inmuebles de características especiales. (…) La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2010 que señala que "la Ley del Catastro Inmobiliario no contiene ninguna referencia expresa a los aerogeneradores de forma individual ni a los parques eólicos, en su conjunto, aunque pueden incluirse en el apartado general de los destinados a la producción de energía eléctrica, si cumplen los requisitos que justifican esta categoría de bienes". No puede hablarse por tanto de que la calificación de los parques eólicos como BICE suponga una aplicación analógica de las normas tributarias". Argumentos reiterados en otras muchas sentencias; por ejemplo, véase SAN 30 de enero de 2012, F. J. 3º.

ISSN 2036-7821

Tribunal Supremo ya había resuelto este punto en varias sentencias referidas a refinerías de petróleo (STS de 1 de febrero de 2002 y otras posteriores): el art. 62.b.1 LRHL trata de gravar toda clase de construcciones en sentido amplio, comprendiendo, "las instalaciones industriales integradas en los complejos correspondientes y en general cuantas otras instalaciones sirvan para satisfacer adecuadamente el uso industrial al que estén adscritas".

El Tribunal Supremo considera coherente la regulación del art. 62.b.1 LRHL con el concepto de bien inmueble recogido en el art. 334.3 del Código civil, según el cual es inmueble: "Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto" y en el número 5 del mismo artículo: "Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurran a satisfacer las necesidades de la explotación misma".

En otras sentencias posteriores el Tribunal Supremo ha precisado aun más el significado del término <instalaciones> para dilucidar cuáles forman parte de los BICES. Así, en el caso de valoración de una central eléctrica, resuelto por la STS de 23 de febrero de 2011, los recurrentes pretendían que se excluyera de las instalaciones toda maquinaria que formara parte de ellas, basándose en la posibilidad de una diferenciación total entre los elementos que constituyan maquinaria y los que constituyan instalaciones. El Tribunal Supremo rechaza esta pretensión alegando que, en el caso de las instalaciones, también la maquinaria forma parte ellas. Así señala que las instalaciones necesitan tanto de las máquinas como del utillaje y no es posible la existencia de instalaciones sin máquinas ni utillaje[19].

De esta forma el Tribunal Supremo reconoce que los BICES son una nueva categoría de bienes inmuebles, en los cuales el tratamiento de la maquinaria difiere del régimen que tiene en el resto de bienes inmuebles, pues los BICES se caracterizan, entre otras cosas, por integrar en ellos instalaciones, de las que también forma parte la maquinaria[20].

---

[18] Cfr. SAN, de 19 de noviembre de 2009, sobre las presas y embalses. Cfr. STS, de 1 de febrero de 2002, sobre refinerías de petróleo.

[19] STS de 23 de febrero de 2011, F. J. 4º: "Según el Diccionario de la Real Academia el término instalación en su segunda acepción significa: "Conjunto de cosas instaladas", lo que demuestra que en el término instalación se comprende algo más que las meras estructuras de algo. Por lo que se refiere a la maquinaria la tercera acepción alude al "mecanismo que da movimiento a un artefacto", lo que está aludiendo a un mecanismo "incorporado" a un artefacto. Con respecto al utillaje se caracteriza por ser el "conjunto de útiles necesarios para una industria". De estas definiciones gramaticales se infiere la idea de que las instalaciones no son ajenas, sino que necesitan, tanto de las máquinas como del utillaje. Conclusión que se opone a la tesis del actor que incompatibiliza las instalaciones, de un lado, con las máquinas y utillaje, de otro, pues no parece posible la existencia de instalaciones sin máquinas y utillaje".

[20] STS de 23 de febrero de 2011, F. J. 5º: "Ya en nuestra sentencia de 30 de junio de 2010, decidiendo la impugnación del Decreto 1464/2007, de 2 de noviembre afirmábamos: "Es evidente que la concepción de los

ISSN 2036-7821

Sobre estos argumentos, pero referidos a los parques eólicos, la Audiencia Nacional considera (SAN de 15 de julio de 2010, F. J. 8º) que la diferencia de criterios para delimitar los BICES y otros bienes no lesiona los principios constitucionales, pues las situaciones comparadas no son iguales y la inclusión de la maquinaria como parte integrante del inmueble es coherente con el concepto de bienes inmuebles dado por el Código civil.

De esta manera la Audiencia Nacional concluye, en la sentencia de 15 de julio de 2010 –aunque sin hacerlo totalmente explícito en el texto-, que los dispositivos o elementos de un aerogenerador o un parque eólico constituyen en su conjunto una instalación que forma parte integrante de un bien inmueble de características especiales[21].

En el mismo sentido se expresa, aunque de modo más claro que la Audiencia Nacional, la STSJ Castilla y León, de 15 de marzo de 2011, F. J. 20º.

Analizando los preceptos legales antes transcritos concluye: "El hecho de que sea un conjunto complejo e indivisible para su funcionamiento es lo que le confiere la condición de BICE. La maquinaria es parte constitutiva del inmueble pues sin su existencia no existiría el propio BICE".

Esta sentencia también hace alguna otra observación interesante: sobre el concepto general de bien inmueble "el legislador puede efectuar diferencias o introducir matices a la hora de delimitar el concepto a fines tributarios".

Se indica asimismo que la inclusión de ciertos elementos necesarios para la actividad industrial, en la delimitación de las centrales hidroeléctricas, ya se producía con la normativa anterior a la regulación de los BICES. El TSJ Castilla y León añade, ya en relación con los parques eólicos que: "En este sentido puede precisarse que el legislador ha optado en la actualidad por incluir en el concepto de bien inmueble que nos ocupa, así como en su valoración catastral, no toda maquinaria incluida en este tipo de instalaciones, sino únicamente la esencial e indisolublemente unida a las mismas".

En la aplicación del IBI a las instalaciones de energía renovable se obtienen las siguientes conclusiones:

- Las instalaciones son BICES.
- En la valoración del bien inmueble se incluye la maquinaria que contienen.

BICES establecida en el apartado primero del artículo octavo de la LCI en conexión con lo dispuesto en su apartado tercero: <A efectos de la inscripción de estos inmuebles en el catastro y de su valoración no se excluirá la maquinaria integrada en las instalaciones, ni aquélla que forme parte físicamente de las mismas o que esté vinculada funcionalmente a ellas>, conforma una nueva categoría con respecto a lo que hasta ahora eran los bienes inmuebles, categoría que incorpora a los mismos la maquinaria que se integra en las instalaciones de esos bienes".

[21] Cabe señalar que los mismos razonamientos fueron seguidos por la Audiencia Nacional en la sentencia de 19 de noviembre de 2009 (F. J. 6º) si bien en este caso referida a las presas y embalses de agua.

ISSN 2036-7821

- Se aplica una tarifa de gravamen más elevada que la que se aplica a los demás bienes inmuebles, rústicos y urbanos.

4. *La calificación en los impuestos sobre la transmisión de los bienes*.
Se deben diferenciar en primer lugar las transmisiones realizadas *inter vivos* de las realizadas *mortis causa*.

4.1. *Transmisiones onerosas*.
Las transmisiones *inter vivos* pueden ser realizadas por empresarios, que están sujetas a Impuesto sobre el valor añadido (IVA), o bien por no empresarios, que están sujetas a Impuesto sobre transmisiones patrimoniales (ITP).

4.1.1. *IVA*.
En principio todas las trasmisiones de instalaciones de energía renovable están sujetas a IVA y no a ITP, pues siempre las realiza un empresario. El instalador de las estructuras es siempre empresario, a efectos de IVA. Si la transmite posteriormente el propietario de los elementos ya instalados y en funcionamiento, este propietario se considera también siempre empresario porque realiza una actividad productiva.
La calificación de las instalaciones de energía renovable como bienes inmuebles tiene relevancia en varios puntos de la aplicación de este impuesto. El criterio para determinar si se deben calificar como bienes inmuebles a efectos de IVA se contiene en el art. 6 de la Ley 37/1992 del IVA: "Uno. A los efectos de este Impuesto, se considerarán edificaciones las construcciones unidas permanentemente al suelo o a otros inmuebles, efectuadas tanto sobre la superficie como en el subsuelo, que sean susceptibles de utilización autónoma e independiente. Dos. En particular, tendrán la consideración de edificaciones las construcciones que a continuación se relacionan, siempre que estén unidas a un inmueble de una manera fija, de suerte que no puedan separarse de él sin quebranto de la materia ni deterioro del objeto."
En la aplicación de este precepto la Administración española distingue dos posibilidades: las placas solares que pueden ser desmontadas para su ubicación en un lugar diferente de su emplazamiento original -en cuyo caso no las considera edificaciones- y la transmisión de la totalidad de los elementos que componen un parque solar -caso en que sí les da el tratamiento de edificaciones-.
El criterio para el primer caso se expresa en la contestación a la consulta V0069-09, de fecha 19 de enero de 2009, que se refiere a una entidad mercantil titular de instalaciones solares fotovoltaicas (placas solares) incluidas dentro de un parque solar, titular de un derecho de superficie sobre los terrenos que ocupan y que realiza el mantenimiento y gestión integral de las placas solares.
Una contestación más completa, conteniendo ambos casos, se da en la consulta V0271-12, de fecha 8 de febrero de 2012, según la cual: "Es criterio de este Centro

ISSN 2036-7821

Directivo que las placas solares, que pueden ser desmontadas sin menoscabo o quebranto para su ubicación en un lugar diferente de su emplazamiento original, no tienen la consideración de edificación a efectos del Impuesto. Sin embargo, la totalidad de los elementos que componen un parque solar, incluidas, entre otras, las instalaciones fotovoltaicas (placas solares), líneas de conexión o evacuación de la energía producida, centros de entrega y transformación de energía, y las líneas de conexión de generación, tendrán, conforme al supuesto reproducido, la consideración de edificación." Este criterio se reitera en la contestación a la consulta del contribuyente de 30 de octubre de 2017 (CV 2798-17).

Criterio similar se establece para los aerogeneradores.

En la consulta V1921-09, de 1 de septiembre de 2009 se contesta a una empresa que realiza actividades de intermediación en la compraventa de aerogeneradores usados y también desmontaje cuando el aerogenerador puede reutilizarse o demolición cuando solo puede ser utilizado como chatarra. En ella se dice: "De acuerdo con la doctrina de este Centro directivo (consultas de 16-05-2002, nº 0731-02 y de 30-03-2004, nº 0837-04), los aerogeneradores tienen la consideración de bienes inmuebles. En consecuencia, se pone de manifiesto que los aerogeneradores, que constituyen instalaciones especiales para la producción de electricidad y que se encuentran unidas al terreno donde se cimientan de forma fija constituyen una edificación a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante lo anterior, los elementos que conforman un aerogenerador una vez desmontado o demolido el mismo, considerados de forma independiente o en su conjunto, no tienen la consideración de bien inmueble ni, consecuentemente, una edificación."

La consideración como inmuebles de los parques eólicos y solares tiene una importante consecuencia en la liquidación del IVA, pues le resulta aplicable la exención a la segunda transmisión del bien inmueble (art. 20.Uno 22 ley de IVA). Esta exención produce la sujeción a ITP. Si bien se puede renunciar a la exención, pagando IVA en vez de ITP. Por el contrario, a la placa solar desmontada, bien mueble, se le aplica siempre IVA, sin posibilidad de exención.

Por otra parte, la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial está exenta de IVA (art. 7.1 ley IVA). Pero en el caso de los parques eólicos o solares la exención no se aplica en caso de trasmisiones solamente de placas solares o aerogeneradores, sino que se precisa la transmisión del conjunto de elementos y servicios comunes del propio parque solar y, asimismo, de un soporte técnico-administrativo suficiente. Este criterio se expresa en las contestaciones de la Dirección General de Tributos de España a consultas de contribuyentes de 19 de enero de 2009 (CV 0069-09) y de 30 de octubre de 2017 (CV 2798-17).

4.1.2. *ITP*.

ISSN 2036-7821

La calificación jurídica de los bienes sujetos a ITP se realiza según lo dispuesto por el Código Civil o, en su defecto, el Derecho Administrativo. Por tanto, se aplican los mismos criterios ya expresados en la aplicación de IBI, por aplicación del Código civil y de la LCI.

Las transmisiones de instalaciones de energía renovable, consideradas como inmuebles, están generalmente sujetas a IVA no están sujetas a ITP. Pero las que quedan sujetas a ITP son las siguientes:

- La segunda transmisión de las instalaciones, cuando no se renuncie la exención de IVA.
- La transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial está exenta de IVA y también de ITP. Pero en este caso se grava por ITP la transmisión de inmuebles del patrimonio empresarial (art. 7.5 ley de ITP, Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre).
- La transmisión de acciones de una sociedad está exenta de IVA y de ITP. Pero si el 50% de los bienes de la sociedad son bienes inmuebles, la transmisión de estos bienes, realizada a través de la transmisión de acciones de la sociedad, está gravada por ITP, según el art. 118 de la Ley del mercado de valores (Ley 24/1988 de 24 de julio).

4.2. *Transmisión gratuita*.

La transmisión gratuita de bienes, tanto *mortis causa* como *inter vivos*, está gravada por el Impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD).

Para reconocer la existencia de bienes inmuebles, a los efectos de esta ley, se aplican los mismos criterios, ya expresados, del Código civil y de la LCI. Por tanto, los huertos solares y parques eólicos tienen la consideración de bienes inmuebles.

La calificación de estos bienes como inmuebles tiene consecuencias en la determinación del lugar de la donación. En el caso de donaciones de bienes inmuebles, se considera realizada en el territorio de la Comunidad Autónoma donde estén situados. Por tanto, se aplica la normativa de esta Comunidad y se paga en dicha Comunidad.

En caso de donaciones de bienes muebles, la donación se entiende realizada en el lugar de residencia de quien recibe la donación. La aplicación de estos criterios se constata en las contestaciones de la Dirección General de Tributos a consultas de contribuyentes de 30 de octubre de 2017 (CV 2798-17) y de 6 de noviembre de 2018 (CV 2880-18).

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il rapporto funzionale tra il diritto allo studio (e/o all'istruzione) e la contestuale previsione della "libertà di insegnamento" può ancora alimentare profili problematici se non si procede, ancora una volta, alla "ricomposizione" sistematica dei valori fondanti la Costituzione, la quale a sua volta può svelare la ratio giuridica della disciplina adottata dai Costituenti.

di Giuseppe Palma

(Università Telematica "Pegaso" - Professore Emerito di Diritto Amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza "Federico II")

Sommario

1. Prologo; 2. Brevi riferimenti all'ampia discussione tenuta nella Commissione Parlamentare di esame del progetto di Costituzione in preparazione dell'adozione di questa ad opera dell'Assemblea Costituente; 3. Fissati i presupposti giuridico-storici si ritorna in tema di istruzione; 4. Brevissima conclusione

Abstract

It is easy to understand how he writes the term just used, perfectly fitting for the long discourse that the theme referred to in the title suggests and requires, a long illustrative itinerary which, to whom has been suggested by having repeatedly returned to the interpretative methodology of individual provisions adopted, not without difficulty, by the Constituent Assembly. And it is equally understandable that difficulties are well explained if we consider that having not registered a classic "revolution" in which a "party" has achieved a clear "majority", if anything with the explanation of general violence, the Constitution has in any case intended the regime of "democratic republic" using the equally "democratic" methodology, which therefore was ultimately exercised while retaining part (if not all) of the instrumentation historically consolidated in the previous liberal parliamentary regime (the profile will be better discussed later)

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Prologo.

Si può agevolmente comprendere come il termine testè impiegato calza perfettamente per il lungo discorso che la tematica di cui alla intitolazione consiglia e richiede, un lungo itinerario illustrativo che, a chi scrive, è stato suggerito dall'essere in più occasioni ritornato sulla metodologia interpretativa delle singole disposizioni adottate, non senza difficoltà, dall'Assemblea Costituente.[1] Ed è altrettanto comprensibile che tali difficoltà sono ben spiegabili qualora si consideri che non essendosi registrata una classica "rivoluzione" nella quale una "parte" ha conseguito una netta "maggioranza" semmai con la esplicazione della generale violenza, la Costituzione ha comunque inteso adottare il regime di "repubblica democratica" impiegando la metodologia altrettanto "democratica", la quale perciò in definitiva è stata esercitata conservando parte (se non tutta) la strumentazione storicamente consolidatasi nel regime precedente di parlamentare liberale (il profilo sarà meglio argomentato in seguito).

Qui vanno subito messi in netta evidenza i motivi per i quali si porta l'attenzione sul settore della "cultura" in quanto è innegabile che l'istruzione risulta ad essa collegata da un rapporto funzionale; in proposito va fatto notare che se l'istruzione fosse stata concepita come acquisitiva di un singolo "patrimonio" individuale, senza alcun riflesso sull'intera "società", peraltro popolo sovrano, sarebbe stata più che sufficiente la mera previsione di istituire le scuole, in conseguenza diventerebbe ancora più problematico spiegare la lunga discussione svoltasi in Assemblea sulla previsione delle scuole istituite da privati.

Occorre ancora premettere, a scanso di dubbi ed equivoci, che la tematica in questa sede ritagliata è innegabile che rientri nell'area della cultura amministrativa non solo perché chi scrive è fedele alla chiave adottata da moltissimo tempo secondo cui la p.A. è la Costituzione in azione, ma anche perché è di evidenza assoluta che spetta sempre e comunque all'apparato amministrativo interessato agire anche nell'istituzione scolastica; anzi conviene spendere qualche ulteriore considerazione sotto quest'ultima prospettiva ed a tal fine si sottolinea come l'attuazione delle "leggi" spetta alla p.A., la quale per tal ragione opera nella società e per la società, e pertanto nell'applicazione di una legge deve tendere tra le varie interpretazioni possibili, specialmente quando tale applicazione è di essenza tecnica (e lo sarà sempre più), ad attuare quella che più aderisce (nel più stretto nucleo della valutazione discrezionale) al "valore" costituzionale che la stessa legge persegue (se mai implicitamente) altrimenti verrebbe meno al rispetto della "imparzialità" ed al principio di "essere all'esclusivo servizio della Nazione" (= società).[2]

[1] Cfr. da ult. G Palma, Studi sul "distinto" apparato di Amministrazione pubblica, Giappichelli Editore, 2020, passim; ma già Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà, Napoli 1971 ed ora ristampa per i tipi della Giappichelli Edizione 2019; nonché Itinerari di diritto amministrativo, Cedam 1998

[2] Sul punto si richiamano i lavori citati nella precedente nota

ISSN 2036-7821

D'altro canto se non fosse così si sarebbe lasciato in vita il vecchio regime statutario.
Chiusa questa premessa e ritornando sulla dimostrazione del tema appare opportuno ricordare come già nell'antichità (abbastanza remota) il tema della "cultura" nella sua complessiva composizione si è posto in risalto poiché "influendo" sulla società finiva per modificare lo stesso clima politico, e se ne fornisce una prova: si legge nel "Diritto pubblico e privato del Regno delle due Sicilie" (di C. Marini, Napoli 1853) "*e per ferma, la costituzione di un popolo non è che l'espressione dei suoi bisogni, dei suoi desideri, dei suoi costumi, delle sue abitudini, delle sue tendenze, delle sue virtù*" e (per abbreviare a pagina 195) parlando dei componenti del Popolo scrive che "*essi non si appagano di un arbitrio stretto ma bramano di essere governati da leggi di un Principato dolce largo e civile, cui da tre secoli aspirano senza interruzione come lo prova la storia... ed ora divenuta imperiosa necessità…. nelle arti belle, nella letteratura*", in altri termini nella "cultura" che determina il grado di civiltà del popolo; il che ha indotto alcuni studiosi a formulare il principio che la "cultura anticipa e giustifica la politica".[3]
Ed è interessante ricordare che, ancor prima, nel 1200, il punto del discorso di cui è parola lo si riscontra anche nel regime politico di Federico II di Svevia, non sottacendo che dell'influsso esercitato sulla civiltà dell'Italia meridionale se ne parla poco.
Ad ogni modo Federico II è definito come un sovrano di ampia cultura, definito un "rinnovatore", e si ricorda che istituì scuole di arti liberali e di ogni approvata scienza avendo chiamato maestri, e si ricorda anche che fu un precursore di idee e posizioni politiche, anzi va anche ricordato che istituì l'Università di Napoli, la prima università di istituzione statale.[4] Ai presenti fini si fa notare che tale istituzione sarebbe stata decisa per limitare l'influenza esercitata dall'Università di Bologna da più tempo esistente, a favore del papato, cosicché quella di Napoli assunse il compito di esercitare la sua funzione "laicamente" a sostegno della politica di Federico II; con ciò si svela ancora una volta come "la cultura" si radica a volte occultamente in esigenze politiche e finisce per essere alla fine politicamente condizionata. Una tale concezione ha una origine antichissima ed un lungo percorso ininterrotto, cosicché il rapporto funzionale tra la cultura sociale e la politica deve riconoscersi di conseguenza e chi si dedica alla ricerca storica non può obliterare di esercitare la sensibilità per un tale aspetto, rendendo così viva la storia, e non corre il rischio che i risultati ottenuti diventino dati di archivio.
Fin qui si è cercato di "calibrare" il collegamento del fattore funzionale di cui è parola nel titolo, però il fine è anche di introdurre un differente tipo di argomentazioni che

[3] Cfr. E. Chiti, G. Gardini, A. Santulli, Unità e pluralismo culturale, Firenze University- Press, 2016 passim; in esso Giuseppe Palma, Cultura politica legislativa una tonalità paradigmatica della nostra lunga storia del diritto amministrativo, 417 e ss

[4] Cfr P. Racine, Federico II di Svevia, Giuffrè Edizione 1998, passim

ISSN 2036-7821

intendono assumere il ruolo di presupposti logici, sui quali si ritornerà. Non pare che si possa evitare di rilevare in senso negativo il dilagante metodo di "codicillare" una singola disposizione costituzionale senza interrogarsi come si inserisce nella complessa trama della Carta e su ciò chi scrive è stato sempre più convinto.
Il profilo sarà meglio illustrato più avanti dove si chiariranno le "cause" di un tale consolidato orientamento della scienza giuridica. Per ora si prova ad individuare la "nascita" di un siffatto equivoco e si ricorda come la prima pubblicazione divulgativa della Costituzione fu data alle stampe nel 1948 con il titolo "La Costituzione italiana illustrata con i lavori preparatori", in cui i lavori "preparatori" consistevano nei lavori di adozione ad opera dell' Assemblea Costituente, ma si sarebbe dovuto anche precisare che "i lavori preparatori" erano ben più ampi e complessi in quanto diretti a predefinire il "progetto di Costituzione", laddove in Assemblea, come effetto non dichiarato del "compromesso" raggiunto nella sede della redazione del progetto, ci si soffermò a "definire" meglio i "vocaboli" da inserire nel tessuto dispositivo (soprattutto), nel tentativo di escludere e/o cancellare quelli più "pericolosi" per i vari orientamenti politici (partiti), come chi scrive rilevò negli anni '70 [5], anzi sostituendoli con "vocaboli" più o meno noti nella scienza giuridica in quanto già impiegati nell'ordinamento ereditato e perciò già vigente.
In conclusione, ogni disposizione era inserita nel testo adottato e corredato dalle opinioni espresse nella discussione determinante tale testo. E ciò soprattutto prima che la Costituzione fosse stata oggetto di approfondimento da parte di autorevoli studiosi.
Anzi si ricorda ancora il volume pubblicato con la "Prefazione" di V.E. Orlando, il quale, pur avendo partecipato alla approvazione del progetto e con una pregressa esperienza politica, osannò la pubblicazione sottolineando che le singole disposizioni dovessero essere correttamente interpretate appunto alla luce della "*volontà del legislatore*" (l'espressione è di chi scrive). È vero che trattavasi di una prefazione, pur tuttavia scriveva che *"nel caso della recente Costituzione approvata in Italia dall'Assemblea Costituente mancò del tutto la prima fase preparatoria (in altri casi così formidabile: si pensi ai Codici) e si può anzi affermare che manca ogni progetto iniziale. In questo senso io dissi una volta che la redazione di questa Costituzione può considerarsi un "miracolo". Certo trattasi di un documento legislativo discusso ed approvato da una "Assemblea parlamentare" ", non ci si può attendere alla formazione di una unità spirituale e intellettuale da riferirsi... Non si può dire che l'assemblea determinasse un senso di attenzione dalla discussione riservandola solo ai tecnici come suole avvenire normalmente nella discussione dei Codici…. Vede ognuno facilmente da sé come qui non si tratti soltanto di quel mezzo ordinario di interpretazione che cerca di avvicinarsi a quello che fu il pensiero del legislatore ma di mettere*

[5] L'opera cit., redatta dalla Segreteria generale della Camera dei deputati, Roma, Colombo, 1948

ISSN 2036-7821

insieme quegli elementi attraverso i quali stabilire come si fosse formato un pensiero del legislatore ".[6]

Dopo l'esposizione della parte destruens si poteva mai attendere un ripensamento e mettere a fuoco che l'insieme delle disposizioni fossero parte di un organica unitaria Carta costituzionale, che, sebbene con i limiti che sono stati rilevati in seguito, costituisce un sistema funzionale organico e non un semplice Codice, certamente no, cosicché un tale orientamento, sia pure in parte corretto di per sé, è stato interpretato e seguito come l'unico adottabile, vale a dire la interpretazione della Costituzione può essere "spezzettata" articolo per articolo, come una semplice norma di legge ordinaria della quale si era recisa la sua maggiore forza regolatrice, vale a dire il suo procurato distacco dalla Costituzione (ciò quantomeno in via di fatto) e si entra così in una sorta di afasia politica.

In proposito di interpretazione di una (mera) disposizione di legge era stato già avvertito (da V. Scialoia)[7] che "*oggi stante le vedute correnti sul metodo delle scienze giuridiche, la esegesi potrebbe sembrare una forma sorpassata..... tale metodo, quando non si riduca a ripetizione o illustrazione banale della parola della legge, quando appaia al contrario visione viva e penetrante del pensiero del legislatore nella sua genesi e nella sua positiva esplicazione è sempre un ottimo strumento di indagine giuridica. L'esegesi non si oppone sostanzialmente alla sistematica cognizione salvo che per insufficienza dell'esegeta non si perdano di vista, dietro la singola e minuta disposizione, dietro gli elementi particolari e secondari, del pensiero legislativo, i principi giuridici nella loro essenziale unità..... i metodi del resto intesi nel senso elevato di indirizzi logici della scienza..... hanno soltanto portata pratica o se si vuole didattica*".

E questa impostazione, da condividersi ancora attualmente, costringe a porsi l'interrogativo relativo alla esegesi di una disposizione "legislativa-costituzionale" se proprio per evitare un tale inconveniente non sia necessario risalire alla prospettiva dalla quale si è mosso il "potere costituente" nell'avere concepito la disposizione e questa prospettiva occorre rinvenire nella logica (= principi) giuridico-politica (ideologica) sulla quale si articola l'intera Costituzione; specialmente attualmente in cui si consiglia di abbandonare una vaga metodologia positivista per approfondire la

[6] E da porre in risalto come V.E. Orlando si era espresso in termini pressapoco analoghi durante i lavori della Commissione parlamentare di redazione del progetto di Costituzione, infatti nella seduta del 23 aprile 1947 in La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Camera dei deputati, Segreteria generale volume II , si legge "Ora positivamente una Cost. è una legge (la qual cosa spesso mi pare, si è dimenticato nella discussione di questa nostra Assemblea) una legge -dico- sia pure di un ordine superiore, sia pure una super-legge, ma è sempre una legge. Ebbene, una legge deve avere per contenuto un comando, tu puoi fare una cosa... si rileva addirittura inapplicabile in tutta la sua estensione che non servono a niente.... occorre fare.... bisogna cioè non invadere il campo della legislazione futura anche da un punto di vista democratico. È giusto che sia così.... noi a cui è affidata l'elaborazione della Costituzione... possiamo pretendere di invadere sin da ora quello che dovrà essere il campo della legislazione da venire?

[7] Cfr. in G. Sabbatini, Commento alle leggi sulle espropriazioni per pubblica utilità, 3° Ed., Unione tipografica Torino 1913, nella prefazione di V. Scialoja

ISSN 2036-7821

relativa conoscenza interrogando le basi storiche, filosofiche, sociologiche (Brutti), in una nella cultura sociale, peraltro destinataria della applicazione della disposizione soggetta all'esegesi.
D'altro canto è da condividersi quanto autorevolmente espresso (M.S. Giannini) che la Costituzione va studiata contestualmente al suo divenire (e quindi al divenire della cultura della società, si può aggiungere al suo grado di evoluzione).
Una tale problematica, sulla quale si ritornerà più ampiamente, a chi scrive appare che sia ancora un ultimo frutto del "compromesso" consentito nella situazione esistente al momento della elaborazione della Carta e soprattutto nella elaborazione dell'originario progetto di essa, che non viene più ricordato, in cui il tasto viene continuamente posto, più fortemente, sul valore costitutivo del nuovo ordinamento del potere legislativo, non favorevole all'adozione di una Costituzione relativamente modificabile (al contrario dell'esistente Statuto), come se fosse sottinteso che parte dell'orientamento politico partecipante mirava più ad introdurre le necessarie (e/o opportune) modifiche all'ordinamento vigente mediante le leggi ordinarie, appannaggio della politica presente nel Parlamento, per natura più docile ai reali orientamenti in via di consolidamento, in conclusione l'obiettivo messo maggiormente a fuoco nella elaborazione del progetto era, per così dire, il favore prestato al potere legislativo.
Per fornire un solo esempio si legga la discussione in tema di istituzione e di relativa previsione di un'autorità che potesse "cancellare" una legge perché emessa dal Parlamento in violazione della Carta (sul tema chi scrive si è già trattenuto altrove), la discussione svolta segue nelle sue linee generali l'analoga discussione svolta in dottrina nel clima politico esistente sotto il regime statutario, come è dato leggere nel commento allo Statuto di Racioffi e Brunelli,[8] nella quale tra le varie soluzioni prospettabili, si concluse che "*in Italia qualsiasi legge è legale o sia costituzionalmente valida e inattaccabile perché tutte le leggi emanano da quello stesso organo il quale può legittimamente modificare, abrogare, sospendere a sua posta le norme della Costituzione*", ed in conseguenza pur in ragione di motivi giuridicamente consistenti (ma non è il caso di elencarli) per alcune forze politiche anche in occasione della redazione della Costituzione della Nuova Repubblica l'istituto "legge" conserva una certa idolatria. Chi scrive si pone l'intento di svelare se un tale clima non continui a influenzare il metodo di interpretazione di una singola disposizione costituzionale ancora attualmente.

2. Brevi riferimenti all'ampia discussione tenuta nella Commissione parlamentare di esame del "progetto di Costituzione" in preparazione dall'adozione di questa ad opera dell'Assemblea Costituente.

[8] Unione Tipografica Torinese, 1909, volume III, pagina 442 ss

ISSN 2036-7821

La brevità dei riferimenti è dettata e soprattutto consigliata in considerazione sia del fatto che i lavori di riferimento occupano innumerevoli pagine di verbali[9], sia soprattutto in ragione del convincimento maturato da chi scrive che il tono (per così dire) della Carta costituzionale infine adottata dalla apposita Assemblea risulta in buona parte "maturato" proprio ad opera dei lavori della citata Commissione, ed è inspiegabile che detti lavori siano stati quasi del tutto obliterati dopo l'approvazione e l'entrata in vigore della Costituzione.

A volte sono da leggere alcune osservazioni critiche in ordine, ad esempio, ad alcuni "vuoti" rilevati nella disciplina costituzionale, ad alcuni "silenzi", ad alcune imprecisioni (come per esempio la mancata definizione delle libertà concesse, se sono o meno libertà dallo Stato e quindi negative con colorito giusnaturalistico o meno, ecc.) ma non ci si avvede che molte linee tonali hanno origine proprio nei lavori di preparazione della citata Commissione. Anzi va maggiormente messo in risalto che la suddetta Commissione era formata, ancorchè con il rispetto del principio proporzionale, dai rappresentanti di ben dieci differenti gruppi politici, quindi con differenti orientamenti di natura politica, in conseguenza in un clima siffatto è stato difficile trovare sempre un unanime accordo con la conseguenza intuibile che i relativi lavori si definivano sull'implicito "**compromesso**" non sempre tacito (si legge infatti una siffatta dichiarazione: non posso aderire perché non condivisa dal gruppo che mi ha nominato); un compromesso che semmai veniva accettato al fine di raggiungere comunque lo scopo di fissare certi valori sia pure in termini **emblematici**, con semplici dichiarazioni di tono apparentemente letterario pur di perseguire il fine di mettere a dimora alcuni valori ideologici stimati essenziali da alcuni e dall'opposto schieramento accettati, purché l'accenno lasciato potesse consentire, perlomeno così auspicato, un'attuazione più favorevole alla propria visione politica, in conseguenza si consolidava il convincimento nella "potenzialità" del successivo potere legislativo-parlamentare (il punto risulta già accennato più sopra).

Va chiarito tempestivamente che chi scrive richiama l'attenzione sul "compromesso" senza alcuna argomentazione negativa poiché un tale atteggiamento farebbe inorridire gli scienziati della filosofia della politica, ritiene per contro che esso è del tutto fisiologico e quindi pienamente comprensibile sul piano politico in quanto è insito nella logica della dialettica politica procedere con compromessi, perlomeno in un regime che garantisce la libertà della istituzione dei partiti politici.

In conseguenza nella presente sede ci si limiterà a ricordare e porre in risalto i tratti (a così dire) topici dell'intera ampia discussione, i quali siano idonei a intuire (e/o sospettare) l'emergere, al di sotto del complessivo intervento, l'aleggiare dello

[9] Tali verbali sono pubblicati nei primi tre volumi della già citata.: La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori

ISSN 2036-7821

spirito compromissorio. E' bene anche esprimere che una tale esposizione sottende la necessità maturata che un siffatto ripensamento funditus sembra essere richiesto (se non imposto) dall'attuale "distanziamento" dalla cultura costituzionale soprattutto da parte della politica in cerca di un nuovo "riposizionamento".

Per penetrare la viva materia si fa riferimento al discorso con il quale il Presidente della Commissione (Ruini) presenta il progetto redatto, sulla scorta di studi preliminari, ed afferma che "*occorre costruire nell'ordinamento repubblicano alcune mura solide non sul vuoto o sull'incerto, ma tali che possono servire, se occorre, alla continuità dell'edificio senza sbarrare la strada alle conquiste dell'avvenire. La Costituzione deve essere più che possibile breve, semplice e chiara tale che tutto il popolo la possa comprendere*. Sono le parole con le quali la Commissione tracciò "la via". "*Vero é che non si può tornare al profilo semplice e scarno dello stato di un secolo fa, lo sviluppo delle sue nuove funzioni ha portato con sé la "dilatazione " dei testi costituzionali. È vero che la Costituzione non può essere un programma (così Stalin). Non può ridursi ad una tavola di affermazione e di valori astratti. Non può diventare, con la diffusione particolareggiata che è tipica di alcune costituzioni Sud-americane, un codice di norme che vanno invece in gran parte rinviate alla legislazione ordinaria. Sarebbe desiderabile distinguere…. fra le dichiarazioni dei diritti e dichiarazione di principi e le disposizioni costituzionali vere e proprie. Ma non è possibile una netta distinzione.*

In momenti come l'attuale, dopo l'oscuramento e la compressione violenta delle più elementari libertà, è inevitabile che, nel grande soffio di liberazione che anima il popolo e trascende il mero tecnicismo dell'enorme, si sente il bisogno di far risultare nella Costituzione le rivendicazioni della personalità umana e della giustizia sociale. Ed è nello stesso tempo inevitabile che si cerchi di sottrarre le disposizioni più rilevanti per la vita del paese all'arbitrio di improvvide modificazioni collocandole nella rocca della Costituzione…. (quest'ultima) *si può ricongiungere ai principi ideali in base ai quali risorge e si avvia a forme nuove la democrazia italiana"*, e più avanti in materia di diritti e doveri dichiara che *"fissano i principi generali ispiratori di tutta la costituzione"*.

Alcuni componenti della Commissione rilevavano che la sede più adatta per tutti i principi sarebbe stato un preambolo.

Ciò che soprattutto ha valore è l'unanimità che vi è stata nel porre a base dell'ordinamento e della stessa esistenza della Repubblica, *"principi che regimi tirannici hanno invano tentato di calpestare e di cancellare. Rivivono in una vera democrazia, deve vivificare nel loro spirito"* e più oltre *"La libertà vuol dire responsabilità. Né i diritti di libertà si possono scompagnare dai doveri di solidarietà di cui sono l'altro ed inscindibile aspetto"*.

Non è lecito riferire altro, va solo rilevato che nell'introdurre il tema della "scuola" appare che trattasi di un diritto della persona per utilizzare a vantaggio della società forze che rimarrebbero latenti e perdute, di attuare una vera ed integrale democrazia.

ISSN 2036-7821

Occorre far ritorno nell'alveo della problematica in esame e si richiama l'attenzione sul fatto che l'ipotesi di un "preambolo" veniva scartata dal Ruini per tanti fondati motivi di ordine non solo politici, su essa invece si soffermano molti interventi come quello dell'Onorevole Lucifero (seduta del 4 marzo 1947) secondo il quale, notato che il problema preambolo non era stato nella discussione fino ad allora svolto, insiste sul tema, rimotivando che la *"legge costituzionale con valore normativo dichiara i diritti inalienabili e imprescrittibili dalla persona umana come presupposto e limite legale permanente all'esercizio di ogni pubblico potere, stabilisce i poteri e gli organi della sovranità, determina i modi e le forme necessarie al sorgere di una volontà legale dello Stato"*, più oltre *"intende che l'opera dello Stato sia diretta nelle forme e nei limiti della presente costituzione, a rendere possibile e attive l'una e l'altra per la sempre più felice e giusta convivenza civile."*
Di questo intento parla anche l'On.le Lucifredi (seduta del 26 febbraio 1947)[10] il quale ribadisce la opportunità del "preambolo" muovendo dal ritenere che *"teniamo una nozione tecnico-giuridica del diritto che è come una medaglia. Ha il suo rovescio che è il dovere.....vi sono viceversa nella Costituzione enunciazioni di tendenza di propositi di mete alle quali si vuole arrivare domani. Il che naturalmente renderà necessario non solo la emanazione di apposite norme giuridiche sostanziali ma la conformazione della struttura economico-sociale in guisa che si renda possibile la traduzione in atto di questi principi... Parlarne oggi nella Costituzione come diritto può essere pericoloso per le amare disillusioni cui darebbe luogo di certo...* (invece in un Preambolo) *nel quale potranno trovare sistemazione più adeguata questi principi sono programmatici, queste aspirazioni; …un'altra critica che corre sulle labbra di tutti è quella del "compromesso". Facile critica. In una situazione politica come la attuale, di fronte a forze e così eterogenee, il compromesso è inevitabile dire che è un bene..... La mia aspirazione è che si possa dar vita alla costituzione di tutti gli italiani".*
L'On.le Conte a conclusione del suo intervento (seduta da ultima citata) conclude *"ho la preoccupazione che questo progetto possa ingenerare una grande incertezza nell'ordinamento giuridico. E' questo uno dei mali più funesti che possono affliggere una società civile. Una grande incertezza nell'ordinamento giuridico non solo per modalità del trapasso, di saldature, di sutura con l'ordinamento giuridico esistente, per la necessità che avremo di fare delle leggi complementari senza di che la Costituzione non potrà avere esecuzione. Avremo contrasti tra le leggi attuali e le norme della costituzione e ci dovremo porre e dovremo risolvere questo quesito: le norme dell'ordinamento giuridico attuale che sono in contrasto con le norme della Costituzione o anche con quei tali principi soltanto programmatici e tendenziali dovranno intendersi automaticamente abrogati"* (e più oltre) *"e domando quando domani si cercherà di tradurre in legge non sorgerà necessariamente una*

[10] I gruppi parlamentari erano: La Democrazia Cristiana, Democrazia del lavoro, Partito comunista Italiano, Partito liberale italiano, Partito repubblicano italiano, Partito socialista italiano, Partito socialista dei lavoratori italiani, Unione democratica nazionale; Fronte democratico liberale dell'uomo qualunque; Gruppo autonomistico; Gruppo misto.

ISSN 2036-7821

serie di dubbi, di interpretazioni diverse, di discussioni, di distinzioni che si risolveranno in quelle famose questioni di costituzionalità per cui è dato ad alcune persone di impugnare la legge dinanzi alla Corte Costituzionale ".

L'onorevole Calamandrei risponde alle numerose critiche e preoccupazioni espresse precisando *"questo progetto di Costituzione non è l'epilogo di una rivoluzione già fatta ma è di preludio, l'introduzione, l'annuncio di una rivoluzione nel senso giuridico e legalitario ancora da fare..... per questo il paragone* (con lo Statuto) *non corre perché qui in questa Assemblea non c'è una sola volontà ma centinaia di libere volontà raggruppate in decine di tendenze le quali non sono d'accordo su quello che debba essere in molti punti il contenuto di questa Carta costituzionale.....i giuristi vengono buoni ultimi a mettere i loro cartellini, le loro definizioni su una realtà che vive già per suo conto..... È una costituzione di compromesso molto aderente alle contingenze politiche dell'oggi e del prossimo domani e quindi poco lungimirante..... togliere la paroletta altrui che gli dava noia, in questa contesa di correnti diverse, più che cercare di far prevalere la propria idea …. non si può chiamare in questione del preambolo già sorta davanti..... Voi sapete che nella nostra Costituzione articoli che consacrano veri e propri diritti azionabili, coercibili accompagnati da sanzioni, articoli che disciplinano e distribuiscono poteri e fondano organi per esercitare questi poteri si trova commista una quantità di altre disposizioni vaghe che si annidano... le quali non sono vere e proprie norme giuridiche nel senso preciso e proprio della parola ma solo precetti morali, delle definizioni, velleità, programmi, propositi, magari manifesti elettorali, magari tutti camuffati da norme giuridiche, ma norme giuridiche non sono... nella Costituzione di Weimar* [11] *furono inseriti accanto ai diritti politici di libertà..... questi nuovi diritti che si sogliono denominare "diritti sociali" ma che si accorse poi che essi lasciano inalterata la realtà sociale nella quale essi non avevano rispondenza... rappresentano impegni che il legislatore prende per l'avvenire, direttive, limiti alla legislazione futura e quindi non si può dire che si tratti di disposizioni giuridicamente irrilevanti perché anche se hanno la loro rilevanza giuridica ….. trattasi di direttive sociali e politiche alle quali dovrà ispirarsi la futura legislazione della Repubblica Italiana".* E inoltre dichiarando che *"crediamo che la democrazia potrà realizzarsi in Italia nella misura in cui potrà realizzarsi l'educazione popolare e potrà essere contenuta la democrazia unica irriducibile di ogni educazione. Ripetendo le parole di Mazzini potremmo dire l'educazione è la grande parola che racchiude tutta quanta la nostra dottrina. Il merito principale di questa costituzione è questa: in essa non si parla semplicemente di diritti ma anche di doveri. In questa costituzione troviamo la sintesi tra il principio individuale e il principio collettivo. In questa Costituzione ispirata al sentimento della solidarietà sociale è giustamente riconosciuta la preminenza del fine collettivo sul fine individuale pur affermato in pieno il valore della personalità umana ".*

Per non tediare ulteriormente si pone fine al premesso "assaggio" delle idee, più che delle parole, che attribuiscono alla discussione un elevato tono di sensibilità politica

[11] È inserita nel 1° volume dell'opera sopra citata

ISSN 2036-7821

(soprattutto). E' indubbio che da quanto premesso si possono desumere, se non prove, una notevole serie di indizi concordanti circa le difficoltà del clima esistente, nel quale si è consumato un compromesso tra coloro i quali già prima dell'apposito referendum avevano dimostrato il loro dissenso all'adozione di una Costituzione e che in sede di approvazione del "progetto" tentano di relativizzare l'adozione dei valori fondanti della democrazia militando a favore dell'inclusione in un semplice "preambolo" con la sottesa intenzione di non preventivare una serie di "lacci e lacciuoli" il futuro potere parlamentare (poiché la legge è legge), ma soprattutto per salvare l'operatività dell'ordinamento vigente, il quale in forza dei valori appostati avrebbe subito profondi mutamenti (si consideri ad esempio la disciplina di cui al codice civile,[12] sacro tempio del principio individualistico). Ma l'operazione non sembra essere riuscita, meglio è riuscita in termini più limitati con il risultato che l'adozione dei valori fondanti sono stati comunque contemplati in Costituzione (v. i primi 3 articoli) però in veste per così dire emblematica, abbandonando ogni ulteriore precisazione di contenuto giuridico e rinviando così alle formazioni politiche che si sarebbero alternate al potere con la più ampia facoltà di adattarli al clima storico futuro.

Una tale soluzione è il frutto maturo che il clima politico esistente a quel tempo ha consentito (quindi alcune critiche in seguito sollevate sono condivisibili ma non rapportate alle reali condizioni storico-politiche).

Ma quanto rilevato fin qui non giustifica affatto l'atteggiamento assunto a tal riguardo dalla cultura politica e giuridica sopraggiunta secondo cui si è tentato in più occasioni di svalutare la presenza delle disposizioni comunque adottate col definire i tre primi articoli della Costituzione meramente programmatici e quindi giuridicamente rilevanti soltanto mediante la rimeditazione dell'atto legislativo (e quindi dall'esercizio del potere parlamentare) perché quei valori, che servono a connotare peculiarmente il sistema democratico adottato, sono comunque stati adottati (seppur non"eccessivamente" rispettati).

Anzi chi scrive se ne è reso ben conto già negli anni '60 [13] e si convinse che quei valori eminentemente di stampo emblematico ideologico-politico in forza della valida adozione assumevano anche una "risonanza giuridica", e così si è sempre più convinto che trattasi nella specie "di un nucleo reattivo e propulsivo" che come una piattaforma continentale sorregge ogni disposizione costituzionale inclusa sia nella prima che nella seconda parte della Costituzione.

E va anche chiarito che una tale prospettiva può essere adottata qualora si sia disposti ad allargare i confini di indagine ben oltre alla planimetria dei lavori

[12] Sul punto cfr. l'autorevole opinione di N. Lipari, in Rivista trimestrale di diritto e procedura Civile, n. 2 del 2021, il quale muove dalla considerazione critica della opinione diffusa inizialmente secondo cui la Costituzione non influiva sulla disciplina del Cod. civ.

[13] Cfr. Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà già prima citata

ISSN 2036-7821

dell'Assemblea costituente secondo il comune modo di incedere. E qui si possono aggiungere alcune argomentazioni opportune. Si può correttamente desumere dai lavori di detta Assemblea come gli effetti del "compromesso" consumato si irradia anche sui lavori dell'Assemblea ancorchè con tonalità differente, infatti se si fa caso l'argomentazione politica è relegata nel sottofondo a tutto vantaggio del profilo tecnico-giuridico, terreno su cui si impongono gli esperti della scienza giuridica (le cosiddette truppe cammellate, come chi scrive le ha definite). Ed infatti se si pone attenzione si scorge nettamente come lo sforzo maggiore esplicato è stato quello di impiegare nelle singole disposizioni da adottare "vocaboli" già familiari alla cultura giuridica generale, anzi già molto studiati da quest'ultima, in conseguenza si è tentato (come si è detto) di "pietrificare" l'effetto di presenza della Costituzione con istituti, individuati mediante comuni vocaboli, già in pianta stabile nell'ordinamento ereditato e perciò vigente e si è così allarmato meno il potere parlamentare, ma in parte anche la scienza giuridica che si è limitata a volte ad argomentare sul singolo istituto, suggerito dal vocabolo impiegato, senza porsi alcun problema circa la relativa coerenza con quel "nucleo reattivo e propulsivo" che può anche a volte rigenerare dall'interno quel determinato istituto.

Ma non spetta alla scienza giuridica adottare gli "strumenti del mestiere" rispondendo alle progressive vicende secondo cui la vita sociale si evolve?

3. Fissati i presupposti giuridico-storici si ritorna in tema di istruzione.

A chi scrive interessa innanzitutto di aver definitivamente dimostrato (e/o motivato) le ragioni per cui ha da tempo adottato la chiave di interpretazione di ogni singola disposizione costituzionale non come distaccata dal contesto della complessiva trama della disciplina costituzionale e non ha mai "codicillato" una singola disposizione condividendo l'impostazione cosiddetta di "pietrificazione", ed al contrario ha sempre ritenuto (e sempre con maggiore convinzione) che la singola disposizione svela il suo vero contenuto se l'attenzione viene rivolta a sondare quel mare assiologico che la "radica" nella sistematica dei valori fondanti la Repubblica e quindi la Costituzione; e dopo quanto si è premesso si può ben ricordare il suggerimento, contenuto nel suo lontano lavoro, secondo cui occorre "*il definitivo rigetto di ogni valutazione negativa di prima affermazione secondo cui il documento costituzionale contenga una mera giustapposizione di principi e di orientamenti diversi o addirittura confliggenti fra loro e che ci si disponga invece a procedere a una interpretazione organica (all'insegna dell'organicità propria della loro coordinazione in sistema), la quale consiglia a non portare l'attenzione separatamente sull'uno o sull'altro dei principi accolti ma piuttosto mettere a fuoco il senso e l'ampiezza in cui si esplicano e si estendono le influenze reciproche*".

Orbene i principi (valori) sono quelli che, fallito il tentativo di adottare il "preambolo", risultano inseriti nella prima parte della costituzione che, fallito ogni tentativo di interpretarli secondo prospettive ideologiche differenti, si trovano iscritti

ISSN 2036-7821

sul "frontone" della democrazia "sociale" (come chi scrive impiega da tempo a definirla) volendo indicare la "frontiera sociale" che la politica deve, anzi avrebbe dovuto in seguito, "salvaguardare".
In conseguenza non si può isolare l'indagine sul tema dell'istruzione (e la connessa libertà di insegnamento) sul tipo di una mera disposizione inserita in un testo unico (semmai come un certo orientamento politico avrebbe preferito) ma procedere innanzitutto all'individuazione del principio valoriale prefissato e ciò induce a far ritorno ai primi articoli della Costituzione, i quali costituiscono la stella polare secondo cui occorre orientarsi.
Ed è estremamente agevole individuare come primo approdo la disposizione di cui all'articolo 9 in tema di "cultura" preliminarmente perché l'istruzione ha soltanto il ruolo di coadiuvante della più vasta area della cultura, per quanto va subito rilevato come detto articolo è stato oggetto di interpretazione "centellinando" i singoli vocaboli in esso impiegati, per quanto sarebbe stato corretto sospettare che il richiamo nei primi articoli di disposizioni già inserite, secondo il progetto approvato, in altre disposizioni, non potendosi ridurre a mere esigenze tipografiche, avesse perseguito il significato di fissare i vari punti miliari secondo i quali procedere alla identificazione dei vari confini della nozione (adottata) di "cultura".
Infatti con quest'ultimo termine si suole indicare il complesso delle conoscenze mediante le quali una persona, attraverso un'autonoma organica e approfondita interiorizzazione si è venuta formando e affinando intellettualmente e spiritualmente pervenendo alla formazione della propria personalità. E rispettivamente con il termine scienza si intende significare anch'essa l'attività conoscitiva e speculativa tesa ad interpretare ed a volte a definire in modo razionale l'esistente, la conoscenza, il sapere che ne procedono. Cosicché, non si fa fatica a riconoscere nei due termini di cui al primo comma dell'articolo 9 una sorta di endiadi che riassume cosa i Costituenti in modo emblematico (per le ragioni espresse più sopra) intendevano esprimere e la relativa prospettiva aperta in tema di società cui veniva attribuita la sovranità.
Ma anche il secondo comma, nel suo significato (sempre) emblematico confluisce in una siffatta prospettiva poiché, come si è scritto altrove[14] (e come un'autorevole dottrina ha da tempo affermato)[15] esso intende significare l'ambiente naturale e se è altrettanto vero, come è noto nelle scienze sociologiche, che l'ambiente, inteso come l'insieme delle condizioni esterne, come complesso delle condizioni materiali, sociali

[14] Cfr. I beni culturali "dell'ambiente sociale: una prospettiva di indagine da approfondire al fine di definire l'esatta valenza del valore sancito in Costituzione, in Studi sul"distinto" apparato di amministrazione pubblica già citata, 93 ss;i cui adde Palma, La piena tutela dell'ambiente naturale, che condiziona il comportamento dei singoli componenti della società definita culturale, per Costituzione rientra nell'azione politico-sociale in www.federalismi.it, 16 dicembre 2020

[15] Cfr. M.S. Giannini, Difesa dell'ambiente del patrimonio naturale e culturale, in Scritti, Giuffrè Ed. volume VI, pagina 250 ss; nello stesso volume: uomini, leggi e beni culturali, pagg. 281 e ss

ISSN 2036-7821

e culturali, nel cui ambito si svolge l'esistenza di un popolo, condiziona profondamente e l'essere umano è spinto ad adattarsi ad esso anche sul piano sociologico (psicologia sociale), ed è quest'ultimo aspetto che tende a generalizzarsi, che convince tutti gli esseri in essi viventi ed operanti di essere componenti del popolo nella sua organica consistenza, ed il singolo è portato ad assumere adeguati comportamenti e quindi ad integrarsi in esso perché si sente psicologicamente sempre più avvinto da quel vincolo che in definitiva condiziona la sua esistenza (ecc.); e non si può ancora negare che i due commi del citato articolo 9 concorrano in forza della comune logica testé individuata, alla ben più ampia definizione del valore-cultura di cui fa parola, nel senso che le forti radici culturali che si volevano favorire (semmai con espressioni per così dire di tono traslato) avrebbero concorso alla coesione (e solidarietà connessa) sociale del popolo elevato (finalmente) sul trono della sovranità. In conclusione l'articolo in esame mette in mostra (l'occultata) altra faccia della luna (evitando però di rivolgere ancora l'attenzione sul dito che intende indicarla) ponendo in luce la necessità che venisse potenziato il grado di "cultura" con la speranza (in parte sino ad oggi tradita) dell'avvento di una società (popolo) connotata da individui con pari dignità, i quali fossero capaci di operare per il progresso civile, politico ed economico ed ai quali affidare il gravoso compito di realizzare in futuro la rivoluzione sociale, quella città dell'oro, soltanto emblematicamente (per le solite ragioni) intravista in termini in parte soltanto prospettici (cfr. i primi 3 articoli della Costituzione).

Ed è appena il caso di aggiungere sotto il profilo trattato che il processo culturale è connotato dalla continuità ed ogni periodo prende origine sempre dal periodo (e/o fase) precedente (non procede per saltum) e così si spiega l'esigenza avvertita di includere la previsione della tutela delle "cose di interesse storico-artistiche" le quali, nella loro logica esistenziale, rappresentano, sotto il presente profilo, sempre e solo "documenti di civiltà", come tempo fa sono stati autorevolmente qualificati. Si può in conseguenza avviarsi alla conclusione ricordando quanto già espresso più sopra che l'istruzione rappresenta e costituisce un valido coadiuvante della "cultura" del Popolo perché esso è idoneo (quando idoneamente impartita) ad acquisire e potenziare le facoltà cognitive (la cosiddetta psicologia cognitiva) e si ricorda in proposito che la"cognizione" consiste nell' atto dell'intelletto mediante il quale si perviene ad una conoscenza di nozioni, di informazioni, e si assume, in altri termini, la capacità intellettiva di meglio conoscere le condizioni di quell'ambiente culturale nel quale vive e con esse le reali esigenze che tale ambiente sociale pone maggiormente in risalto e delle quali si rende conto e per le quali assume la capacità di relazionarsi con gli altri componenti, sollecitando la formazione di una personalità comportamentale che favorisce la relazione con gli altri abbandonando l'esigenza prima avvertita di escludere ogni altro dalla sua individualistica "giusnaturalistica" sfera (come consiglierebbe la libertà intesa in senso "negativo"); con ciò la

ISSN 2036-7821

metamorfosi sociale dell'individuo in persona riconoscendo in altri le stesse sue prerogative, che può favorire il fenomeno di socializzazione nel senso di incrementare (e favorire) rapporti sociali in quanto inseriti in una rete di solidarietà e di reciproca integrazione fra gli individui (evolvendosi a "persone"), favorendo progressivamente un probabile clima di "concordia" che può sorgere qualora non si riconosca la titolarità di prerogative maggiori e differenti negli altri individui.
Ed è appena il caso di richiamare l'attenzione che quanto appena sostenuto spinge a spostare l'attenzione sul principio di uguaglianza sancito nell'articolo 3 Cost.. La tela (divenuta attualmente di Penelope) costituzionale comincia a ravvivare i suoi colori (ancora) vivi come ad esempio l'empatia che sottende quanto fin qui esposto, e si può anche comprendere che l'istruzione tende funzionalmente ad incrementare la cultura, non certo (e soltanto) a favore dei singoli, a questo scopo sarebbe stato sufficiente prevedere la istituzione delle scuole, ma piuttosto per consolidare l'ispirazione alle progressive fortune dell'intera società dal momento che la prospettiva sancita è quella di dichiarare l'uguale dignità e l'uguaglianza di tutti i suoi componenti ed in ciò la condanna ufficiale inferta alla distinzione in classi della preesistente società (non mi pongo l'interrogativo se ciò è stato realizzato finora).
E non si rilevi in contrario avviso che la Costituzione prevede una serie di misure per consentire ai più meritevoli di proseguire gli studi poiché una siffatta prospettiva non intende derogare (e non lo potrebbe) all'uguaglianza sancita nell'articolo 3 Cost., perché vuole maggiormente concorrere al "risorgimento" culturale di quest'ultima; così come la sancita libertà di insegnamento perché, ove ben si esamini, essa risulta maggiormente esplicarsi sul piano della metodologia dell'insegnamento e non tanto in termini di contenuti e soprattutto è una esplicita condanna della cosiddetta cultura impartita nel ben noto ventennio con la istituzione del Ministro della cultura, laddove la Repubblica non ama la mono-culturalità consapevole del fatto che l'apporto multi-culturale è più proficuo ad accelerare la realizzazione della meta prevista ed ha "imposto" la sua realizzazione.

4. Brevissima conclusione.

Si ribadisce l'utilità di ricordare a conferma di quanto fin qui espresso l'opinione di alcuni esperti che, in occasione della recente pandemia, concludono rilevando che per attivare il senso di comunità non basta essere integrati nella società ma è necessario interiorizzare una idea di comunità che includa non solo le persone che conosciamo ma anche gli estranei con i quali condividiamo gli spazi ed i servizi: una conclusione siffatta può essere operata ed elaborata nell'ambito della vita scolastica e nel tipo di istruzione che viene in essa impartita.
Chi scrive però avverte l'esigenza di esprimere una preoccupazione circa la piena comprensione della problematica discussa in questa sede da parte dell'attuale "politica parolaia" la quale dimostra, in numerose occasioni, di non aver compreso la

ISSN 2036-7821

portata reale di un problema sociale, anche grave, limitandosi ad impiegare vocaboli differenti per descriverlo, anziché prospettare una qualche soluzione, pur anche inidonea a risolverlo. Ma chi scrive si preoccupa ancor più quando un comportamento pressappoco analogo è dato rilevare anche ad opera di alcuni ricercatori in diritto, i quali non scendono in profondità nell'intima essenza giuridica, nell'individuazione, come si usava dire, della reale ratio giuridica, ma sono disposti a prospettare la soluzione ponendo l'accento piuttosto su di un vocabolo anziché su di un altro impiegato dal legislatore e già posto in risalto dalla dottrina esistente. Orbene la prima preoccupazione appare di difficile soluzione perché è difficoltoso ogni tentativo di riposizionamento della politica e si assiste ad una sorte di "transumanza" di singoli politici, ma in ordine al secondo tipo di preoccupazione in chi scrive sorge un forte allarme perché si interroga se non spetti proprio al giurista tenere la barra dritta al fine di suggerire adeguatamente al mondo politico la soluzione da preferire secondo le coordinate della Costituzione, senza distonia dei relativi valori, senza concorrere a modificare la carica di utopia, non condivisa da alcune correnti politiche in "retro-topia" per la nostalgia del passato. Pensa che sia anche questo il ruolo che debba assumere il giurista specialmente in determinati periodi di grave vuoto politico.

Per ritornare al metodo di indagine adottato a chi scrive appare ben dimostrata la sua correttezza (e utilità) anche per un ricercatore in diritto amministrativo in quanto la pubblica amministrazione nel portare in attuazione (e correttamente non utilizzo esecuzione) la norma giuridica deve accertare se la misura prescelta sia idonea ed adeguata a soddisfare la funzione attribuita alla libertà di insegnamento modificando, altrimenti, la misura prescelta. E' dato notare però che anche i giovani ricercatori in diritto Costituzionale, specialmente nelle osservazioni a sentenze della Corte Costituzionale, adottano un metodo molto simile al ricercatore in diritto amministrativo, il che lascia pensare che il metodo di ricerca si è andato sempre più ad uniformarsi, il che non produce alcun allarme (anzi), ma sorge l'interrogativo se su questo piano non si assiste ad una sorta di "mutazione genetica" in virtù del quale il "vallum" finora strenuamente difeso tra le due aree di ricerca si avvia alla eliminazione (con ripercussioni numerose che non possono attualmente prevedersi) e che induce chi scrive ad interrogarsi sulla scomparsa, quantomeno a livello di insegnamento, del "diritto pubblico generale", forse perché non era facile inquadrarla nelle approvate distinzione ai fini dell'abilitazione?

Ad ogni buon conto chi scrive si augura che le attuali difficoltà possano essere risolte dalla società evolutasi secondo la disciplina fin qui esposta, in quanto il cittadino (evolutosi a persona) sappia bene esercitare le libertà concessegli dalla Costituzione e soprattutto le eserciti in modo utile a soddisfare i connessi doveri di concorrere al progresso civile, etico-sociale e politico della società senza richiedere il necessario intervento del legislatore al fine di correggere eventuali comportamenti non consoni

ISSN 2036-7821

ai previsti doveri, perché le libertà concesse hanno ormai perduto la storica struttura e contenuto di "negative" per assumere quello di libertà positive; perlomeno in ciò chi scrive ripone la sua speranza.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Notazioni su potere amministrativo e 'attitudine' negoziale.

di Guido Clemente di San Luca

(Ordinario di Diritto Amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. Premessa. – 2. L'azione della P.A. fra discrezionalità e autonomia negoziale: la discussa negoziabili-tà del potere amministrativo. – 3. Gli accordi fra P.A. e privati di cui all'art. 11, L. 241/1990, e la loro funzionalizzazione all'interesse pubblico: una speciale (e alternativa) modalità per realizzare la parte-cipazione al procedimento. – 4. continua: le prescrizioni della disposizione che confermano la loro vocazione teleologica. – 5. Gli accordi fra diverse PP.AA. tra finalità regolativa e finalità provvedi-mentale. – 6. Riepilogo delle tipologie di esercizio negoziale del potere amministrativo. – 7. La vera e propria attività di diritto civile della P.A. e l'evidenza pubblica. – 8. Osservazioni conclusive: la com-patibilità della 'attitudine' negoziale della P.A. con l'esercizio del potere fra superamento dei pregiudi-zi ideologici e rischio di (o inclinazione a) soggiacervi.

Abstract

These notations concern the theme (which in a simplified summary could be summarized as that) of the limits on the use of negotiation methods in the action of the Public Administration (hereinafter P.A.). The reflection starts from the following assumption. In the collective imagination - one might say: unfortunately - the expression 'bureaucratic' is referred to (and in common language), assigning it a negative meaning, meaning with it the attribution of a derogatory value, or, if one wants the ascertainment of the absolute lack of virtue. In reality, as we know, the term literally means "government of the offices": this should mean that it is knowledge, competence, skills, which the specialization of tasks should guarantee to govern.

* *Lo studio – che riprende ed aggiorna i paragrafi dedicati al tema nelle Lezioni di Diritto amministrativo per il corso di base, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012 – costituisce la versione corredata da note più ampie del contributo agli Scritti in onore di Marco D'Alberti.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Queste notazioni hanno ad oggetto il tema (che in via di sintesi semplificatoria potrebbe riassumersi come quello) dei limiti all'uso di modalità negoziali nell'azione della Pubblica Amministrazione (d'ora in poi P.A.)[1]. La riflessione muove dal seguente assunto. Nell'immaginario collettivo – verrebbe di dire: purtroppo – si fa riferimento alla (e nel linguaggio comune si adopera l') espressione 'burocratico' assegnandole un'accezione negativa, a significare con essa l'attribuzione di una valenza spregiativa, o, se si vuole, la constatazione dell'assoluta mancanza di virtù[2]. In realtà, come si sa, la locuzione letteralmente significa «governo degli uffici»: ciò dovrebbe voler dire che a governare siano la conoscenza, la competenza, le capacità, che la specializzazione dei compiti dovrebbe garantire[3].

---

[*] L'Autore ringrazia la dott.ssa Antonella Corsale ed il dott. Mario Paladino, dottorandi di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli, per averlo aiutato nella rico-gnizione dell'assetto normativo e giurisprudenziale e per aver discusso con lui la relativa ricostruzione critica;

[1] Il tema scelto da chi scrive per rendere omaggio a Marco D'Alberti esprime una delle cifre principali del suo impegno di ricerca, sin dalla sua monografia del 1981: M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1981; ID., *I "public contracts" nell'esperienza britannica*, Jovene, Napoli, 1984.; ID., *L'attività contrattuale degli enti pubblici* (in collaborazione con G. Rossi), in CER-CENSIS, *Pubblico e privato*, Edizioni del Sole 24 Ore, Milano, 1987, I, pp. 371 ss. ; ID., voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988; ID., *Pubblico e privato nella disciplina dei mercati mobiliari. Proposte di revisione del sistema italiano*, in CONSOB, Quaderni di Finanza, Dicembre 1995, n. 12; ID., *La partizione pubblico privato esiste ancora?*, in F. SPANTIGATI (a cura di), *Sulle trasformazioni dei concetti giuridici per effetto del pluralismo*, E.S.I., Napoli, 1998, pp. 25 ss.; ID., *Conclusioni e proposte*, in ID. (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, Autorità garante della concorrenza e del mercato, Roma, 1998, pp. 161 ss.; ID., *Intervento* al Seminario "Il grande abisso fra diritto pubblico e diritto privato. La comparazione giuridica e la contrazione dello Stato", in *Nomos*, 2000, n. 1, pp. 72 ss.; ID., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 297 ss.; ID., *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2012, pp. 1019 ss.; ID., *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 2013, pp. 607 ss.

[2] Come è noto, «burocràtico» è aggettivo, derivante dal francese, che in realtà indica letteralmente «Della burocrazia» (così, al lemma corrispondente, il *Dizionario Treccani on line*), e cioè «proprio o tipico della burocrazia e dei funzionarî che la compongono». Ed il relativo avverbio «burocraticaménte» è riferito «al modo o con la mentalità dei burocrati». Sempre nel *Dizionario Treccani on line*, si legge che per «burocrazìa» s'intende «Il complesso dei funzionarî che, articolati in varî gradi gerarchici, svolgono nello stato le funzioni della pubblica amministrazione», e, per estensione, «l'insieme dei funzionarî di un ente, di un organismo, anche non statale, e spec. l'apparato dei funzionarî di un partito che, pur non avendo in esso funzioni dirigenziali, ne condizionano in qualche modo la linea di condotta». In realtà, subito a seguire si precisa il significato ulteriore e negativo: «In senso astratto, il potere assunto negli stati moderni (o, per analogia, anche in strutture politiche anteriori) dalla massa dei funzionarî, soprattutto come effetto del moltiplicarsi delle funzioni dello stato e degli enti pubblici; nell'uso della parola, è in genere implicita un'allusione negativa». E quindi anche «Osservanza esagerata dei regolamenti, spec. nella forma esteriore».

[3] Per il vero, infatti, alla stessa voce della *Enciclopedia Treccani on line*, si chiarisce che la burocrazia è «L'insieme di apparati e di persone al quale è affidata, a diversi livelli, l'amministrazione di uno Stato o anche di enti non statali. Sebbene si possano ritrovare elementi significativi di amministrazione burocratica in epoche remote e all'interno di svariate civiltà (antico Egitto, Impero cinese, Persia e India, Impero romano e bizantino) nella sua forma più compiuta, la b. è un prodotto del processo di formazione dello Stato, iniziato in Europa nel 16° sec. e costituisce la risposta all'esigenza del sovrano di fondare il proprio potere su un ceto di funzionari alle sue dirette dipendenze. Il termine b. fu coniato dall'economista francese Vincent de Gournay nella prima metà del 18° sec. proprio per stigmatizzare la potenza crescente dei funzionari pubblici nella vita politica e sociale, che configurava una vera e propria forma di "governo dei funzionari", fra l'altro del tutto inefficiente sul piano

ISSN 2036-7821

Ora, è indubbio che la realtà molto spesso si rivela assai lontana dalle sistemazioni teoriche, viepiù laddove queste muovano da assunti ideologici, da archetipi astratti fondati su un dover essere lontano dalla vita effettiva delle persone. A nessuno può sfuggire che l'opera delle PP.AA. sia resa sovente non proprio commendevole in ragione della, non rara, scarsa efficienza del personale burocatico (e politico). Tuttavia, per ovviare a questa evidente patologia, non si può pensare di alterare la fisiologia, secondo la quale l'ordinamento assegna alla P.A. i compiti che giuridicamente qualifica di interesse pubblico. Naturalmente, non è la stessa cosa disporre che la P.A. possa svolgere tali compiti (almeno anche) attraverso lo strumentario giuridico di diritto civile.

L'ambito più generale nel cui seno si colloca il tema di cui qui si tratta, quindi, è quello del perimetro delle aree di dominio rispettivamente dei pubblici poteri e del mercato: ambito evidentemente troppo ampio – ed implicante un indispensabile approccio interdisciplinare (imponendo di interrogare la scienza economica, la sociologia, l'antropologia, la filosofia, ecc.) – per essere indagato in questa sede, nella quale s'intende affrontare soltanto, e per spigolature, il circoscritto profilo tematico concernente i limiti della cd. 'amministrazione consensuale'[4].

Come è stato autorevolmente affermato, «atti autoritativi ed atti consensuali sono meri strumenti giuridici; i quali vanno esaminati in modo oggettivo, in relazione alla

---

dell'amministrazione dello Stato. Negli usi successivi il termine ha in parte mantenuto questa originaria accezione negativa. Nello stesso tempo, tuttavia, la nozione di b. è diventata una categoria cruciale delle scienze storiche, politiche e sociali. Secondo una delle teorie più autorevoli della b., elaborata da M. Weber nei primi decenni del Novecento e tuttora sostanzialmente insuperata, gli apparati della b. si distinguono dalle tradizionali forme di amministrazione del passato perché si fondano, almeno in linea di principio, su una rigorosa divisione del lavoro, sul sapere e sulle competenze, su gerarchie regolate dal merito e da precisi meccanismi di carriera e, ancora, su un complesso di norme scritte che tendono a vincolare il funzionario a una condotta tipicamente impersonale e formalistica. Poiché lo sviluppo e la diffusione della b. avevano riguardato non soltanto la sfera dell'amministrazione dello Stato, ma più in generale tutte le forme pubbliche e private di organizzazione amministrativa (partiti, sindacati, aziende ecc.), Weber parlò di processo irreversibile di burocratizzazione universale, che tendeva a imprigionare gli uomini in una rete di regole minuziose e a sottometterli alla potenza anonima, irresponsabile e ogni giorno più necessaria degli apparati burocratici. Ciò costituiva, a suo giudizio, un enorme pericolo per il futuro della libertà e della democrazia nel mondo contemporaneo: un pericolo che si sarebbe ulteriormente acuito con l'eventuale trionfo del socialismo, veicolo di una burocratizzazione integrale della politica, della società e della stessa economia. Nel Novecento di fatto il processo di burocratizzazione ha conosciuto una straordinaria espansione, sia nei paesi socialisti fondati sull'economia pianificata e dunque sull'unificazione tra b. pubbliche e private in una b. unica, sia nei paesi capitalistici, per effetto innanzitutto delle politiche di welfare, che implicano un crescente intervento dello Stato nella vita quotidiana dei cittadini. A fronte di ciò sono in atto processi di 'deburocratizzazione' delle amministrazioni pubbliche e private, che rispondono alle esigenze di una società in continua trasformazione, che rende rapidamente obsolete le competenze e le specializzazioni della b. e si mostra sempre più insofferente ai vincoli posti dalle sue regole e dalle sue procedure».

[4] Tema affrontato abbastanza recentemente, con ampiezza ed elegante rigore, da A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Jovene, Napoli, 2016. E da ultimo ripreso, in qualche modo e misura e con tagli ed accenti diversi, da G. COMPORTI, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. Pub.*, 2021, pp. 529 ss.; e da E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Jovene, Napoli, 2021.

ISSN 2036-7821

loro rispondenza alle finalità che all'amministrazione viene chiesto di raggiungere»[5]. Dunque si tratta di capire, di volta in volta, quale sia lo strumento più idoneo allo scopo di realizzare un obiettivo dato, formalmente qualificato da una fonte dell'ordinamento generale come *interesse pubblico* ed assegnato alla cura di una P.A.
Ed occorre farlo, per un verso, tenendo presente che la genesi degli strumenti è dovuta ai fini che si volevano perseguire: *privatistici* per gli interessi privati, *pubblicistici* per gli interessi pubblici; e, per un altro, bandendo ogni forma di integralismo culturale che escluda l'applicabilità degli strumenti nati per soddisfare finalità private anche al conseguimento di finalità pubbliche, sempre che, però, l'utilizzo di tali strumenti non rischi di fuorviare il perseguimento dell'interesse pubblico.
È del tutto evidente come il tema finisca per avere ricadute e/o implicazioni – oltre l'ambito in seno al quale esso si colloca (quello, richiamato, della definizione dei confini reciproci fra Stato e mercato) – persino sul tema ancor più generale della sopravvivenza del Diritto amministrativo come diritto speciale. L'interrogativo che ne sortisce, insomma, è se il diritto che disciplina le PP.AA. sia ancora definibile come Diritto amministrativo, oppure debba parlarsi di un Diritto comune che si applica anche ad esse[6].
In altre parole, dalla questione sulla quale s'intende riflettere scaturisce anche il chiedersi se l'assunto secondo cui il 'diritto comune dei contratti' debba essere normalmente applicato pure alla P.A. possa finire per mettere in discussione la distinzione fra Diritto pubblico e Diritto privato, oppure in qualche modo addirittura la rafforzi[7]. A questo specifico riguardo, invero, non sembra possibile esimersi – sebbene non di rado lo si faccia – dal constatare che la quantità dell'azione delle PP.AA. che tuttora si esprime attraverso il dispiego di poteri, di provvedimenti

[5] Così F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002, pp. 431 ss.

[6] È soprattutto per questa ragione che, nelle note a piè di pagina, il 'dialogo' con la dottrina è tenuto, in via prevalente, circoscritto ad alcuni fra i principali manuali, e cioè quelli di A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, e di M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, della precedente generazione, e quelli, a dir così, contemporanei, fra i più adottati per i corsi universitari, di: E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2020; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021; M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2019; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2020; L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019; D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2021. E, ovviamente, quello di M. D'ALBERTI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021.

[7] Lo lascia intendere A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale* cit., p. 485, laddove afferma che «proprio lo studio dell'attività consensuale dei soggetti pubblici sembra suggerire l'opportunità di preservare, anche all'interno dell'ordinamento amministrativo, il senso stesso della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Si tratta, infatti, di una distinzione che non assume più un significato "dicotomico" o "assiologico" ma che riveste una valenza essenzialmente tecnica che migliora (e non pregiudica) il concreto esercizio della funzione pubblica, poiché mette a disposizione dell'amministrazione una serie di strumenti e di categorie che […] assicurano una maggiore certezza, chiarezza e stabilità delle relazioni giuridiche, contribuendo quindi a rafforzare la fiducia tra il settore pubblico e quello privato».

ISSN 2036-7821

imperativi, non si sia ristretta fino al punto di ritenere non arbitrariamente che la consistenza di un'azione siffatta sia ormai talmente circoscritta da addirittura non potersi più considerare sufficiente a fondare l'autonomia disciplinare del Diritto amministrativo[8].

[8] Ormai da qualche tempo, l'autonomia disciplinare viene messa in discussione, fino al punto di sostenere che dovrebbe più correttamente parlarsi di 'Diritto delle amministrazioni pubbliche', con tale locuzione volendosi intendere che, alla luce delle trasformazioni socio-economiche intercorse (peraltro a livello non solo nazionale, ma mondiale), sarebbe maggiormente corrispondente alla realtà ritenere sussistente un unico diritto comune che alle PP.AA. semplicemente si applicherebbe con qualche 'particolarità'. Una delle più esplicite manifestazioni di siffatta tendenza è nel titolo del manuale di D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche* cit., secondo i quali (pp. 36-39) «Per gran parte del secolo scorso si è spesso ritenuto che l'amministrazione pubblica dovesse considerarsi nel suo complesso oggetto di una disciplina peculiare, separata ed autonoma rispetto al diritto privato, coerentemente ordinata da principi diversi: il "diritto amministrativo". Questo in realtà non è mai stato del tutto vero, poiché non sono mai stati rari i casi nei quali alle amministrazioni pubbliche si applicava il diritto privato (come per esempio per quanto riguarda l'esecuzione dei contratti di appalto pubblico, che sono contratti da sempre considerati in Italia di natura privatistica) ma certamente non è vero oggi: di recente si è addirittura statuita la riserva in via di principio alla disciplina del diritto privato di una parte dell'attività amministrativa. Una delle prime disposizioni della legge "*che detta nuove norme in materia di procedimento amministrativo*", l'art. 1, c. 1-*bis*, LPA, inserito nel 2005, stabilisce infatti che "[l]*a pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*". Nello stesso periodo, nell'attribuire al Governo una delega legislativa, il legislatore aveva indicato tra i criteri da osservare la "*generale possibilità di utilizzare, da parte delle amministrazioni e dei soggetti a queste equiparati, strumenti di diritto privato, salvo che nelle materie o nelle fattispecie nelle quali l'interesse pubblico non può essere perseguito senza l'esercizio di poteri autoritativi*" (art. 20, c. 4, lett. *f-bis*, l. n. 59/1997). Mentre dunque, in via di principio, all'attività che non implichi esercizio di poteri autoritativi si applica il diritto privato, corrispondentemente si applica il diritto amministrativo quando occorre esercitare poteri di questa natura […]. In termini generali, dalle norme richiamate si ricava che gli strumenti offerti dal diritto privato, a cominciare dal contratto, possono rappresentare strumenti idonei per perseguire l'interesse pubblico e che dunque, a monte, non vi è alcuna incompatibilità tra interesse pubblico e diritto privato. Parallelamente, ma si tratta dell'altra faccia della stessa medaglia, non si deve incorrere nell'errore di ritenere che ogni volta che è in gioco un interesse pubblico, per ciò solo l'attività dell'amministrazione che lo persegue sia retta dal diritto amministrativo. Peraltro, quando le pubbliche amministrazioni operano applicando il diritto privato, pongono in essere attività che restano distinguibili da quelle di un privato, sia perché, trattandosi di amministrazione pubblica, non sono libere di perseguire gli interessi che preferiscono, sia perché vi sono dei principi che si applicano alle attività amministrative indifferentemente da che esse siano svolte in regime di diritto amministrativo o in regime di diritto privato. […] se nei casi in cui l'amministrazione adotta atti di natura autoritativa si applica sempre il diritto amministrativo, fuori da questi casi il diritto privato si applica "*salvo che la legge disponga diversamente*" (lo stabilisce appunto già l'art. 1, c. 1-*ter*, LPA). Non sono affatto rari i casi in cui la legge prevede delle deroghe, che dovrebbero essere giustificate (ma non sempre lo sono) proprio dalla incompatibilità tra il diritto privato e i principi generali dell'amministrazione pubblica. Così, per mettere a disposizione di un privato un bene pubblico, si potrebbe stipulare un contratto di locazione, ma è invece stabilito che, quando si tratta di un certo tipo di beni pubblici (per esempio, una spiaggia), si provveda mediante un atto disciplinato dal diritto amministrativo, che, per esempio, può essere annullato o revocato e che dunque consente all'amministrazione di sciogliere il vincolo con il privato (quando l'interesse pubblico lo richieda) più facilmente di quanto accadrebbe rispetto a un vero e proprio contratto. Ciò che da tutto questo emerge è che il diritto delle amministrazioni pubbliche non è costituito né soltanto dal diritto amministrativo, né soltanto dal diritto privato, ma ne è una mescolanza. Si deve […] spiegare perché si parli di diritto delle amministrazioni pubbliche e non di diritto dell'amministrazione pubblica. Per lungo tempo, l'espressione "amministrazione pubblica" è stata sinonimo di amministrazione statale, perché quest'ultima era, se non l'unica, comunque l'amministrazione pubblica per eccellenza ed il diritto che la riguardava era, in sostanza, il diritto anche delle altre amministrazioni (ad essa del resto di solito subordinate e che ben potevano essere definite minori). Oggi questo non è più vero: il pluralismo dei pubblici poteri importa

ISSN 2036-7821

In definitiva, una volta delineati i confini che segnano il 'territorio' esterno al tema[9], lo studio si propone di analizzare brevemente, dell'azione amministrativa, dapprima quella per moduli consensuali – nelle due *species* degli accordi fra P.A. e privati e fra diverse PP.AA. – e, a seguire, quella mediante veri e propri contratti, per concludersi con alcune osservazioni sulla misura della compatibilità in generale della 'attitudine' negoziale della P.A. con l'esercizio del potere.

2. L'azione della P.A. fra discrezionalità e autonomia negoziale: la discussa negoziabilità del potere amministrativo.

Può ben dirsi che l'esercizio del potere amministrativo sia da sempre fortemente caratterizzato dalla autoritatività/unilateralità degli atti che ne sono manifestazione. Dall'assunto parrebbe doversi derivare che l'esercizio del potere sarebbe, per definizione, non negoziabile. E invece non è così, anche se, comunque, la negoziabilità si può praticare soltanto laddove essa resti saldamente entro l'ambito

anche una pluralità di apparati amministrativi, così che vi è una moltitudine di amministrazioni pubbliche che si riferiscono, con modalità diversificate, ai diversi centri di indirizzo politico. Le amministrazioni non sono tra loro in rapporto gerarchico ma hanno ambiti di competenze diverse ed autonome, che debbono coordinarsi. "Amministrazione pubblica", in senso soggettivo, è dunque ormai una denominazione collettiva per numerose e diverse amministrazioni pubbliche».

[9] Per completare siffatta delineazione è utile ricordare quanto sostenuto da M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 47-52, secondo il quale «la logica del diritto comune, del diritto privato, ha giocato un ruolo importante nel rafforzamento dell'effettività delle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati […]. Guardare all'effettività del diritto non deve significare ridurlo al mero fatto. Un giurista non può cadere, sospinto dalla prospettiva dell'effettività, in quel "disincantamento" sociologico del diritto […], in quell'atteggiamento, cioè, secondo il quale "il diritto … dovrebbe progressivamente deporre anche l'ultima sua parvenza di normatività … di fronte alla crescente complessità sociale. È una tendenza […] che […] trova nuova diffusione oggi, nell'era della globalizzazione, nella quale diversi sociologi, politologi e giuristi sottolineano che le regole, soprattutto se poste dai pubblici poteri, contano poco o nulla […] di fronte alla forza di fatto dei grandi operatori economici internazionali […]. Le logiche del mercato presentano i pericoli di disequilibrio sociale che la globalizzazione ci ha fatto conoscere. Ma quelle logiche hanno fatto fare passi avanti […] all'effettiva tutela degli utenti di servizi pubblici essenziali […]. I servizi non imprenditoriali […] è giusto che restino più al riparo dalle regole e dalle logiche di mercato e che siano fondati sul principio del solidarismo […]. Ma […] l'eccessiva burocratizzazione di questi servizi è di serio ostacolo all'effettività delle prestazioni, e dunque dei diritti degli utenti». Del resto, anche chi, molto autorevolmente, dichiarava di considerare superato il ruolo assegnato al giurista dalla cultura dello *statute law*, auspicando che, per effetto della globalizzazione – generatasi nel seno della cultura del *common law* –, questi prenda le distanze dalla rigidità delle codificazioni ottocentesche, per lasciarsi dominare dalla «effettività» propria del «fattuale» (che predica la «atipicità»), sposando la elasticità e la duttilità funzionali all'«*homo aeconomicus*», non poteva non avvertire dal rischio di lasciare, al potere delle grandi «*transnational corporations*» di prevalente origine nordamericana, la possibile «strumentalizzazione della dimensione giuridica», dimensione che finirebbe così per soggiacere «al soddisfacimento di interessi economici, spesso concretantesi – in un clima di capitalismo sfrenato – nel raggiungimento con ogni mezzo e ad ogni costo del maggior profitto possibile» (così P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro It.*, 2002, V, col. 151 ss.). E le tragiche evenienze mondiali degli ultimi lustri (crisi finanziaria, emergenza pandemica, cambiamento climatico) sembrano dettare nuovamente il bisogno imprescindibile di «organismi a proiezione mondiale necessari per fissare principi e definire regole», ciò che, in buona sostanza, seppur in spazi geografici circoscritti dai confini nazionali, due secoli orsono ha dato vita, in Europa, alle codificazioni.

ISSN 2036-7821

della discrezionalità amministrativa, senza mai diventare espressione del principio di autonomia negoziale.

Per lungo tempo la questione della ammissibilità dei contratti di diritto pubblico è stata oggetto di accesa disputa dottrinale e giurisprudenziale[10]: si discute della esistenza (o meno) di una *species* di contratto diversa rispetto a quella tipica del diritto civile; un contratto, per intendersi, non semplicemente ad 'evidenza' pubblica (che sarà esaminata nel § 7), e cioè espressione dell'attività di diritto privato della P.A., ma che si connoti per essere ad 'oggetto' pubblico – l'esercizio del potere amministrativo, appunto –, e cioè espressione dell'attività di diritto pubblico della P.A.[11].

La complessità della questione e l'articolazione delle posizioni assunte in merito ad essa da dottrina e giurisprudenza sono difficilmente riassumibili in poche righe[12]. Il

[10] Lo studio che negli ultimi lustri ha più compiutamente affrontato *ex professo* il tema degli accordi, prendendo le mosse dall'analisi del dibattito sul contratto di diritto pubblico è senz'altro quello di G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003, cui non si può non rinviare.

[11] Come spiega E. CASETTA, *Manuale* cit., pp. 577-578, «A far data dagli albori della scienza giuspubblicistica è fiorito in dottrina un interessante dibattito, tuttora in corso, in ordine alla configurabilità di un contratto di diritto pubblico stipulato tra amministrazioni o tra amministrazione e privati, ovvero alla possibilità di qualificare come contratti di diritto privato alcune fattispecie caratterizzate dall'attinenza a beni, servizi e funzioni pubbliche. Come osservato in dottrina, le principali questioni sorte in ordine all'ammissibilità della figura attengono ai profili soggettivi e oggettivi del rapporto e alla natura dell'attività amministrativa. Sotto l'aspetto soggettivo, si dubitava dell'ammissibilità di un negozio tra parti che si collocano su posizioni qualitativamente diverse e, quindi, non legittimate ad impiegare lo strumento contrattuale che presuppone la parità tra di esse. Altre opinioni negavano l'ammissibilità dell'impiego dello strumento contrattuale, che presuppone l'autonomia negoziale dei soggetti, in relazione all'attività dell'amministrazione, viceversa caratterizzata dalla discrezionalità. Pure il carattere necessariamente imperativo e unilaterale dell'azione pubblica impedirebbe all'amministrazione di agire a mezzo di contratto, anche perché il vincolo pattizio striderebbe con il principio del costante perseguimento dell'interesse pubblico. Infine, l'attività e i beni di diritto pubblico non sarebbero suscettibili di costituire oggetto di un contratto di diritto comune. Ciò nonostante, anche in passato la realtà giuridica offriva svariati esempi di moduli pattizi coinvolgenti amministrazioni e privati: la spiegazione di tali fenomeni fu fornita osservando come in queste occasioni l'amministrazione si spogliasse della veste di autorità e si presentasse come un mero contraente, stipulando un negozio di diritto privato accessivo al provvedimento unilaterale con il quale si disponeva dell'interesse pubblico».

[12] Si può efficacemente richiamare la loro illustrazione da parte dei due più autorevoli esponenti della generazione di studiosi del diritto amministrativo che ha caratterizzato la stagione immediatamente successiva alla Costituzione del 1948. Il riferimento è, ovviamente, ad A.M. Sandulli e M.S. Giannini, le cui ricostruzioni, pervenenti a conclusioni non perfettamente coincidenti, vengono qui di seguito (sia pur non integralmente) riportate. Secondo A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., pp. 600-602, «Mentre è indiscutibile che le pubbliche Amministrazioni possono porre in essere contratti nell'ambito dei rapporti di diritto civile […], è stato oggetto di ampio e protratto dibattito se, oltre alla categoria dei contratti di diritto civile […], esista per le pubbliche Amministrazioni anche una categoria di contratti "di diritto pubblico". Con tale nome ci si riferisce oggi, generalmente, da parte di coloro che accettano la figura, ai contratti destinati a regolare rapporti aventi un oggetto di diritto pubblico (beni, funzioni, servizi pubblici), ovvero a regolare rapporti patrimoniali i quali accedono a un provvedimento amministrativo (p. es., concessione, espropriazione). Da parte di taluni si escludeva del tutto, in passato, che rapporti di tal genere potessero mai, a causa dell'indisponibilità dell'oggetto, o del fatto di accedere a un provvedimento, formar materia di contratto tra un'Amministrazione e i privati: si riteneva che la partecipazione della volontà di soggetti privati alla formazione della fattispecie fosse da configurare, in casi del genere, come un semplice elemento del procedimento culminante in un provvedimento

ISSN 2036-7821

amministrativo. Da parte di un'altra opinione, che ha remota origine ed era diffusa fino a epoca recente, si riteneva invece che nei casi in questione si avesse, sì, un contratto, ma un contratto non di diritto privato bensì "di diritto pubblico". Il problema se esistano casi in cui rapporti del genere indicato siano regolati mediante contratto va risolto in base al diritto positivo. E non v'ha dubbio che nel nostro ordinamento il quesito debba avere risposta affermativa […]. Le pubbliche Amministrazioni non possono, in via di principio, concludere negozi aventi per oggetto l'esercizio delle proprie potestà pubbliche (e dunque, p. es., non possono concludersi patti in ordine ai modi e ai contenuti dei provvedimenti da adottare in sede di pianificazione territoriale, di esercizio della potestà sanzionatoria o di quella tributaria, ecc.): queste potestà debbono essere esercitate in funzione del pubblico interesse e l'Amministrazione deve costantemente conservare inalterata la possibilità di modificare le valutazioni e le scelte effettuate al riguardo (patti del genere indicato sarebbero dunque nulli). Esistono però casi in cui è la legge stessa a prevedere che certi rapporti aventi un oggetto pubblico siano regolati – esclusivamente o alternativamente – attraverso strumenti pattizi (p. es. convenzioni urbanistiche, concordati tributari, ecc.). Si tratta di casi da considerare come eccezioni alla regola. Contratti del tipo anzidetto […] possono prima di tutto intervenire tra una o più pubbliche Amministrazioni […]. Vi sono poi i contratti (denominati talora anch'essi convenzioni) tra pubbliche Amministrazioni e soggetti privati. Possono esser ricordati quelli previsti […] per alcune concessioni (trattasi dei contratti destinati a regolare gli aspetti patrimoniali dei rapporti istituiti in virtù di un provvedimento di concessione: così avviene, p. es., per le concessioni di opere pubbliche: in simili casi il contratto – generalmente concluso mediante la firma di un "capitolato" o di un "disciplinare" – segue la sorte del provvedimento, e la caducazione di questo – realizzabile naturalmente secondo le regole del diritto amministrativo – comporta la caducazione di quello)». L'A., poco oltre, conclude che, visto che in questi «casi si è indiscutibilmente in presenza di veri e propri contratti, essendo fuori dubbio l'incontro in un unico atto di due o più volontà autonome, mosse (da interessi contrapposti) alla regolazione consensuale di rapporti giuridici (quanto meno anche) patrimoniali, e dotate di pari potere determinante in ordine all'effetto giuridico, rimane da chiarire se sia il caso di configurare i contratti stessi come contratti "di diritto pubblico". La dottrina più moderna si è venuta, non senza ragione, orientando in senso negativo, basandosi essenzialmente sulla mancanza, per i contratti in questione, di regole tali da farli configurare come una categoria a sé stante rispetto ai contratti di diritto comune […]. Tutto ciò comporta che – salvo specifiche norme in senso diverso, e salve le peculiarità dei singoli casi – i così detti contratti "di diritto pubblico" sono soggetti alle stesse regole generali dei contratti di diritto comune» (pp. 604-605). Pur similmente ricostruendo il fenomeno, giunge a conclusioni non propriamente analoghe M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., vol. II, pp. 427-428, il quale spiega che dottrina e giurisprudenza «si divisero in due gruppi di opinioni: le une per sostenere che i rapporti nascenti dalle convenzioni erano da intendere come nascenti solo da provvedimenti amministrativi; gli altri per sostenere che erano "rapporti contrattuali" non di diritto privato bensì di diritto pubblico, nascenti da incontri di volontà e disciplinati dalle parti. I primi proponevano svariate spiegazioni; che tali rapporti nascessero da provvedimenti amministrativi preceduti o seguiti da "atti di sottomissione" dei privati; che nascessero da provvedimenti amministrativi unilaterali produttivi di effetti bilaterali a contenuto patrimoniale; che fossero rapporti nascenti da provvedimenti amministrativi puri e semplici i quali recepissero nelle proprie clausole il contenuto di atti emessi da privati. Gli altri, in genere, ponevano il loro maggior impegno soprattutto a mostrare come anche il diritto pubblico, benché autoritativo, non fosse alieno dall'adozione di strutture contrattuali, quali quelle del "contratto di diritto pubblico". La giurisprudenza, in Italia nello scorso secolo, cominciò ad andare per proprio conto, e ad almeno due dei gruppi di rapporti di cui si discuteva applicò le norme dei contratti di diritto comune: erano i rapporti nascenti da concessioni, di beni e di servizi, che essa chiamò "concessioni contratto". Viceversa la legislazione positiva si indirizzò, per altri gruppi di rapporti, in senso decisamente non contrattualista: così per quelli d'impiego pubblico. Venne così ad affermarsi anche in dottrina un indirizzo di demitizzazione del dibattito, e di richiamo al diritto positivo: non si tratta di discutere – si disse – se il contratto di diritto pubblico esista, o se invece sia da ammettere l'esistenza solo di atti di sottomissione, accordi procedimentali, atti collegati, o altro. Tutte queste figure – si osservava – in un diritto positivo sono parimenti possibili, così come è possibile una figura a cui si può riservare la denominazione di contratto di diritto pubblico, se se ne identifichino dei tratti caratterizzanti […]. Or se si tiene presente che il provvedimento amministrativo può produrre effetti consistenti nella nascita, modificazione ed estinzione tanto di diritti reali quanto di diritti di obbligazione, si comprende come l'amministrazione, allorché è possibile giuridicamente, possa trovare più conveniente sostituire al più pesante strumento provvedimentale il più duttile strumento contrattuale, o integrare il primo col secondo, o usare

ISSN 2036-7821

tema sul quale si vuole ora riflettere, del resto, è in parte diverso: se ed in quali termini e limiti il diritto positivo vigente consente che sia negoziabile l'esercizio del potere amministrativo, evidentemente nelle aree che permangono sotto la sua egida[13] (e perciò non siano state oggetto di liberalizzazione e/o privatizzazione[14]).

È ben noto che il 'dogma' della autoritatività/unilateralità dell'azione amministrativa sia stato rivisitato, essendo oggi definitivamente acquisita la possibile utilizzazione di moduli consensuali per la realizzazione dell'interesse pubblico, l'ordinamento essendosi aperto alla cd. 'amministrazione per accordi'[15]. La ragione della ostilità ad accogliere la tesi della negoziabilità del potere amministrativo è da rinvenirsi proprio nella autoritatività/unilateralità consustanziale all'esercizio del potere. Tuttavia, se

---

il primo fino ad ottenere un certo effetto giuridico e poi far subentrare il secondo. Sicché quando il provvedimento non produce effetti a contenuto patrimoniale (come avviene sovente), manca la stessa base per l'uso dello strumento contrattuale; viceversa ogni volta che vi è effetto a possibile contenuto patrimoniale, nel diritto positivo deve ammettersi, come regola di principio, la possibilità del ricorso all'accordo tra l'amministrazione e il privato per disciplinare il rapporto patrimoniale o quantomeno l'aspetto patrimoniale del rapporto. Vale a dire che il principio è proprio l'inverso di quel che vorrebbe la tesi negativa, e di ciò la pratica offre continuo e crescente riscontro […]. Ma per ammettere che esista un contratto di diritto pubblico occorre che le norme positive diano ad esso dei caratteri propri, tale da distinguerlo dal contratto di diritto privato. Or nel nostro diritto positivo ciò non avviene».

[13] Non è inutile ricordare che è la legge a stabilire i confini dell'area in cui si ritiene indispensabile l'intervento del potere amministrativo, assumendosi che la sua mediazione garantisca la migliore realizzazione del bene comune; e che tali confini sono stati negli ultimi lustri notevolmente ridotti. È dunque il diritto positivo che deve guidare la riflessione, e non il pregiudizio ideologico. Quest'ultimo, infatti, può indurre in errore, facendo accogliere oppure escludere una prospettiva ermeneutica senza tener conto del dato normativo vigente. Tuttavia, deve restar fermo che non si può stravolgere la sostanza teorica: uno Stato più è liberal-liberista meno tollera l'esercizio del potere; più lo tollera invece quando è liberal-democratico. L'assunto sta a monte della riflessione che si sta svolgendo: quel che occorre aver presente è che la disciplina, a dir così, 'amministrativistica', si applica ad ambiti materiali sempre più circoscritti; ciò nondimeno, per quelli che rimangono in questa dimensione, l'interesse pubblico è, ontologicamente, l'elemento centrale del modo di essere dell'azione amministrativa.

[14] In proposito M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 26, precisa che «Le privatizzazioni consentono il passaggio, in tutto o in parte, di imprese dalla mano pubblica alla mano privata, ma convivono con poteri pubblicistici rilevanti, che vengono attribuiti ai ministri di riferimento o ad apposite autorità: si pensi al cosiddetto *golden power*, che consente al governo di condizionare, tra l'altro, certe acquisizioni di pacchetti azionari, e ai poteri di vigilanza di autorità quali quelle preposte alle comunicazioni o ai settori dell'energia. Vi sono varie de-regolazioni, che si accompagnano però quasi sempre a ri-regolazioni: è il caso dei trasporti aerei negli Stati Uniti, dove alla de-regolazione delle tariffe e dei prezzi si è affiancata una decisa ri-regolazione delle misure di sicurezza».

[15] Come osserva M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., originariamente «Il provvedimento unilaterale era al centro dell'azione amministrativa. Il contratto era dietro le quinte. Non che mancassero figure rilevanti di contratti delle pubbliche amministrazioni, come gli appalti per la realizzazione di opere pubbliche o per le forniture di beni. Ma il provvedimento dominava la scena in modo assoluto» (p. 353). E però, «Il modello classico entrò in crisi ben presto. Già in periodo giolittiano fu chiaro che, per garantire il decollo industriale del Paese, era indispensabile che l'amministrazione pubblica collaborasse, venisse a patti, con le imprese private: essa non poteva pretendere di imporre condizioni in modo unilaterale e autoritativo. Di lì cominciò a svilupparsi nella prassi l'amministrazione consensuale, tramite contratti, convenzioni, accordi. La giurisprudenza si adeguò dando spazio a figure negoziali largamente disciplinate dal diritto privato. La dottrina ha trovato non poche difficoltà ad entrare in sintonia con la prassi consensuale. Sta di fatto che contratti, convenzioni e accordi hanno progressivamente ampliato il loro campo di operatività e oggi hanno dignità pari – e forse rilevanza superiore – a quella dei provvedimenti amministrativi unilaterali» (p. 354).

ISSN 2036-7821

tale ostilità era facilmente spiegabile fintanto che vigeva lo Stato assoluto, lo è meno una volta affermatosi lo Stato di diritto. Ciò nonostante, anche dopo l'avvento di quest'ultimo, l'ostilità permane: il dogma in parola, infatti, viene conservato, sebbene muti la sua giustificazione.

In effetti, si è erroneamente fatta coincidere l'autoritatività/unilateralità dell'atto amministrativo con l'idea dello Stato assoluto, che non fondava la legittimazione del suo potere sulla investitura democratica. Essa invero persiste (e non può non persistere) anche nello Stato di diritto, fondato sul dominio della legge come espressione della sovranità popolare.

Si può affermare, pertanto, che la questione della negoziabilità si propone tuttora, sebbene i suoi termini siano andati, in qualche modo, stemperandosi con la progressiva crescita della democratizzazione del potere amministrativo, e per effetto della ricordata attenuazione del dogma[16]. Siffatta attenuazione, invero, ha trovato un assai significativo sbocco formale nella codificazione normativa, ad opera della L. 241/1990, degli «accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento» (art. 11), e di quelli «fra pubbliche amministrazioni» (art. 15)[17].

La legge di codificazione del procedimento – lo si chiarisce subito a seguire analizzando in dettaglio il testo delle richiamate disposizioni –, pur avendo disciplinato gli accordi appena menzionati, non pare affatto aver risolto in senso affermativo la disputa, tali accordi sembrando difficilmente riconducibili alla categoria dei contratti di diritto pubblico[18], dovendosi piuttosto intendere, più

[16] Occorre, peraltro, tenere ben presente che, per cambiare una realtà venuta consolidandosi in una tradizione secolare, la emanazione di una disciplina normativa non appare da sola sufficiente: quando un corpo burocratico è da sempre abituato ad agire in un certo modo, è assai difficile che una riforma legislativa di così rilevante impatto possa di per sé, e di colpo, mutare la 'cultura' della P.A., e cioè il suo modo di comportarsi nel quotidiano agire amministrativo.

[17] Non è inutile precisare che con gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento non vanno confusi i ccdd. *accordi preliminari*, i quali rientrano (insieme alle *designazioni*, alle *deliberazioni preliminari* ed alle *richieste*) nella specie degli *atti manifestazione di volontà interni ad un procedimento amministrativo*. Tali atti – che in qualche modo sembrano un'anomalia sul piano logico-giuridico, giacché normalmente la manifestazione di volontà costituisce l'esito del procedimento amministrativo, tuttavia – si spiegano in ragione della complessità della società contemporanea, i cui sempre più articolati percorsi non di rado rendono necessario che all'interno del procedimento si manifestino volontà diverse da quella finale.

[18] Sembra esprimersi analogamente M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 375-376, secondo il quale «Parte della dottrina qualifica tali accordi come contratti di diritto pubblico. Esistono, invero, alcune analogie: in taluni ordinamenti il contratto di diritto pubblico, infatti, è disciplinato da regole e da principi pubblicistici, come avviene nel caso del *contrat administratif* dell'esperienza francese; e in Italia […] gli accordi sono regolati solo parzialmente dal codice civile, in quanto compatibile con gli interessi pubblici. Ma, tuttavia, non sembra possibile […] considerare gli accordi come contratti: si pensi solo che la genesi degli accordi è in un'istruttoria di un procedimento amministrativo pubblicistico che è distante dalla vicenda delle trattative contrattuali, o della gara pubblica che può prenderne il posto. La recente previsione che introduce l'obbligo di motivare gli accordi rafforza la distanza di questi strumenti rispetto a quelli propriamente negoziali». In modo non dissimile opina M. CLARICH, *Manuale* cit., p. 257, il quale ricorda che «Si discute in dottrina se gli accordi disciplinati dalla l. n. 241/1990 possano essere qualificati, sulla scia dell'ordinamento tedesco, come contratti di diritto pubblico, accentuando così la peculiarità del loro regime rispetto a quello dei contratti di diritto comune. In alternativa essi possono essere qualificati come

ISSN 2036-7821

correttamente, quali «congegni» di tipo negoziale[19], sì, ma comunque funzionalizzati all'esercizio (discrezionale) di un potere amministrativo, e cioè alla realizzazione di un interesse pubblico specifico[20].
In altre parole, l'accordo con il privato (ma pure quello fra due o più PP.AA.), anche quando rappresenti un'alternativa al provvedimento amministrativo tradizionale, non sembra in grado di alterare l'assetto teleologico del potere (e, dunque, la sua funzionalizzazione all'interesse pubblico). Ciò non di meno il provvedimento autoritativo/unilaterale della tradizione non costituisce necessariamente l'unico strumento di cui la P.A. dispone per realizzare l'interesse pubblico dalla legge affidato alla sua cura. Il che significa, per un verso, che al provvedimento si può pervenire anche attraverso un accordo e che questo può persino sostituirsi ad esso; ma significa pure, per altro verso, che la negoziabilità dell'esercizio del potere non ne muta l'assetto funzionale, la norma limitandosi ad introdurre uno strumento giuridico negoziale, che resta comunque, appunto, funzionalizzato[21].

3. Gli accordi fra P.A. e privati di cui all'art. 11, L. 241/1990, e la loro funzionalizzazione all'interesse pubblico: una speciale (e alternativa) modalità per realizzare la partecipazione al procedimento.

La P.A., dunque, può concludere accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento, ovvero in sostituzione di questo. La

---

contratti aventi un oggetto pubblico, nei quali cioè la specialità discende soprattutto dal fatto che si riferiscono al potere discrezionale, cioè a un oggetto di per sé indisponibile. In realtà, soprattutto in seguito alle modifiche apportate all'art. 11 che […] prevede ora che gli accordi siano motivati, il loro regime è sempre più assimilabile a quello di un normale provvedimento amministrativo».

[19] La locuzione 'congegno' per spiegare il fenomeno è adoperata da G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1996, p. 221.

[20] Del resto, anche chi sostiene che l'«accordo amministrativo è un contratto» – lo fa autorevolmente G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto* cit., p. 295 – riconosce che ad esso «l'Amministrazione partecipa nell'esercizio di potestà e poteri amministrativi. La disciplina codicistica delle obbligazioni e contratti non si sostituisce a quella pubblicistica degli atti amministrativi, ma si aggiunge ad essa, con funzione complementare e integrativa. L'Amministrazione conserva, dunque, i parametri normativi ed il regime giuridico dell'esercizio del potere, sia in fase di formazione, sia in fase di esecuzione. Tuttavia con l'accordo l'Amministrazione esaurisce il suo potere discrezionale a circostanze immutate e il vincolo contrattuale, che ne deriva, non può essere superato se non per sopravvenute esigenze di interesse pubblico, nei limiti della legittimità e nel rispetto, comunque, dell'equilibrio economico originario».

[21] Anche secondo E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 583, «la indubbia accresciuta considerazione degli interessi dei privati, realizzata dalla recente normativa sul procedimento amministrativo, non pare in grado di eliminare il carattere di necessaria preordinazione alla cura di interessi pubblici dell'azione amministrativa e la unilateralità della disposizione in ordine agli stessi». In modo analogo si esprime M. CLARICH, *Manuale* cit., p. 255, ad avviso del quale «Il provvedimento espresso costituisce l'esito normale e più frequente del procedimento amministrativo», l'accordo, dunque, rappresentando «una modalità alternativa di conclusione del procedimento». L'A., poco avanti, sostiene che la negoziazione non fa venir meno la funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico poiché «l'accordo ha per oggetto il contenuto discrezionale del provvedimento ed è finalizzato a ricercare un miglior contemperamento tra l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione procedente e l'interesse del privato contrapposto al primo».

ISSN 2036-7821

prospettiva nel cui ambito va letto l'art. 11 della L. 7 agosto 1990, n. 241, è sancita dal suo co. 1, che indica, per definirla, le seguenti tre coordinate: *a*) gli accordi sono previsti nel quadro della partecipazione al procedimento; *b*) essi non possono essere stipulati in pregiudizio dei terzi; e *c*) devono comunque perseguire l'interesse pubblico. La disposizione[22], quindi, delinea un 'cono d'ombra' nel quale si deve necessariamente rimanere nella interpretazione del testo: non è possibile uscirne, perché altrimenti si eluderebbe il dettato della norma[23].

È necessario allora analizzare singolarmente le affermazioni di questa. Anzitutto occorre considerare che gli accordi in parola si 'muovono', a dir così, nel 'seno' di un procedimento già avviato, perché possono essere conclusi «in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10»[24]. Si è, pertanto, pienamente inseriti in una logica procedimentale. L'art. 10 definisce il contenuto della partecipazione al procedimento, che consiste in ciò: nel diritto, da un lato, di «prendere visione degli atti del procedimento»; e, dall'altro, di «presentare memorie scritte e documenti», che la P.A. ha «l'obbligo di valutare»[25].

Non v'è dubbio, allora, che l'affermazione di esordio dell'art. 11 collochi l'accordo nella prospettiva della partecipazione procedimentale: occorre non soltanto che sia già stato avviato un procedimento, ma anche che al suo interno si siano realizzate concrete ipotesi di rappresentazione degli interessi coinvolti dall'azione amministrativa[26]. Questo elemento sembra da solo sufficiente a dimostrare che si è in

---

[22] Come modificata dall'art. 7, co. 1, lett. a, L. 15/2005, così testualmente recita: «In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo».

[23] Ad avviso di E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 583: «Ogni volta in cui l'amministrazione voglia concordare con il privato l'esercizio del potere deve rispettare la disciplina di cui all'art. 11, l. 241/1990, anche se la prassi (oltre a confermare la scarsa propensione delle amministrazioni per l'uso degli accordi in luogo dei provvedimenti unilaterali) offre ancora numerosi esempi di convenzioni atipiche, sottratte alla garanzia di cui alla norma citata».

[24] Con le parole di M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 375, «la disciplina degli accordi procedimentali apre al diritto privato, ma in realtà solo parzialmente: non a caso, l'accordo nasce nell'ambito di un procedimento amministrativo già avviato ed è strettamente legato a un provvedimento amministrativo, in funzione integrativa o sostitutiva».

[25] La legittimazione degli interessati chiamati a partecipare è stabilita, invece, dagli artt. 7 e 9, ai quali l'art. 10 rinvia.

[26] Nell'opinione di A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato* cit., pp. 448-449, «la prestazione [del] consenso "non necessario" da parte del privato interviene all'interno di un procedimento amministrativo. Indipendentemente dal fatto che tale procedimento sia stato avviato già con l'obiettivo di ricercare il consenso, ovvero che tale possibilità sia emersa nel corso dello svolgimento dello stesso, la specifica collocazione della norma, e alcune specifiche disposizioni in essa contenute, non consentono di prescindere dalla presenza di un'attività procedimentalizzata – e, quindi, di un'istruttoria – di cui l'accordo costituisce una (possibile) modalità di conclusione. Peraltro, si tratta di un procedimento in cui l'amministrazione è comunque chiamata ad effettuare scelte e ad operare bilanciamenti e contemperamenti tra i diversi interessi in gioco[…]. In definitiva, ci troviamo dinanzi ad una fattispecie consensuale la quale presuppone che la prestazione del consenso sia meramente eventuale ai fini della produzione degli effetti giuridici; e che, proprio per questo, è calata all'interno di una logica

ISSN 2036-7821

una logica (benché negoziale, comunque) di respiro autoritativo, pur se l'accordo – come si vedrà subito a seguire – non deve necessariamente trasfondersi in un provvedimento, potendo essere anche sostitutivo di questo[27].

In altre parole, si deve tenere ben presente che si sta parlando di accordi di diritto pubblico, e non di contratti: l'interrogativo che bisogna porsi è se, ed eventualmente entro quali limiti, sia possibile utilizzare lo strumentario privatistico quando l'oggetto dell'accordo non sia disponibile, essendo stato dalla legge vincolato al perseguimento dell'interesse pubblico. Se l'oggetto non è disponibile, parrebbe doversi escludere la qualificazione di siffatti accordi come *contratti* di diritto pubblico, anche se – va detto – in dottrina si ritiene diversamente[28]. Gli accordi, invero, non sono 'costruiti' come i contratti disciplinati dal Codice civile. Questi ultimi sono espressione del principio di autonomia negoziale, che implica la piena disponibilità dell'oggetto, del contenuto e del fine dell'atto[29].

"multipolare", quale quella che si sviluppa all'interno di un procedimento amministrativo tipico e preordinato all'effettuazione di scelte e di bilanciamenti nell'esercizio di un potere discrezionale».

[27] Sembra essere dello stesso parere anche E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 581, il quale afferma che «L'accordo è strettamente legato al tema della partecipazione: esso può infatti essere concluso "in accoglimento di osservazioni e proposte" (art. 11, c. 1, l. 241/1990) (Fracchia)»; e, anzi, a seguire ricorda che addirittura la giurisprudenza «ammette l'applicazione della disciplina anche agli accordi conclusi a monte di un procedimento (Tar Lombardia, n. 3607/2006), a conferma del carattere generale che ha assunto l'istituto».

[28] Ad avviso di G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto* cit., p. 146, ad esempio, «l'art. 11 per la prima volta in termini generali ammette la negoziabilità della potestà discrezionale e consente la conclusione di contratti aventi ad oggetto la funzione pubblica. E per il suo carattere, appunto, generale, oltre che per la disciplina altrettanto generale (ancorchè sintetica) che esso contiene, si può ben dire che si tratta di quella norma-base, la cui mancanza nel passato ha costituito la principale ragione di disconoscimento dei contratti di diritto pubblico. Si potrebbe pertanto parlare di contratti di diritto pubblico, intesi come una specie del più ampio *genus* della figura contrattuale (comprendente nel suo ambito non solo il contratto *ex* art. 1321 c.c., ma anche categorie varie quali gli accordi internazionali, la vendita forzata e i contratti, appunto, di diritto pubblico). Tanto più se si considera che la categoria del contratto di diritto pubblico ("*soggetto in quanto tale alle norme di quest'ultimo*") è presupposta e riconosciuta persino dalla giurisprudenza della Corte di giustizia».

[29] Secondo F.G. SCOCA, *Gli accordi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., Parte 5, *Amministrazione consensuale*, pp. 345 ss., 346-347, «Per quanto riguarda i profili funzionali, un dato sembra pacifico. Gli accordi costituiscono una modalità di esercizio del potere amministrativo. Essi sono disciplinati dalla legge sul procedimento e possono essere conclusi, per espressa previsione normativa, esclusivamente nell'ambito di un procedimento amministrativo avviato, ovvero nell'ambito del concreto esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione. A seconda della tipologia dell'accordo viene a determinarsi, infatti, la totale o parziale definizione del procedimento amministrativo, o, persino, – nel caso di accordo sostitutivo – la sua chiusura. Da ciò deriva che senza un procedimento ed un presupposto potere autoritativo attribuito dall'ordinamento all'amministrazione non può esservi alcun accordo *ex* art. 11. La tipicità degli accordi è, quindi, legata alla tipicità del potere di provvedere. Quanto premesso consente di definire la figura degli accordi amministrativi non solo in positivo, ma anche in negativo, escludendo che l'istituto degli accordi possa essere ricondotto in seno all'attività di diritto privato dell'amministrazione. È indubbio che l'amministrazione, salvo espresse eccezioni di diritto positivo, abbia piena capacità di diritto privato e possa assumere rapporti contrattuali, essendo in ciò soggetta al solo vincolo del perseguimento dei fini istituzionali. Nell'attività di diritto privato la parte pubblica si pone necessariamente su un piano paritetico con la parte privata, non potendo conseguire imperativamente ed unilateralmente la produzione degli effetti giuridici riguardanti terzi, difettando di un potere autoritativo. L'amministrazione può, ad esempio, acquistare beni, servizi e forniture ricorrendo a procedure ad evidenza pubblica, che richiedono, tuttavia, una necessaria definizione consensuale del rapporto. In questi casi, la

ISSN 2036-7821

Ciò non deve, tuttavia, necessariamente implicare la rigidità della forma nell'esercizio del potere: sembra cioè possibile accogliere una prospettiva negoziale, purché questa non stravolga lo schema nel quale ci si deve muovere, che è quello per cui l'interesse che va realizzato è sottratto alla disponibilità delle parti[30]. Insomma, il co. 1 obiettivamente circoscrive il rischio di disuguaglianza che sicuramente si sarebbe profilato laddove la norma avesse assegnato alla P.A. piena autonomia

mancanza del mutuo consenso tra amministrazione e privato impedisce radicalmente qualsivoglia produzione di effetti giuridici nella sfera del soggetto privato, potendo essere solo il contratto la fonte dei predetti effetti. Al contrario, gli accordi *ex* art. 11 trovano il loro presupposto legislativo e sistematico nel concreto esercizio di un potere autoritativo. Anche sul piano della disciplina positiva, la distinzione tra accordo e contratto di diritto privato appare evidente». Diversamente sembra opinare V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., p. 403, il quale – dopo aver affermato che «L'art. 11 *L. proc. amm.*, con norma a portata generale, consente all'Amministrazione procedente, in accoglimento di osservazioni e proposte (presentate dai soggetti interessati nell'ambito dell'istruttoria), di "*concludere … accordi* con gli interessati al fine di *determinare il contenuto discrezionale* del provvedimento finale", ferma restando l'esigenza del "perseguimento del pubblico interesse" (*in ogni caso*, sottolinea la norma), e "senza pregiudizio dei diritti dei terzi". Prevede altresì, che, sempre in esito al procedimento pendente, possano essere conclusi accordi "*in sostituzione*" del provvedimento» – conclude che «Si deve ritenere che la norma abbia introdotto nel nostro ordinamento la figura, precedentemente negata, del *contratto* (o accordo) di *diritto pubblico*».

[30] F.G. SCOCA, *Gli accordi* cit., pp. 350-351, ricorda che «Un'obiezione all'ammissibilità degli accordi è stata fondata sulla negazione della possibilità per la pubblica amministrazione di negoziare l'interesse pubblico. L'enunciata obiezione può essere condivisa nei limiti in cui la negoziazione determini per l'amministrazione la rinuncia al perseguimento dell'interesse pubblico, ma non laddove ne fissi le modalità del perseguimento. In quest'ultimo senso, la legge espressamente prevede che l'accordo possa essere concluso esclusivamente "*nel perseguimento del pubblico interesse*", stabilendo che la rinuncia all'unilateralità, connessa all'utilizzo di un modulo consensuale, non implichi la rinuncia alla produzione degli effetti del provvedimento e la soddisfazione dell'interesse pubblico connesso all'attribuzione del potere. Il perseguimento dell'interesse pubblico, dunque, non solo caratterizza la disciplina, ma costituisce la causa stessa dell'accordo, determinando anche il regime pubblicistico della sua patologia. Condivisibilmente, secondo parte della dottrina, l'accordo trova giustificazione laddove le parti ottengano un'utilità ulteriore rispetto a quella che può essere fornita dal provvedimento terminale, e tale da poter essere conseguita solo uscendo dal provvedimento tipico e attribuendo alle parti stesse anche diritti soggettivi. Si è, infatti, sostenuto che un'interpretazione troppo rigorosa, consistente nel considerare il solo fatto della contrattazione tra il privato e l'amministrazione in contrasto con il principio del dovere per la parte pubblica di perseguire le finalità istituzionali, giungerebbe all'assurdo di far ritenere contraddittorio, quindi sostanzialmente inapplicabile, un istituto legislativamente introdotto e disciplinato. La contraddizione insita nella fusione tra potere amministrativo e autonomia privata è apparente, laddove essa si inserisca nell'ambito della partecipazione al procedimento. Quello degli accordi, infatti, non è solo un istituto del procedimento amministrativo, ma è un istituto di partecipazione al procedimento. Si tratta, in particolare, di un istituto che consente al privato di incidere, mediante la manifestazione dei propri interessi, non solo sulla formazione della decisione, ma anche sulla determinazione del contenuto della decisione medesima, codeterminando la definizione di un assetto di interessi vincolante sia per l'amministrazione, sia per l'interessato. È ormai noto, infatti, che il potere amministrativo si esercita attraverso una sorta di confronto e cooperazione dinamici con gli interessi privati e ciò rappresenta la *ratio* della partecipazione al procedimento amministrativo. Gli accordi, quale massima espressione partecipativa del privato al procedimento, consentono all'interesse privato di svolgere un ruolo ancor più incisivo nella realizzazione di tale confronto, definendo un assetto di interessi – compatibile con il perseguimento dell'interesse pubblico – condiviso e vincolante tra le parti. È stato osservato, infatti, che negli accordi amministrativi l'amministrazione non dispone dello scopo normativamente imposto, di cui essa è anzi garante, ma degli interessi coinvolti in funzione e in coerenza allo scopo dato».

ISSN 2036-7821

negoziale, riconoscendole cioè la possibilità di liberamente concludere accordi col privato, senza dover tenere in conto gli interessi di tutti i consociati[31].

Del resto, proseguendo nella disamina puntuale della disposizione, si trova che essa stabilisce che gli accordi vanno conclusi «senza pregiudizio dei diritti dei terzi». Ciò significa, con ogni evidenza, che essi non possono recare danni a terzi, e dunque, in buona sostanza, che nessun interesse può essere pretermesso *a priori*. Il che è ulteriore prova della dimensione pubblicistica degli accordi di cui all'art. 11. Ed invero, laddove un soggetto disponga di autonomia negoziale, ed in esercizio di questa stipuli un contratto, sarebbe del tutto coerente il perseguimento esclusivo degli interessi dei contraenti: se è propria della fisiologia del contratto la soddisfazione soltanto di questi, ne consegue che è perfettamente legittimo che esso non consideri gli interessi dei terzi[32]. In altri termini, nella logica del mercato (diversamente da quella del potere amministrativo, funzionalizzato all'interesse pubblico) è pienamente legittimo praticare e promuovere la concorrenza fra i consociati senza doversi 'preoccupare' degli interessi facenti capo a coloro che non sono in grado di competere (e cioè alla stragrande maggioranza dei cittadini): anzi, è

[31] Sembrano di opinione non dissimile anche D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche* cit., pp. 354-355: «Gli accordi, dispone l'art. 11, c. 1, sono fatti dall'"*amministrazione procedente […] in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10*" e riguardano il contenuto del "*provvedimento finale*". Conseguentemente la proposta del privato di pervenire ad un accordo, che può considerarsi alla stregua di una proposta contrattuale (v. art. 1326 c.c.), deve seguire il regime delle "*memorie scritte e documenti*" che possono essere presentati dai soggetti legittimati ad intervenire nel procedimento. In primo luogo, deve avere forma scritta; in secondo luogo, fa nascere l'obbligo della sua valutazione da parte dell'amministrazione (art. 10, lett. *b*), la quale quindi emanerebbe un atto illegittimo se la ignorasse o non valutasse adeguatamente l'opportunità di accettarla; infine, di essa, in quanto parte degli "*atti del procedimento*", hanno diritto di prendere visione i soggetti che vi partecipano e nei suoi confronti può essere esercitato il diritto di accesso (in ogni caso, naturalmente, con le limitazioni previste dalla legge, in particolare con la possibilità del suo differimento fino a che il procedimento non è concluso). La rilevanza giuridica che ha l'ambientazione degli accordi nel procedimento sembra giustificare la deduzione che una loro conclusione al di fuori di esso potrebbe avere conseguenze sulla validità dell'accordo (e quindi, in caso di accordo integrativo, sulla legittimità del provvedimento che dovesse eventualmente seguire)».

[32] Come chiarisce F.G. SCOCA, *Gli accordi* cit., p. 359, «L'accordo, sebbene non possa produrre effetti giuridici diretti nella sfera dei terzi, può comunque pregiudicarne la posizione, accrescendo (o anche riducendo) la sfera giuridica del contraente. Basti pensare agli effetti pregiudizievoli che gli accordi, aventi ad oggetto concessioni o autorizzazioni amministrative, possono produrre in capo a soggetti posti in condizione di concorrenza con i beneficiari. Pertanto, il terzo titolare di una *situazione giuridicamente protetta* illegittimamente lesa dall'uso che l'amministrazione ha fatto del potere, tanto con l'adesione all'accordo e la scelta di un determinato contraente, quanto nella determinazione del contenuto dell'accordo, vanterà una situazione di interesse legittimo avverso l'esercizio del potere amministrativo medesimo e potrà pertanto impugnare l'accordo davanti al giudice amministrativo». Sia pur in una prospettiva dissimile, anche ad avviso di A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato* cit., pp. 448-449, «il riferimento normativo alla necessità di non pregiudicare i "diritti dei terzi" […], evidentemente, non avrebbe alcun significato se ci si muovesse in un ambito contrattuale ove vige la regola dell'inidoneità del contratto a produrre "effetto rispetto ai terzi". E invece, poiché gli accordi si definiscono all'interno di una logica strutturalmente "multipolare", i terzi, da un lato, devono essere chiamati a prendere parte al procedimento se individuati o facilmente individuabili; dall'altro, sono legittimati ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo l'accordo che ha concluso il procedimento poiché esso ha comunque potuto incidere – più o meno direttamente – sulla loro sfera giuridica».

ISSN 2036-7821

proprio fisiologico, in ciò risiedendo l'essenza, la ragion d'essere, della *lex mercatoria*[33].

La norma che si sta esaminando, viceversa, stabilisce che l'interesse dei terzi non può essere pregiudicato; dimostra una volta di più la sottrazione degli accordi alla libertà contrattuale, indiscutibilmente collocandoli, all'opposto, nella dimensione dell'esercizio discrezionale del potere amministrativo. Non è inutile in proposito precisare che i terzi di cui si parla sono tutti i soggetti coinvolti dall'esercizio del potere; vi rientrano, perciò, non soltanto coloro che si muovono a tutela di interessi individuali, ma anche i portatori di interessi collettivi: il che – viene di rilevare – richiama più la categoria della cittadinanza che quella della individualità.

Si può allora concludere che, se la P.A. intende pervenire alla soddisfazione dell'interesse pubblico specifico, invece che mediante il provvedimento unilaterale (il quale sovente richiede un laborioso *iter* procedimentale), mediante il più snello ed agevole strumento dell'accordo con il privato coinvolto, *nulla quaestio*. A condizione, però, che ciò non consenta di eludere l'obiettivo fondamentale, che non può essere la promozione e la tutela del mercato, giacché è la stessa norma ad affermare che l'accordo deve concludersi «in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse». La logica, dunque, resta quella della partecipazione al procedimento. D'altro canto – pur se, adoperando l'accordo, la P.A. agente può di fatto ottenere uno 'sveltimento' dell'azione –, nella interpretazione funzionale della norma si deve 'guardare' principalmente alla *garanzia*, e non alla *efficienza*[34]. In definitiva, la possibilità negoziale offerta alla P.A. dall'art. 11 è posta, in via preminente, in funzione della partecipazione, anche se al tempo stesso consegue un obiettivo di efficienza[35]. Sembra perciò che non sia da condividere l'opinione di quella parte della dottrina che 'legge' l'accordo come uno strumento funzionalizzato a quest'ultima.

La dominante prospettiva ermeneutica dell'art. 11, dunque, non può che essere quella della partecipazione, e cioè della democratizzazione del potere: nel suo svolgersi dinamico questo deve essere permeabile agli interessi, per integrare, completandolo, il disegno della sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost., la quale non può più risolversi soltanto nell'esercizio del diritto di voto. Lo iato tra la fissazione in

[33] M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 26-27, osserva che «La globalizzazione economica, più in generale, ha comportato una riespansione della *lex mercatoria*, cioè di regole poste dalle stesse imprese – soprattutto multinazionali – ma ha avuto e ha bisogno di un'estesa regolazione pubblica e amministrativa. Gli Stati, pur avendo perso spazi di sovranità, continuano ad avere poteri cospicui».

[34] Ed infatti l'art. 11 è collocato nel Capo III (intitolato, appunto, «Partecipazione al procedimento amministrativo»), e non nel Capo IV (intitolato, invece, «Semplificazione dell'azione amministrativa») della L. 241/1990.

[35] Partecipazione ed efficienza, invero, sono entrambe coordinate del procedimento amministrativo, e di pari rilevanza: nell'interpretare una disposizione della legge, è possibile, sì, privilegiare l'una all'altra, ma non per una diversità assiologica fra esse – una corretta interpretazione delle norme della L. 241/1990 deve infatti sempre combinare garanzia e partecipazione, da un lato, ed efficienza e semplificazione, dall'altro –, bensì per la collocazione della disposizione entro l'uno o l'altro Capo.

ISSN 2036-7821

astratto dell'interesse pubblico (ad opera della legge) e l'esercizio in concreto del potere amministrativo (ad opera della P.A.), insomma, postula che anche tale esercizio venga sempre più democratizzato: ciò significa dover giuridicamente 'aprire' agli interessi il procedimento, che ne è la manifestazione formale.

Ebbene, siffatta istanza appare tutt'altro che incompatibile con l'uso di forme giuridiche consensuali (di ispirazione meno tradizionalmente 'amministrativistica'), purché queste restino contenute in modo da non stravolgere la sostanza cui sono serventi: il conseguimento dell'interesse pubblico fissato dalla legge[36].

Per completare la disamina del co. 1 occorre infine, sia pur brevemente, soffermarsi sulla duplicità di forma che, secondo la norma, l'accordo può assumere: possono concludersi sia accordi *integrativi* del provvedimento (altrimenti denominati *endo-procedimentali*)[37], sia accordi *sostitutivi* del provvedimento. All'esito della modifica introdotta dalla L. 15/2005, essendo stato eliminato l'inciso «nei casi previsti dalla

[36] Secondo E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 580, «A differenza di quanto accade nelle fattispecie contrattuali, l'interesse affidato alla cura di una delle due parti – il soggetto pubblico – assume all'interno dell'accordo un ruolo del tutto differente rispetto a quello del privato: l'accordo deve essere stipulato "in ogni caso nel perseguimento dell'interesse pubblico" e "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo" […]. In altri termini, il vincolo posto all'amministrazione che deve mirare al migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico si "traduce in un *regime giuridico* dell'atto" (Falcon). La validità (non solo dell'attività posta in essere in vista della stipulazione dell'atto finale ma anche) dell'accordo e la sua vincolatività sono subordinate alla compatibilità con l'interesse pubblico, il quale ne diviene così elemento definitorio (Fracchia). In particolare, l'istituto della revoca (cui è ascrivibile il recesso contemplato all'art. 11, l. 241/1990 […]) si profila "assolutamente inconciliabile con l'idea del contratto" (Miele)».

[37] Come spiegano D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche* cit., p. 352, «Nel caso di "accordi integrativi" (o "endoprocedimentali"), il procedimento si conclude con un provvedimento unilaterale, il quale, però, non è il risultato di una decisione presa autonomamente dall'amministrazione pubblica; quest'ultima, in sostanza, si limita a recepire una decisione raggiunta mediante accordo con coloro che altrimenti avrebbero subito gli effetti di una decisione unilaterale». Secondo E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 582, «L'accordo integrativo è un accordo endoprocedimentale destinato a riversarsi nel provvedimento finale. Esso, ammissibile soltanto nell'ipotesi in cui il provvedimento sia discrezionale, fa sorgere un vincolo tra le parti: in particolare l'amministrazione è tenuta ad emanare un provvedimento corrispondente al tenore dell'accordo. In caso contrario, il giudice amministrativo potrà dichiarare l'obbligo di provvedere. Tuttavia […], l'effetto finale è da rapportare solo al provvedimento, soggetto al consueto regime pubblicistico – salvo per la parte "riproduttiva" dell'accordo – e unico atto impugnabile. Il provvedimento non è revocabile, almeno per quella parte che corrisponde all'accordo, in ordine alla quale si può esercitare il potere di recesso». Anche ad avviso di V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., pp. 403-404, «nell'esercizio di poteri amministrativi *discrezionali*, il contenuto dispositivo degli atti nei quali il potere si estrinseca, può essere oggetto di negozio con le parti interessate, negozio che può configurarsi come quello che definisce la fattispecie procedimentale e produce gli effetti (sostitutivo) ovvero come quello il cui contenuto dispositivo viene versato nel provvedimento (integrativo). In tale secondo caso la fattispecie procedimentale è definita dal provvedimento ed è questo a produrre gli effetti, ma parte (o tutto) del contenuto dispositivo di questo atto deriva da un negozio ed è "coperto" dalla disciplina negoziale. Gli accordi in oggetto diventano un modulo procedimentale di esercizio del potere amministrativo *alternativo* al provvedimento e sono interamente situati nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico […]. Ci insegnava *Nigro* che l'accordo è concepito (nel d.d.l. che si è poi trasformato nella legge in esame) "non già come una rottura del procedimento, come una soluzione eccezionale e anomala dei problemi aperti dall'iniziativa di procedimento, ma come uno sbocco alternativo all'atto (provvedimento) e come questo direttamente e coerentemente discendente dallo sviluppo dello stesso procedimento, nel cui continuo dispiegarsi … si pongono le premesse e si creano le condizioni per la formazione di quella consensualità che l'accordo porta alle sue naturali conseguenze"».

ISSN 2036-7821

legge» per gli accordi sostitutivi[38], si deve assumere che, diversamente da prima, entrambe le ipotesi di accordo con il privato siano stipulabili dalla P.A. in via parimenti fisiologica[39].

Ciò nondimeno, le garanzie disposte dalla legge restano anche nei confronti dell'accordo sostitutivo[40]: esso può concludersi soltanto dentro (ed all'esito di) una

[38] A questo riguardo non è inutile precisare che nel testo originario la disposizione contemplava una significativa limitazione all'utilizzo degli accordi sostitutivi, il che, indubbiamente, costituiva un altro elemento di rafforzamento della lettura 'funzionalizzante' degli accordi. L'inciso «nei casi previsti dalla legge», infatti, imponeva di ritenere che questa non fosse una ipotesi prevista dalla legge in via generale, essa dovendo considerarsi, piuttosto, rimandata ad una ulteriore valutazione del Legislatore, chiamato ad esprimersi di volta in volta in maniera specifica. Insomma, mentre l'accordo integrativo era la regola generale, quello sostitutivo, invece, una sorta di eccezione: pur se la disposizione in esame ne prevedeva la tipologia, lo faceva solo in astratto, perché in concreto, per poter essere effettivamente stipulato, l'accordo sostitutivo avrebbe dovuto essere, tipo per tipo, espressamente previsto da una legge di settore. Come chiarisce E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 582, si presenta «Più complesso il discorso attinente all'accordo sostitutivo, in ordine al quale non è più necessaria (dopo le riforme apportate nel 2005), la previsione di legge delle ipotesi in cui è possibile concluderlo: esso elimina la necessità di emanare un provvedimento». L'A. subito a seguire precisa, opportunamente, che «Tra i pochissimi esempi di accordo sostitutivo espressamente previsti dalla legislazione italiana – ma […] l'istituto ha ora carattere generale – ricordiamo l'accordo di cessione che produce effetti del decreto di esproprio di cui all'art. 45, d.p.r. 327/2001 e la concessione di aree demaniali e delle banchine "per l'espletamento delle operazioni portuali nonché di attività relative ai passeggeri e di servizi di preminente interesse commerciale ed industriale", fattispecie disciplinata dall'art. 18, l. 84/1994».

[39] Sembra opinare in modo parzialmente diverso V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., 2021, p. 404, secondo il quale «Successivamente alla modifica introdotta al citato art. 11 dalla L. 15/2005, la quale ha soppresso la limitazione al ricorso agli accordi c.d. sostitutivi precedentemente ammessa nei soli "casi previsti dalla legge" (ad esempio, l'art. 20, D.P.R. 327/2001 e l'art. 18, L. 84/1994 in tema di concessione di aree e banchine portuali), la conclusione negoziata del procedimento diviene modalità ordinaria della fase decisoria. In tal modo la norma, la cui applicazione, in ordine agli accordi sostitutivi (e integrativi) è stata scarsa, potrà acquistare ampia possibilità di applicazione sempre che le Amministrazioni saranno indotte a superare la costante difficoltà che hanno manifestato (si direbbe anzitutto per ragioni culturali) nell'utilizzo dello strumento negoziale».

[40] Come chiarisce F.G. SCOCA, *Gli accordi* cit., pp. 348-350, infatti, «L'art. 11 prevede e disciplina due tipi di accordo tra amministrazioni e privato: l'accordo procedimentale – denominato anche accordo integrativo – e quello sostitutivo del provvedimento. Degli accordi integrativi, conclusi al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, è stata prevista la generale applicazione sin dall'originaria formulazione dell'art. 11. L'elemento caratterizzante questo accordo è l'obbligo assunto dall'amministrazione di esercitare il potere attraverso l'emanazione di un provvedimento, il cui contenuto sia in tutto, o in parte, determinato dal previo accordo con il privato, oltre ad – eventualmente – ampliare il contenuto del provvedimento stesso, facendogliene assumere uno che non avrebbe legittimamente potuto assumere senza uno specifico incontro di volontà con il privato. Gli accordi sostitutivi, invece, prima tipizzati ed ora – a seguito alla novella di cui alla legge n. 15/2005 – di generale applicazione, determinano la produzione degli effetti giuridici, per i quali sarebbe necessaria l'emanazione del provvedimento unilaterale, senza che residui alcuna ulteriore attività relativa all'esercizio del potere da parte dell'amministrazione. L'aver conferito portata generale agli accordi sostitutivi corrisponde alla previsione del modello originario predisposto dalla Commissione Nigro, contrariamente a quanto suggerito nel parere del Consiglio di Stato e a quanto effettivamente contenuto nel testo di legge approvato nel 1990. L'atipicità ora riconosciuta agli accordi sostitutivi è, tuttavia, parziale. Si tratta, infatti, di atipicità nell'*an*, attinente alla sostituibilità del provvedimento con l'accordo, senza necessità di una espressa previsione legislativa. L'accordo – tanto quello sostitutivo, quanto quello integrativo – resta tipico in quanto assorbe il carattere di tipicità del provvedimento corrispondente. Su un piano più generale, occorre osservare che la previsione di un medesimo ambito applicativo per entrambe le specie di accordi, per i quali il legislatore ha previsto l'unitaria disciplina normativa dettata dall'art. 11, non fa venir meno le differenze esistenti sul piano

ISSN 2036-7821

vicenda procedimentale («in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10»); e resta saldamente funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico[41].

4. continua: le prescrizioni della disposizione che confermano la loro vocazione teleologica.
Particolare attenzione merita il co. 2, nel quale – dopo essersi stabilito che «debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti» – si prescrive che agli accordi «si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili».
Anche questa statuizione – diversamente da quanto potrebbe apparire a prima vista – conforta la complessiva interpretazione data all'art. 11: in primo luogo, perché ad essere applicabili sono i «principi», e non le norme, «del codice civile in materia di obbligazioni e contratti»; e poi, ma soprattutto, perché tali principi sono applicabili soltanto «in quanto compatibili»[42].

---

strutturale. Ciò impedisce una considerazione in termini di equivalenza tra essi. Mentre, come evidenziato, l'accordo procedimentale è un atto (consensuale) che interviene nel procedimento e all'interno di questo esaurisce i suoi effetti: si tratta, cioè, di un *atto interno al procedimento e strumentale al provvedimento*, l'accordo sostitutivo, invece, conclude il procedimento, determinando la nascita degli effetti sostanziali (l'assetto degli interessi) *al posto (in sostituzione) del provvedimento*. È evidente la differenza: nel primo caso l'accordo non conclude il procedimento ed è necessario il provvedimento finale, il cui contenuto risulta peraltro vincolato dall'accordo; nel secondo caso l'accordo determina esso stesso la chiusura del procedimento, senza l'emanazione di alcun provvedimento. Tratto comune tra le due specie di accordo è semmai *l'aspetto effettuale*, che si risolve, a ben vedere, nell'obbligo per entrambe le parti di dare esecuzione a quanto pattuito, dovendosi ritenere proprio il vincolo giuridico il tratto qualificante dell'istituto degli accordi, unitariamente inteso. È da osservare che l'ambito di applicazione degli accordi subisce diverse limitazioni, espresse ed implicite. Sul piano sostanziale, *oggetto di accordo non potrebbe essere l'esercizio di un potere vincolato*. Ciò è vero sia con riguardo agli accordi procedimentali – il cui oggetto è proprio la determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento finale –, sia con riguardo a quelli sostitutivi, perché la definitiva predeterminazione normativa dell'assetto degli interessi non potrebbe consentire alcuna effettiva definizione concordata del procedimento».

[41] Non va dimenticato che il co. 1-*bis*, introdotto dall'art. 3-*quinquies* della L. 273/1995, assegna al responsabile del procedimento un compito specifico, che accredita ulteriormente la 'lettura' dell'art. 11 che è stata sin qui illustrata: esso è tenuto a sollecitare «la conclusione degli accordi di cui al comma 1», all'uopo potendo «predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati». Gli incontri che il responsabile deve promuovere, secondo la prescrizione normativa, sono con ogni evidenza strumentali allo scopo di realizzare al meglio il principio di imparzialità, considerato che essi favoriscono una più adeguata e completa rappresentazione degli interessi in gioco con i quali si deve 'combinare' in concreto quello pubblico specifico fissato in astratto dalla legge. Come spiega F.G. SCOCA, *Gli accordi* cit., pp. 351-352, «La trattativa per la definizione dell'accordo è, del resto, pienamente inclusa nell'ambito delle facoltà partecipative del privato, sia ai sensi del comma 1, secondo cui la proposta del privato viene presentata nell'ambito della partecipazione *ex* art. 10, sia ai sensi del comma 1-*bis*, laddove si prevede un ruolo attivo del responsabile del procedimento per sollecitare e/o concludere un accordo. L'istanza di accordo presentata dal privato costituisce, anzi, espressione qualificata di partecipazione al procedimento, imponendo all'amministrazione una valutazione sull'istanza medesima contenente lo schema del "definitivo" assetto di interessi coinvolti nella fattispecie».

[42] Nella opinione di E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 581, «Il regime è complessivamente pubblicistico, ma va ricordato che agli accordi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di

ISSN 2036-7821

Ciò non può voler dire altro che, dovendo essere compatibili con il perseguimento dell'interesse pubblico, i «principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti» sono applicabili soltanto se, e nella misura in cui, la utilizzazione della normativa codicistica non stravolga l'assetto funzionale dell'esercizio del potere[43].

---

obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Per quanto riguarda il regime dell'accordo non conforme al paradigma normativo, esso non può prescindere dalla qualificazione pubblicistica dell'accordo stesso, ma richiede altresì di considerare i principi civilistici cui la norma citata rinvia: le regole sull'annullabilità del contratto (per incapacità della parte, per vizi del consenso e per conflitto di interessi) sono applicabili alla formazione del consenso del cittadino, mentre appaiono incompatibili con l'esercizio del potere amministrativo. Uno spazio importante per il rinvio ai principi civilistici si profila poi in relazione alla disciplina del rapporto scaturente dall'accordo. Se risulta inapplicabile l'art. 1373 c.c. sul recesso unilaterale, in ragione dell'esistenza di una disciplina espressa del recesso, sembra invece ammissibile il rinvio ai principi che impongono alle parti di comportarsi secondo buona fede e, con riferimento alle situazioni in cui vi sia un inadempimento degli obblighi assunti, a quelli in tema di risoluzione per inadempimento, per sopravvenuta impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (Tar Lombardia, n. 193/2006), sempre facendo salvo il criterio della compatibilità». Non proprio analoga, e certamente più articolata, è la posizione di V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., pp. 407-408: «L'espressione "obbligazioni e contratti", sicuramente imprecisa, va intesa come quella che richiama il libro IV del codice, intitolato com'è noto alle "obbligazioni" ma contenente anche la disciplina dei contratti. È indubbiamente quest'ultima quella che principalmente viene in considerazione a proposito degli accordi in oggetto: ad esempio, in tema di accordo delle parti (artt. 1326 e ss.); in tema di condizioni (artt. 1353 e ss.), in tema di interpretazione (artt. 1362 e ss.), in tema di effetti del contratto, come quello che "ha forza di legge tra le parti" e non può "essere sciolto che per mutuo consenso" o per cause legali (artt. 1372 e ss.). E poi in tema di invalidità, la cui disciplina, circa la nullità (artt. 1418 e ss.), l'annullabilità (artt. 1425 e ss.), nonché la disciplina della risolubilità per impossibilità sopravvenuta, si sostituisce senz'altro a quella dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi (già art. 26 *T.U. Cons. St.*) (dubbi in tema di rescindibilità, artt. 1447 e ss.; e di risolubilità per inadempimento, artt. 1453 e ss., già ritenute non applicabili agli accordi sostitutivi dell'espropriazione). Sul punto, si deve sottolineare che le parti dell'accordo non hanno nei confronti dell'Amministrazione il potere di impugnazione dell'accordo stesso davanti al giudice amministrativo per chiederne l'annullamento. Ma anche la disciplina generale delle obbligazioni (artt. 1173-1320) evidentemente si applica nei casi in cui gli accordi in oggetto siano costitutivi di obbligazioni: ciò che tuttavia è ovvio, e può essere predicato anche in ordine alle obbligazioni costituite da provvedimento amministrativo (salve le deroghe poste dalla disciplina di "contabilità pubblica", che operano anche nei casi in oggetto). La normativa codicistica ovviamente si applica in quanto compatibile, ciò che in concreto può risultare difficile e perplesso stabilire; ma si tratta comunque di un normale lavoro di interpretazione. La compatibilità va stabilita sia in termini generali (vi sono norme codicistiche da ritenere comunque inapplicabili agli accordi in oggetto: ad esempio, art. 1373 sul recesso unilaterale) sia con riferimento ai singoli tipi di accordi (come ad esempio, la disciplina della rescindibilità per lesione non si ritiene applicabile agli accordi sostitutivi dell'espropriazione, nei quali il prezzo massimo è predeterminato). La dizione "principi" usata dalla norma non ha un particolare significato tecnico: tali sono le norme stesse del codice di cui s'è detto, considerate (a giusto titolo) come la disciplina generale dell'attività negoziale. Ma ancora, e specularmente si direbbe, agli accordi (atti e successivi rapporti) può essere in qualche caso applicabile la disciplina relativa al provvedimento che essi sostituiscono (alcuni istituti in essa previsti), in quanto compatibili con l'accordo».

[43] Ed invero, come spiega F.G. SCOCA, *Gli accordi* cit., pp. 347-348, «Mentre i contratti ad evidenza pubblica sono veri e propri contratti, soggetti come tali – in difetto di disposizioni legislative speciali o derogatorie – alla integrale disciplina codicistica, gli accordi *ex* art. 11 non sono affatto disciplinati dall'insieme delle regole codicistiche, dato che ad essi si applicano soltanto i *principi* del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili (art. 11, comma 2). Sebbene il riferimento ai "principi" sia suscettibile di interpretazioni non univoche, una cosa va esclusa con sicurezza, ovvero che la disciplina codicistica si applichi in tutta la sua estensione, in ogni sua regola. L'accordo si colloca esclusivamente in seno all'esercizio di un'attività che l'amministrazione svolge in veste di autorità e che, salvo appunto una definizione consensuale, ha quale esito l'emanazione di un provvedimento, con la produzione unilaterale da parte dell'amministrazione di effetti

ISSN 2036-7821

Un altro elemento a sostegno della interpretazione che propende per la dimensione pienamente pubblicistica degli accordi è costituito dal co. 3 dell'art. 11, l'unico riferito esclusivamente agli accordi sostitutivi: esso dispone che questi «sono soggetti ai medesimi controlli previsti» per i provvedimenti. Il dettato normativo chiarisce in maniera inequivocabile che, quand'anche siano sostitutivi del provvedimento, gli accordi sono in via (sia pur non esclusiva, almeno) prevalente sottoposti al regime giuridico proprio di questo[44].

La ragion d'essere dei controlli, invero, è tipicamente pubblicistica, il che suona quale ennesima riprova che la negoziabilità di cui si sta parlando è ben diversa da quella propriamente civilistica, anche se, naturalmente, ne richiama lo spirito. Il limite generale della negoziazione nell'esercizio del potere sta nella ineludibilità del perseguimento dell'interesse pubblico: la P.A. può, sì, negoziare, ma solo allo scopo di rendere un miglior servizio al benessere della comunità.

E ciò vale per entrambi i tipi di accordi. La disposizione del co. 3 si riferisce solo a quelli sostitutivi, perché evidentemente per gli accordi endo-procedimentali il problema non si pone proprio: essi, infatti, si trasfondono in un provvedimento,

---

giuridici nella sfera altrui, a prescindere dal consenso del destinatario degli effetti medesimi. Negli accordi amministrativi è, infatti, il potere autoritativo che viene esercitato mediante atti bilaterali, laddove la volontà del privato non è necessaria per la confezione della fattispecie produttiva del precetto, o, se si preferisce, del regolamento di interessi. Gli accordi nascono, dunque, dalla fusione di potere (dell'amministrazione) e autonomia privata (del privato) e ciò ne caratterizza la natura. Da quanto detto deve trarsi un'ulteriore conseguenza sulla natura giuridica degli accordi, per la quale sono state prospettate varie e opposte ipotesi ricostruttive, parlandosi alternativamente di contratti di diritto privato, di contratti di diritto pubblico, o anche di atti bilaterali non negoziali. Il contratto è figura con propri caratteri fissati con precisione: la sua sostanza non si riduce all'accordo (o al consenso), ma comporta l'applicazione di una determinata disciplina legislativa. Riportare gli accordi dell'art. 11 alla generale figura del contratto avrebbe senso soltanto se ciò potesse comportare l'estensione agli accordi della disciplina tipica del contratto; ma come si è visto la legge ha disposto diversamente. In definitiva, nulla impedisce che gli accordi siano qualificati come contratti, ma la qualificazione, in presenza di una disciplina profondamente diversa e in relazione ad un oggetto del tutto particolare, quale è l'esercizio del potere pubblico, rischia di avere un rilievo meramente astratto, se non addirittura un valore soltanto terminologico». Secondo M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 374, «Sono chiare le differenze rispetto alla disciplina dei moduli contrattuali. Agli accordi si applicano i soli "principi" del codice civile sulle obbligazioni e i contratti, non già tutte le regole privatistiche proprie dei rapporti contrattuali, sia pure con le deroghe» previste. «E l'applicazione dei principi è subordinata alla condizione della "compatibilità": quei principi devono essere ritenuti compatibili con l'assetto dei rapporti tra amministrazione e amministrato e con il perseguimento degli interessi pubblici. Arbitro della compatibilità è il giudice amministrativo che diviene, secondo l'espressione francese, *maître de sa jurisprudence*: può utilizzare il diritto privato, ma nei limiti che considera opportuni».

[44] Sul punto, D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche* cit., p. 356, ritengono che «La sottoposizione degli accordi a regole procedimentali comuni ai provvedimenti si completa con la previsione che "*gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi*" (art. 11, c. 3), mentre ovviamente restano sottoposti ai controlli loro propri anche i provvedimenti preceduti da accordi. I controlli in questione saranno quelli propri dei provvedimenti sostituiti, non quelli previsti anche per i contratti di diritto comune». Diversamente sembra opinare V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., p. 407, ad avviso del quale la disposizione «comporta evidentemente [soltanto] che l'accordo pur perfezionato come fattispecie alla stipulazione dell'atto scritto (e la volontà negoziale delle parti private cristallizzata e irretrattabile) non acquista efficacia se non una volta superata la fase del controllo».

ISSN 2036-7821

sicché giuridicamente finiscono per 'sposare' in maniera fisiologica la 'vita' degli atti amministrativi, con tutte le garanzie che l'ordinamento prescrive affinché questi ultimi siano al servizio dell'interesse pubblico[45].

Per quanto si è fin qui riferito, pare possibile affermare che il Legislatore non abbia in alcun modo 'ridotto' l'esercizio del potere amministrativo alla negoziazione civilistica. La definitiva conferma viene dal dettato dei commi 4 e 4-*bis*.

Giusta il co. 4, «Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato». È ben noto che il potere amministrativo è, per sua natura, inesauribile: anche nell'ipotesi di accordo il Legislatore ha inteso disciplinare, sia pur in maniera peculiare, la rivisitazione dell'esercizio del potere[46]. Ora, non v'è ragione per sottrarre l'azione amministrativa condotta tramite accordi alla 'logica' che è propria dell'azione amministrativa in generale: il riesercizio del potere – o l'autotutela, che dir si voglia –, che significa operare sempre, in continuità, per ottenere il bene comune, vale anche con riferimento agli accordi. Tuttavia, la modalità consensuale dell'azione non può non influire sulla relativa disciplina. Ed infatti, in presenza di «sopravvenuti motivi di pubblico interesse», alla P.A. è consentito il recesso unilaterale dall'accordo, che costituisce uno strumento di autotutela che si aggiunge a quelli previsti in generale[47].

---

[45] Del resto, come osserva G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica. Sezione I: Le ipotesi ricostruttive. I modelli giuridici dell'attività consensuale*, in L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., vol. II, pp. 283 ss., 286, «Almeno apparentemente, può sembrare che l'utilizzazione degli strumenti del diritto privato consenta l'elusione dei meccanismi di controllo funzionale e di rispetto del principio di legalità (inteso in senso lato), che invece dovrebbero rappresentare un vincolo irrinunciabile dell'azione amministrativa. Per converso il diritto privato ha la duttilità propria dell'azione dei privati ed il suo impiego massimizza l'efficienza dell'azione amministrativa, rispetto ad un agire vincolato all'impiego dei soli poteri giuridici normativamente previsti».

[46] Se la P.A. in un dato momento decide per un certo assetto di composizione fra interesse pubblico primario e interessi secondari, questo non necessariamente deve valere *sub specie aeternitatis*. Il suo potere essendo ontologicamente inesauribile, la P.A. ha, non solo il potere, ma il dovere di monitorare continuamente la realtà ed eventualmente tornare sui suoi passi: tale potere/dovere deriva dal suo essere espressione della sovranità popolare, la quale, se, da un lato, le conferisce la capacità di imporsi affinché operi per il bene comune, dall'altro, richiede di seguire in modo costante la evoluzione della realtà, di modo che (detto bene venga definito per come effettivamente si presenti, e dunque) la 'dimensione' istituzionale sia resa coerente con quella sociale.

[47] Ad avviso di M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 374-375, il «potere di recesso unilaterale dell'amministrazione nel pubblico interesse, previsto in via generale dalla legge sul procedimento», si configura come «una potestà pubblicistica. È significativa la differenza rispetto alla facoltà dell'amministrazione pubblica di recedere da un contratto: tale facoltà è ammessa nei soli "casi previsti dalla legge o da contratto" (art. 21-*sexies*, legge n. 241/1990); è necessario, dunque, il consenso delle parti, ovvero una previsione esplicita e apposita di una norma specifica. È chiaro che il recesso unilaterale da contratto è assimilabile a un diritto potestativo di natura privatistica, mentre il recesso unilaterale da accordo è frutto, come si è detto, dell'esercizio di una potestà pubblicistica dell'amministrazione». Secondo E. CASETTA, *Manuale* cit., pp. 581-582, «Ulteriore e rilevante aspetto […] della disciplina sostanziale degli accordi è costituito dalla previsione del potere in capo all'amministrazione di recedere unilateralmente, "salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali

ISSN 2036-7821

Anche di primo acchito si può capire che la causa del recesso unilaterale è del tutto simile, se non proprio identica, a quella che giustifica la revoca. La sopravvenienza di motivi di interesse pubblico – lo si è chiarito – sta a segnalare la necessità di modificare l'assetto degli interessi 'cristallizzato' nel provvedimento originario, per renderlo conforme a come esso si presenta oggi. Analogamente accade per l'assetto degli interessi che è stato formalizzato nell'accordo.

Epperò, l'ordinamento, mentre prevede che, laddove la P.A. torni nel merito di un suo provvedimento, può adoperare lo strumento della revoca, dispone invece che, laddove essa abbia concluso, per realizzare l'interesse pubblico, un accordo con soggetti privati, restando comunque il suo potere inesauribile, può (tornando sui suoi passi) recedere dall'accordo: ma per farlo deve indennizzare il privato dei danni che, in ragione di ciò, questi abbia sopportato[48].

In definitiva, il recesso si diversifica dalla revoca essenzialmente perché opera con riguardo ad atti consensuali: e infatti, pur restandosi nell'ambito, non dell'autonomia negoziale di diritto civile, bensì dell'esercizio del potere, la norma comunque coniuga questo con la prospettiva negoziale, diventando perciò del tutto compatibile l'indennizzo per compensare il pregiudizio subito dal privato, del quale bisogna tutelare l'affidamento derivante dall'aver stipulato un accordo con la P.A.[49]. Lo

---

pregiudizi verificatisi in danno del privato" (il termine indennizzo sta a dimostrare che l'attività dell'amministrazione è lecita, pur se può arrecare pregiudizio economico al privato). Il recesso dall'accordo corrisponde in parte alla revoca del provvedimento; nella misura in cui possa trovare applicazione l'art. 21-*quinquies*, l. 241/1990 appunto sulla revoca, detta norma potrebbe essere impiegata per il calcolo dell'indennizzo. Ai sensi dell'art. 11, il recesso è ammissibile soltanto "per sopravvenuti motivi di interesse pubblico", sicché si profila insufficiente, ai fini del legittimo recesso, una rinnovata – e differente, rispetto a quella originariamente effettuata – valutazione dell'interesse pubblico. A seguito della stipulazione dell'accordo scaturisce dunque un rafforzamento della situazione giuridica della parte privata rispetto a quella in cui essa verserebbe nell'ipotesi di azione unilaterale, caratterizzata da un più ampio potere di revoca. Il recesso incide, sciogliendoli, sui rapporti piuttosto che sugli atti (D'Alberti): l'atto originario non diviene illegittimo, ma illegittima o inopportuna è la permanenza del rapporto da esso costituito». Non è analoga l'opinione di M. CLARICH, *Manuale* cit., p. 256, il quale ritiene che «Il potere di recesso è […] riconducibile alla revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse *ex* art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990. Ad esso si accompagna l'obbligo di liquidare un indennizzo per gli eventuali danni subiti dal privato (comma 4)».

[48] Alla stregua, del resto, di quanto l'art. 21-*quinquies* prescrive (diversamente dal passato) anche per la revoca.

[49] La questione della negoziabilità del potere amministrativo si intreccia con quella dell'applicazione anche nel diritto amministrativo (o, in genere, nel diritto pubblico) del principio di buona fede. In proposito si v. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2001, il quale, prendendo le mosse dall'obiezione sollevata dalla dottrina contro la vigenza del principio di buona fede nel diritto amministrativo, essendo la funzione del principio in parola assorbita «da quella esplicata dall'interesse pubblico», sostiene che «Comunque sia […] non esistono preclusioni contro la vigenza del principio di buona fede nel diritto amministrativo derivanti dalla natura di principio costituzionale non scritto della buona fede stessa» (p. 115). L'A., poco avanti, afferma che «Anche distinguendo […] fra norme finali, che identificano l'interesse pubblico da perseguire, e norme strumentali, che disciplinano il "modo" per raggiungerlo, e facendo rientrare la buona fede fra le norme strumentali, un "assorbimento" della buona fede nell'ambito dell'interesse pubblico non sembra logicamente configurabile: il rapporto fra norma strumentale e norma finale è di complementarietà, non di contraddizione» (p. 116).

ISSN 2036-7821

strumentario civilistico, insomma, viene dalla legge, in un certo senso, 'modellato' sulle esigenze conseguenti alla ontologia dell'interesse pubblico[50].
Con il co. 4-*bis* invece (anch'esso introdotto dall'art. 7, L. 15/2005), la richiamata definitiva conferma della funzionalizzazione degli accordi deriva dal fatto che la loro

[50] Secondo V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., pp. 409-410, «Occorre tenere ben presente che un punto fondamentale di discrimine tra il regime dei provvedimenti amministrativi e il regime negoziale sta proprio in ciò, che il negozio lega comunque le parti (è "legge" per loro, secondo la famosa espressione codicistica) e non consente a qualcuna di esse di sciogliersi unilateralmente dal vincolo, salvo che nei casi espressamente previsti (nei quali, per altro, come nel mandato, art. 1723, ciò risponde allo schema causale del negozio); e se una parte intende far valere una causa di invalidità del negozio, ciò deve fare in sede giurisdizionale. Viceversa il provvedimento amministrativo non produce analogo vincolo in capo al suo autore, anche se esso è costitutivo di un rapporto tra più soggetti. Vige anzi l'opposto principio […] della c.d. autotutela decisoria, che indica la capacità dell'Amministrazione di intervenire *ex post* sul provvedimento emanato e perciò sul rapporto da questo costituito per eliminarlo giuridicamente perché apparso, ad un riesame, siccome illegittimo, ovvero in contrasto con l'assetto concreto degli interessi pubblici. Evidentemente, l'accordo sostitutivo del provvedimento non avrebbe potuto essere senz'altro soggetto al regime dell'autotutela, salvo a vanificarne la stessa ragione d'essere; né, d'altro canto, avrebbe potuto esserne del tutto immune, lasciando l'Amministrazione priva di ogni capacità di intervento unilaterale sul rapporto anche in situazioni di necessità. Da qui la via di mezzo seguita dalla norma che contempla una forma di autotutela, ma tuttavia legata. E prevede infatti il *recesso unilaterale* per *sopravvenuti motivi di pubblico interesse*. Il recesso previsto dalla norma non corrisponde al recesso unilaterale di cui all'art. 1373. Questo "recesso" è in realtà una *revoca* del tutto corrispondente alla revoca del provvedimento amministrativo sostitutivo dell'accordo; esso corrisponde alla forma più tipica di revoca, che consente appunto l'eliminazione giuridica *ex nunc* dell'atto i cui effetti vengono a risultare in contrasto con interessi pubblici nel frattempo emersi. Se l'atto, come in genere avviene, è costitutivo di un rapporto, l'esercizio del potere di revoca produce la risoluzione del rapporto stesso. Il recesso può essere quindi prodotto non per originari vizi di merito dell'accordo (inopportunità *ab origine*) ma per un successivo contrasto venutosi a delineare tra il contenuto di questo (i suoi effetti) e un nuovo assetto degli interessi pubblici in gioco successivamente emerso. Il potere di autotutela decisoria è dunque in primo luogo legato nella sua causa: può esercitarsi solo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, e non per altri motivi. Ed è perciò legato ancora nella sua struttura e forma e nei suoi effetti: si estrinseca nel c.d. recesso unilaterale, ascrivibile al modello della revoca per inopportunità sopravvenuta dell'atto e non in altri tipi. Sembrano da escludere altre forme di autotutela (v. però Cons. St., IV, 6.11.1998, n. 1448). Ma ancora, il potere di autotutela è legato per ciò che concerne uno dei suoi effetti espressamente previsto dalla norma: e cioè l'obbligo di indennizzare gli "eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato" ("pregiudizi in danno" è espressione curiosa e imprecisa: significa semplicemente *danno*, secondo la nozione tecnica di cui agli artt. 1218, 1223 e ss., 2043 e ss. *cod. civ*.). Tale espressa previsione di indennizzo riecheggia lo schema del recesso dell'Amministrazione nei contratti di appalto di lavori pubblici di cui all'art. 345, L. n. 2248/1865 all. F. Essa appare pienamente conforme alla *ratio* dell'accordo come alternativo al provvedimento: gli interessi del privato sono tutelati nell'assetto cristallizzato con l'accordo anche a fronte di sopravvenuti interessi pubblici in contrasto; ma in tal caso, è l'equivalente pecuniario ad essere garantito al privato. Resta il dubbio circa il modo della determinazione dell'indennizzo, se come mera copertura delle spese e dei costi sostenuti (secondo lo schema del cit. art. 345) ovvero anche come risarcimento del "mancato guadagno", "in quanto … conseguenza immediata e diretta" del fatto risolutivo, secondo lo schema dell'art. 1223 *cod. civ.* (che presuppone tuttavia l'inadempimento della parte). Le controversie in ordine all'esercizio del potere di "recesso unilaterale" (che è da ritenere potere amministrativo in senso proprio) sono ovviamente attribuite alla giurisdizione amministrativa (Cons. St., I, 17.9.1996 n. 3670). E lo sarebbero anche in assenza della espressa riserva di giurisdizione esclusiva prevista dalla norma. Resta dubbio se tale previsione attragga nella giurisdizione amministrativa anche le controversie concernenti l'indennizzo: la sussistenza del diritto all'indennizzo circa il danno subito e la quantificazione dello stesso. Il problema sembra ormai senz'altro superato, ragionando per analogia, una volta attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (con qualche dubbio di costituzionalità invero), le controversie circa l'indennizzo dei pregiudizi subiti per effetto della revoca di provvedimenti amministrativi (art. 21-*quinquies L. proc. amm*.)».

ISSN 2036-7821

stipulazione deve essere «preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento». Tale determinazione, infatti, è dalla norma prescritta esplicitamente a «garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa»[51].

Resta infine da riferire dell'assegnazione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie in materia di accordi[52]. È chiaro che questa ben si

[51] Come chiariscono D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche* cit., p. 355, «per quanto riguarda l'amministrazione è previsto che la stipulazione sia preceduta da una "*determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento*" e ciò, è precisato, "*a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa*". Con l'atto in questione (la "determinazione") si intende palesemente realizzare la "*evidenza pubblica*", rendendo conoscibile e valutabile da chiunque l'intento di contrattare dell'amministrazione […]. La normativa di contrasto alla corruzione (art. 39, c. 2, l. n. 190/2012) prevede che siano pubblicate le proposte di trasformazione urbanistica per l'attuazione dello strumento urbanistico generale, relative ad accordi nei quali i privati si impegnano alla realizzazione di opere pubbliche ulteriori rispetto a quelle di urbanizzazione dovute oppure a cedere aree o volumi edificati per finalità di pubblico interesse a fronte di "*premialità edificatorie*". Attraverso queste garanzie di trasparenza, si rende più improbabile che contrattazioni ed accordi costituiscano per un'amministrazione l'espediente per sottrarsi più facilmente all'obbligo del rispetto delle regole». Analogamente ritiene F.G. SCOCA, *Gli accordi* cit., pp. 352-353: «La disposizione, oltre ad esplicitare una regola di condotta per l'amministrazione, già implicita, e attinente alla valutazione della proposta del privato alla luce dell'interesse pubblico, conferma la natura pubblicistica della fase di formazione degli accordi. Questi sono il risultato di valutazioni discrezionali e sono alternativi (in tutto o in parte) al provvedimento unilaterale. Il vincolo per l'amministrazione del perseguimento dell'interesse pubblico, espressamente richiamato tanto nel comma 1, quanto ora nel comma 4-*bis* dell'art. 11, dimostra come la scelta dello strumento consensuale corrisponda all'esercizio di un potere discrezionale, e precisamente dello stesso potere che avrebbe permesso la definizione unilaterale del procedimento. L'amministrazione deve valutare e motivare, alla stregua dell'interesse pubblico, non solo la *scelta di stipulare l'accordo*, come ora prevede il comma 4-*bis*, ma anche *quella di rifiutare la proposta avanzata* dal privato. Conseguentemente, la posizione del privato proponente è comunque giuridicamente protetta, non solo nell'esecuzione di un accordo già concluso, ma anche in ordine alla sua formazione, in quanto forma di partecipazione all'esercizio del potere. Il privato esercita in tal modo un interesse legittimo pretensivo, tutelabile di fronte al giudice amministrativo in caso di rifiuto o silenzio. Motivo di ulteriore riflessione suscita, sul piano della patologia dell'accordo, l'eventuale mancanza della determinazione motivata dell'amministrazione rispetto ad un accordo comunque stipulato. In primo luogo, è fisiologico che la determinazione pubblica segua la fase della trattativa, quando l'amministrazione abbia ricevuto, valutato ed eventualmente contrattato la proposta del privato e, quindi, sia stata raggiunta un'intesa sul contenuto dell'accordo. Tuttavia, mediante il predetto ordine tra determinazione dell'amministrazione e stipula, secondo la formulazione del comma 4-*bis*, sembra che il legislatore abbia voluto che l'accordo si perfezioni solo a seguito della formale determinazione "dell'organo competente ad emanare il provvedimento", e che detta determinazione costituisca l'unica legittima forma di manifestazione della volontà pubblica di adesione. D'altra parte, laddove l'amministrazione, dopo aver raggiunto l'intesa con il privato, non adotti la determinazione e non proceda alla stipula, dovrà certamente riconoscersi al (mancato) contraente privato la possibilità di attivare un sindacato di legittimità sull'inerzia o sul rifiuto dell'amministrazione medesima – ancor più incisivo di quello riconosciuto al mero istante –, nonché di conseguire l'eventuale esecuzione coattiva della stipula».

[52] Sebbene, infatti, il *Codice del processo amministrativo* (approvato con D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, d'ora in poi C.P.A.) abbia abrogato il co. 5 dell'art. 11 (che così recitava: «Le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»), l'abrogazione non ha eliminato la relativa prescrizione, questa rientrando oggi nella più generale definizione dell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo compiuta in maniera organica dal C.P.A. (all'art. 133). Come spiega V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., p. 406, «Risulta dunque completamente superata la precedente impostazione del sistema positivo, che in assenza di specifiche diverse previsioni normative, necessariamente riconduceva alla giurisdizione ordinaria la cognizione di qualsiasi modulo

ISSN 2036-7821

spiega con la loro natura: pubblicistica sì, ma comunque risultante dalla 'combinazione', a dir così, della discrezionalità amministrativa con il principio di autonomia negoziale, il che naturalmente genera difficoltà nel tracciare la linea di distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi, che della giurisdizione esclusiva – come è noto – costituisce la vera e propria ragion d'essere.

Epilogando, anche alla luce dell'esame delle singole disposizioni dell'art. 11, è possibile concludere che esso si colloca nella prospettiva – se si vuole – 'tradizionale' della funzione amministrativa evocata dal co. 1. Militano indiscutibilmente in tal senso: la predisposizione, da parte del responsabile del procedimento, del «calendario di incontri» ai quali invitare, non solo il destinatario del provvedimento, ma anche gli «eventuali controinteressati» (co. 1-*bis*); la clausola («in quanto compatibili») che circoscrive l'applicabilità dei principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti (co. 2); la sottoposizione degli accordi sostitutivi al regime dei controlli normalmente previsto per i provvedimenti (co. 3); la disponibilità anche successiva, da parte della P.A., dell'oggetto dell'accordo col privato, sulla base di una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico, disponibilità che può sfociare nel recesso unilaterale dall'accordo (co. 4); la previa determinazione dell'organo competente sull'opportunità della stipula (co. 4-*bis*); e, infine, la riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative agli accordi (la previsione dell'originario co. 5, oggi trasfusa nel C.P.A.)[53].

Tutti questi appaiono come chiari sintomi dell'avvertita consapevolezza, da parte del Legislatore, della necessità di procedere, sì, all'indispensabile adeguamento

negoziale seguito dall'Amministrazione (assunto nell'ambito di un procedimento e quindi nell'esercizio di un potere amministrativo o viceversa senz'altro nell'ambito della capacità di diritto comune). E dette controversie sono da intendere come tutte quelle che possono instaurarsi a fronte degli accordi ("in materia di formazione, conclusione ed esecuzione" degli stessi, sottolinea la norma): sia per quanto concerne l'atto e il procedimento anteriore nonché le fasi negoziali anteriori (le trattative), sia per quanto concerne il rapporto costituito per effetto dell'atto medesimo. E d'altro canto, è appena il caso di ricordare che trattandosi di giurisdizione esclusiva non si può porre per l'individuazione delle controversie in oggetto un problema di distinzione delle situazioni soggettive lese».

[53] Secondo A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato* cit., pp. 444-446, «appare evidente che, nonostante la varietà delle ricostruzioni prospettate nel corso del tempo, la norma viene a delineare una disciplina giuridica comunque "*diversa*" da quella che caratterizza i contratti di diritto privato. Operano in tal senso molteplici dati testuali, prim'ancora che sistematici: la sottoposizione dell'accordo sostitutivo "ai medesimi controlli" del provvedimento sostituito; la previsione di un potere generale di scioglimento unilaterale "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse"; l'estensione della giurisdizione amministrativa sulle vicende esecutive del rapporto; e, naturalmente, la previsione che affida allo stesso giudice amministrativo il compito di effettuare il giudizio di compatibilità sull'applicazione dei "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti": tale ultimo profilo, in particolare, viene a contraddire le stesse esigenze di certezza, di stabilità, nonché di stretta tipizzazione delle deroghe legislative, necessariamente sottese all'utilizzo di uno strumento negoziale, anche nel settore pubblico. In ragione di tutti questi indici normativi, quindi, non paiono esservi dubbi sul fatto che ci troviamo dinanzi ad una disciplina che, pur essendo inserita in una chiara logica negoziale, introduce un regime non pienamente riconducibile a quel "diritto privato" evocato dall'art. 1, co. 1-*bis* e, quindi, ad esso necessariamente "alternativo" in virtù di una specifica disposizione di legge».

ISSN 2036-7821

dell'azione amministrativa alla realtà della società complessa contemporanea, senza però che ciò debba necessariamente implicare il sovvertimento dell'impianto istituzionale tradizionale, secondo cui l'ordinamento assegna alla P.A. il compito di determinare in concreto l'interesse pubblico specifico fissato in astratto dalla legge. L'analisi ragionata delle disposizioni normative, insomma, impone di inferire da esse che – nonostante parte della dottrina propenda per la loro riconduzione nel novero degli strumenti civilistici veri e propri – gli accordi fra P.A. e privati rientrino pienamente nella 'dimensione' pubblicistica: nessuno infatti può negare che il dettato della legge disponga, in maniera inequivoca, che essi sono strumentali alla partecipazione al procedimento amministrativo finalizzata alla co-determinazione in concreto dell'interesse pubblico specifico fra la P.A. e i soggetti portatori degli interessi con questo interagenti[54].

5. Gli accordi fra diverse PP.AA. tra finalità regolativa e finalità provvedimentale.

Oltre agli accordi con il privato appena esaminati, la L. 241/1990 disciplina anche – lo si è già ricordato – quelli fra PP.AA. L'art. 15 (che – diversamente dall'art. 11 – si colloca nel Capo IV della legge intitolato alla 'semplificazione') dispone anzitutto, al co. 1, che le PP.AA. «possono sempre concludere tra loro accordi», in particolare allo scopo di «*disciplinare* lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune», altrimenti dovendo impegnarsi in una conferenza di servizi (il cui esito positivo, di fatto, sortisce in un accordo): l'incipit della disposizione, infatti, recita «Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14», il quale disciplina appunto le conferenze. Il co. 2, poi, prevede che «Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2 e 3»[55].

Senza voler indugiare sull'istituto della conferenza, non si può non richiamarne la precipua vocazione funzionale, giacchè ciò è indispensabile al fine di comprendere l'ambito di applicazione delineato dall'art. 15 per gli accordi fra PP.AA., visto che,

[54] Sembra pertanto doversi pienamente condividere l'opinione di G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo* cit., pp. 221-222, secondo il quale «Nella specie non sembra, infatti, che ricorra, in chiave dommatica, la figura del contratto, di comune circolazione nel diritto dei privati, né tampoco di contratto *sic et simpliciter*; nell'ipotesi che qui interessa si svela all'occhio attento, perlomeno così sembra, non tanto il ricorso al contratto, quanto piuttosto ad un congegno, ad un modulo organizzativo di assestamento degli interessi pubblici e privati, simile a quello contrattuale, il quale per altro imporrebbe ad intravedere nella specie la contrapposizione dialettica di due sfere di autonomia negoziale. Invece, ove attentamente si mediti, nessuna autonomia negoziale sembra emergere dal lato della pubblica Amministrazione, la quale, per destino istituzionale, è tenuta comunque a percorrere lo specifico itinerario procedimentale di esplicazione del potere azionato».

[55] Nell'illustrare il fenomeno degli «accordi tra Amministrazioni pubbliche per un miglior svolgimento dei loro compiti istituzionali», G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica* cit., vol. II, pp. 288-289, afferma: «Il frammentarsi nello Stato moderno delle funzioni e dei servizi pubblici e la loro conseguente attribuzione a soggetti pubblici distinti e, nel contempo, l'ineludibile esigenza di garantire alle collettività interessate, tramite gli enti che le rappresentano, una presenza effettiva nell'assunzione delle decisioni amministrative che le riguardano hanno determinato la necessità di un sempre più accentuato coordinamento, obiettivo che può sicuramente essere soddisfatto anche mediante accordi tra i soggetti pubblici di volta in volta coinvolti».

ISSN 2036-7821

secondo la disposizione, tali accordi possono aversi «al di fuori delle ipotesi» in cui viene indetta la conferenza di servizi[56].

In altre parole, l'area della, a dir così, 'interlocuzione' fra più PP.AA. può avere ad oggetto – *oltre che* la determinazione in concreto dell'interesse pubblico specifico esitante ad un procedimento amministrativo complesso, così da costringere i soggetti in esso coinvolti a 'sedersi intorno ad un tavolo' in modo da consentire, tramite la conferenza, una crasi dei suoi tempi – *anche* la definizione delle competenze che l'ordinamento attribuisce loro, laddove si tratti di *regolare* attività comuni.

La ragione della circoscrizione dell'ambito di applicazione degli accordi in parola, dunque, sembra risiedere nella specifica funzione che devono assolvere, funzione che, al tempo stesso, costituisce anche l'oggetto sul quale essi possono essere conclusi: sono assumibili – così espressamente stabilisce la norma – «per *disciplinare* lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune». Si presentano, insomma, come veri e propri accordi 'normativi', giacché al verbo evidenziato non può attribuirsi altro significato: *disciplinare* vuol dire, appunto, *regolare*.

Se, dunque, oggetto degli accordi di cui all'art. 15 è la definizione delle competenze (si tratta cioè di accordi che le PP.AA. sottoscrivono per ridefinire le regole concernenti le proprie competenze, laddove queste riguardino attività da svolgere «in collaborazione»)[57], non si può non ritenere che operano tanto sulla funzione quanto sulla struttura della P.A. In altre parole, influenzano sia l'azione (il versante funzionale) sia l'organizzazione (il versante strutturale) amministrative, e perciò, essendo capaci di modificare l'assetto regolativo – non solo funzionale (l'esercizio procedimentale della funzione), ma anche strutturale (le relazioni interorganiche ed

[56] Insomma, sia pur in estrema sintesi, occorre ricordare a qual fine la legge ha previsto l'istituto, altrimenti non riuscendosi a cogliere appieno in quali casi sia possibile praticare il disposto dell'art. 15. La conferenza di servizi viene concepita dal Legislatore al precipuo scopo di 'accorciare' i tempi di un procedimento, riunendo 'intorno ad un tavolo' i soggetti (amministrativi e non) in esso chiamati ad esprimersi (dalla legge di settore che lo regola), in modo da pervenire alla decisione finale superando la fisiologica consequenzialità dei vari atti endoprocedimentali che la legge prevede per la manifestazione delle competenze dei diversi organi coinvolti, al fine di determinare l'interesse pubblico concreto nel provvedimento. Sovente, invero, leggi di settore prevedono che nel procedimento vada acquisito il parere di un organo consultivo esterno alla struttura della P.A. agente (ovvero intese, concerti, nulla-osta, ecc.). La L. 241/1990, che – come è ben noto – accanto alla *garanzia di partecipazione* all'esercizio del potere (originaria causa ispiratrice della sua *ratio*), pose l'esigenza di *efficienza degli apparati amministrativi*, nel contemplare modelli più 'elastici', in grado di rispondere alle incessanti trasformazioni ed alla conseguente crescente complessità della realtà, introduce anche lo strumento della 'conferenza di servizi', concepita allo scopo di migliorare, in termini di rapidità, la formazione della volontà amministrativa in ciascuna fattispecie concreta.

[57] Ciò evidentemente non è nell'accordo con il privato di cui all'art. 11: in questo non si tratta di ridefinire la competenza, che resta indiscussa e indiscutibile (e, anzi, è proprio perché non v'è disponibilità dell'oggetto – l'interesse pubblico restando di dominio esclusivo dell'autorità amministrativa, seppure nelle forme di esercizio partecipato del potere – che, con riferimento all'accordo con il privato, non si può parlare di autonomia negoziale). Nell'accordo tra due o più PP.AA., invece, l'oggetto, pur essendo certamente pubblico, è in qualche modo nella disponibilità delle autorità negozianti: si tratta infatti di 'combinare' le loro rispettive competenze laddove si trovino coinvolte, per previsioni normative diverse, nell'esercitare potere su una medesima fattispecie.

ISSN 2036-7821

intersoggettive, sulle quali sono capaci d'incidere) – delle PP.AA. che li sottoscrivono, vanno qualificati come 'normativi'.

6. Riepilogo delle tipologie di esercizio negoziale del potere amministrativo.

Alla luce di quanto si è chiarito, dunque, bisogna ritenere che i due tipi di accordo, col privato e fra PP.AA., presentano una diversa natura. Potrebbe, sì, sostenersi che si è in presenza di un unico *genus*, nel seno del quale è possibile distinguere due grandi *species*; ma, con ogni evidenza, l'elemento determinativo del *genus*, quello che accomunerebbe le due *species*, sarebbe dato semplicemente dal fatto che in entrambi i casi si tratta di un atto negoziato[58].

Tuttavia, per le ragioni esposte (e pur riconoscendo la piena opinabilità dell'assunto), sembra preferibile propendere per la esistenza – più che di due *species* di un unico *genus*, il cui solo elemento qualificativo sarebbe la parola 'accordo' (a significare il fatto che indiscutibilmente si perviene ad una determinazione comune) – di due distinti *genus* di accordi: quelli tra la P.A. ed i privati, e quelli tra diverse PP.AA.

I loro rispettivi oggetto e funzione (oltre ai soggetti che lo sottoscrivono, naturalmente) consentono di affermare, con una buona dose di sicurezza, che al di là del nome hanno assai poco in comune: in effetti, quello con i privati è un accordo sottoscritto in vista, esclusivamente, della realizzazione della *funzione* amministrativa; quello tra diverse PP.AA., invece, è un accordo che influisce (seppur non esclusivamente) prevalentemente sulla *struttura* della P.A.

Con specifico riguardo alla seconda tipologia, volendo delineare schematicamente il quadro complessivo delle possibilità riconosciute alle PP.AA. quando queste si trovino ad interagire fra loro, esso potrebbe rappresentarsi con un insieme più generale, costituito dal *genus* 'accordi fra pubbliche amministrazioni', nel cui ambito è dato riconoscere due sottoinsiemi, due *species* segnate da una diversa natura giuridica dell'accordo: di soluzione procedimentale, o di fonte normativa. Il primo di questi sottoinsiemi appare, a sua volta, scomponibile in altri sottosottoinsiemi, a seconda che si versi in una delle ipotesi di *conferenza di servizi* previste dall'art. 14, L. 241/1990[59]; oppure si versi nella ipotesi dell'*accordo di programma*, contemplata

[58] Come si può facilmente intuire, è più facile che a sposare questa tesi sia quella parte della dottrina che propende per considerare gli accordi *tout court* (che siano disciplinati dall'art. 11 ovvero dall'art. 15 non v'è differenza) quali contratti di diritto pubblico. In proposito, però, va sottolineato che, mentre gli accordi tra PP.AA. sono, sin dall'inizio del secolo scorso, meno problematicamente considerabili quali l'unica plausibile ipotesi di contratti di diritto pubblico (visto che, per ritenerli identificativi di questi ultimi, non si presentano rilevanti problemi); viceversa, non è affatto pacifico, e anzi sembra doversi escludere, che gli accordi tra P.A. e privati, benché espressamente codificati dalla legge, possano rientrare in questa categoria.

[59] Ed invero, la conferenza può essere indetta quando lo si «ritenga opportuno per effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, ovvero in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati», anche se ciò era, per così dire, 'sfuggito' alla regolazione legislativa di settore (art. 14, co. 1); oppure per superare rallentamenti procedurali dovuti alla necessità di rispettare i 'passaggi' successivi formalmente previsti da questa («quando la conclusione positiva del

ISSN 2036-7821

dall'art. 34, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante «*Testo Unico degli Enti Locali*» (ma, originariamente, dall'art. 27, L. 8 giugno 1990, n. 142, recante «*Ordinamento delle autonomie locali*»)[60]. Il secondo, invece, corrisponde agli accordi 'regolativi' di cui all'art. 15, L. 241/1990[61].

Riepilogando in sintesi, ad una qualsiasi P.A. (in quanto tale, perciò, titolare di un interesse pubblico legislativamente fissato) la legge offre due *chances*.

Essa può scegliere di andare all'incontro con altre PP.AA. per la *ri*definizione dell'interesse pubblico – laddove si trovi in presenza di fattispecie contrassegnate dalla intersecazione fra interessi facenti capo a diversi soggetti amministrativi (col limite che essi debbano essere dotati di capacità esponenziale nei confronti di detti interessi) comunque in qualche misura competenti nelle fattispecie contrassegnate da «attività di interesse comune» –, utilizzando lo strumento dell'accordo di cui all'art. 15, L. 241/1990. In tal caso l'accordo deve assimilarsi ad una vera e propria fonte giuridica, perché caratterizzato dalla capacità di regolazione del potere, e perciò di *determinazione* (e non di *esplicazione*) della funzione.

Più limitatamente la P.A. può, invece, indire una conferenza di servizi (che sfoci, o no, in un accordo): *a*) quando la scansione formale del procedimento sia priva di un'articolazione formalizzata di altri interessi pubblici, ma l'autorità procedente abbia comunque rilevato la opportunità di confrontarsi all'unisono con i soggetti titolari di quelli compresenti nella fattispecie concreta sulla quale essa ha competenza a provvedere, allo scopo di «effettuare un esame contestuale» di detti interessi; *b*) quando, viceversa, la scansione procedimentale preveda, già nella legge di settore, «pareri, intese, concerti, nulla osta», ecc. (art. 14, co. 2); *c*) quando, infine, l'autorità amministrativa (ma in questo caso solo se essa sia esponenziale di un ente

procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla-osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni», art. 14, co. 2).

[60] In questa ipotesi la conferenza viene indetta al fine di «verificare la possibilità di concordare l'accordo di programma» da parte di Regioni, Province o Comuni, i quali, per «la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento», trovandosi a dover agire in maniera «integrata e coordinata», decidano di promuovere «la conclusione di un accordo di programma» (art. 34, co. 1 e 3, TUEL).

[61] Il fondamento storico-istituzionale, e perciò anche la prevalente rilevanza funzionale, degli istituti dell'accordo di programma e della conferenza di servizi segnano la netta differenza fra questi e gli accordi di cui all'art. 15, L. 241/1990. Sembra diversamente opinare V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., p. 413, il quale ritiene doversi collocare gli accordi di programma fra gli accordi di cui all'art. 15: «La principale figura legislativamente prevista di questi accordi tra Amministrazioni […] è il c.d. accordo di programma». Analogamente pare esprimersi E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 584, «Gli accordi tra amministrazioni sono impiegati come strumenti per concordare lo svolgimento di attività in comune in un contesto in cui la frammentazione dei poteri richiede costantemente misure di raccordo e di semplificazione. Non a caso, la norma che stabilisce il potere di concludere accordi tra le amministrazioni è inserita nel capo relativo alla semplificazione procedimentale, a differenza di quella di cui all'art. 11, l. 241/1990, facente parte del capo sulla partecipazione al procedimento amministrativo. Si tratta dell'art. 15, l. 241/1990, il quale […] prevede in generale che le amministrazioni pubbliche possano sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune».

ISSN 2036-7821

territoriale) voglia «verificare la possibilità di concordare l'accordo di programma»[62]. In tutti tali casi la conferenza (e l'eventuale accordo che ne potrebbe scaturire) esprime una nuova – più efficace e rapida – modalità procedimentale, comunque finalizzata, però, alla 'mera' *esplicazione* di una funzione, e dunque di un potere, la cui *determinazione* è oggetto della previsione di una fonte giuridica che non è in discussione.

In definitiva, mentre nel caso di cui all'art. 15 ci si trova in presenza di una disposizione legislativa che considera la necessità, in alcune situazioni coinvolgenti interessi la cui titolarità spetta insieme a differenti soggetti amministrativi (situazioni nella società complessa contemporanea assai frequenti), di procedere in modo collaborativo ad una nuova *identificazione* dell'interesse pubblico (e cioè a ridefinirne la *identità*), e dunque delle modalità stesse di esplicazione del potere e della funzione. Negli altri casi si tratta, invece, entro più ristretti confini (ma non meno significativamente nella società complessa), di ridurre i tempi di un procedimento volto alla sola *entificazione* dell'interesse pubblico (e cioè a definire, nell'esercizio di discrezionalità amministrativa, la materiale, appunto, *entità*, di questo), l'impianto genetico del quale, peraltro, è stato già identificato da una fonte giuridica: in altre parole, si tratta di costringere alla 'contemporaneità' l'esercizio di una parte della funzione amministrativa che, nella legge di settore, si trova di regola scandita in più momenti formali disposti in successione temporale.

7. La vera e propria attività di diritto civile della P.A. e l'evidenza pubblica.

Ben diverso da quello della negoziabilità dell'esercizio del potere, e cioè della capacità di stipulare accordi di diritto pubblico, è il tema della capacità di diritto civile che l'ordinamento riconosce alla P.A. Questa, pressoché da sempre, può agire adoperando, oltre allo strumentario che le è proprio (quello tipicamente amministrativistico), quello tipicamente privatistico, ciò rientrando nel capitolo che per consolidata tradizione va sotto il nome di 'attività di diritto civile della P.A.', oggi in gran parte disciplinata dal D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (più di recente modificato e integrato dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, di conversione del D.L. 31 maggio 2021, n. 77), recante il «*Codice dei contratti pubblici*»[63]. Ma anche qui v'è una parte dell'azione che si manifesta quale espressione di potere.

---

[62] Sebbene l'art. 34 del TUEL non adoperi la stessa locuzione, e parli, bensì, più genericamente, di «una conferenza».

[63] E, in particolare, l'«*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*». Sul Codice, fra le tante, si v., da ultimo, le riflessioni critiche di A. MASSERA e F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Pub.*, 2021, pp. 587 ss. Non è inutile ricordare che, giusta il co. 1 dell'art. 1, il «codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi

ISSN 2036-7821

Si tratta allora di richiamare nuovamente la differenza fra *discrezionalità* ed *autonomia negoziale*, dovendosi velocemente ragionare: sul rapporto che le lega in relazione all'attività contrattuale della P.A.; sulle circostanze in presenza delle quali essa può ricorrere all'uso dei contratti; sui limiti entro i quali può farlo; e sulle garanzie di diritto pubblico stabilite dall'ordinamento per l'uso di tali strumenti da parte della P.A., la stipula dovendo essere in ogni caso preceduta dall'esercizio di un potere amministrativo.

Nemmeno si può, peraltro, tralasciare del tutto il profilo delle regole che presiedono alla stipula ed alla esecuzione del contratto, e quello, infine, delle conseguenze giuridiche sul contratto determinate dal riesercizio del potere (ovvero dalla decisione del giudice amministrativo) che esiti nella caducazione del provvedimento di aggiudicazione.

Discrezionalità ed autonomia negoziale. Come è pacifico, la cura dei compiti assegnati alla P.A. dall'ordinamento si può svolgere sia mediante attività materiali (la erogazione di prestazioni), sia mediante atti giuridici. Questi ultimi possono essere tanto di diritto pubblico quanto di diritto privato, giacché il bene comune è conseguibile anche attraverso il secondo[64].

A meno di non voler seguire acriticamente un credo ideologico (che legittimamente ciascuno è libero di professare), il conseguimento del bene comune non necessariamente passa per (ovvero implica) la nozione giuridica di interesse

---

pubblici di progettazione». L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina si è progressivamente esteso, oggi includendo anche i ccdd. 'organismi di diritto pubblico'. L'art. 3, infatti, nel disporre che «Le "amministrazioni aggiudicatrici" sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti» (co. 25), specifica che per «organismo di diritto pubblico» s'intende «qualsiasi organismo, anche in forma societaria» che sia «istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale», che sia «dotato di personalità giuridica», e «la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico» (co. 26). Come precisa M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 361, «Il concetto di "organismo di diritto pubblico", elaborato a livello comunitario, superando la nozione interna di ente pubblico, consente di imporre anche ad alcuni soggetti di natura formalmente privata, che così vengano qualificati, il rispetto della disciplina dell'evidenza pubblica».

[64] Come spiega A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., pp. 734-735, «Oltre che nelle forme del diritto pubblico (e cioè mediante atti amministrativi), l'Amministrazione può operare […] in quelle del diritto comune, e cioè mediante negozi di diritto civile. Così avviene allorquando l'Amministrazione accetta, a es., una donazione o una successione testamentaria; allorquando stipula contratti per procurarsi beni (contratti di compra-vendita, di mutuo, di fornitura di arredi, equipaggiamento, vestiario, ecc., di locazione) o servizi (contratti di appalto, ecc.), per alienare beni patrimoniali, per stipulare rapporti di lavoro di diritto civile, per consentire ad altri il godimento di beni o di servizi da essa gestiti in regime di diritto comune (p. es., locazione di beni patrimoniali disponibili, servizi municipali, elettricità, assicurazioni, credito e risparmio); allorquando conclude transazioni […]; riconosce un proprio debito assunto eccezionalmente fuori delle forme contrattuali […], ecc. Ed è da ritenere che siano negozi di diritto civile anche quelli che la dottrina tradizionale suole configurare come contratti "di diritto pubblico", se ed in quanto ad essi sia da riconoscere effettivamente natura contrattuale».

ISSN 2036-7821

pubblico: il bene comune si può realizzare anche mediante l'attività di diritto civile della P.A., che in se stessa (non è funzionalizzata, e cioè) non esprime l'esercizio di un potere[65]. Viceversa, l'interesse pubblico in senso tecnico non può essere perseguito altrimenti che nelle forme giuridiche proprie del diritto amministrativo[66].

In ciò sta la differenza fra autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa: mentre la prima si fonda sulla libertà dei contraenti in ordine all'oggetto, al contenuto e al fine del negozio che intendono stipulare, la seconda si caratterizza per la predeterminazione, ad opera della legge, di tali elementi costitutivi dell'atto amministrativo, e segnatamente della finalità, l'interesse pubblico specifico. Ad ogni modo, stante il principio di legalità, è la fonte che ne disciplina l'attività a stabilire quali siano le modalità che la P.A. deve assumere nella sua azione. E, almeno di regola, il diritto positivo dispone che, anche nelle ipotesi in cui prevede che la P.A. possa ricorrere allo strumentario civilistico, l'azione giuridica di questa debba sempre contemplare una fase preliminare da svolgersi secondo i dettami pubblicistici[67].

---

[65] Secondo M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 377, «non c'è dubbio che la sfera del diritto comune ha assunto proporzioni inimmaginabili un secolo fa. Le regole privatistiche sono divenute pienamente compatibili con il perseguimento dei fini pubblici».

[66] Non sembra pienamente coincidente l'opinione di G. CORSO, *Manuale* cit., p. 431, secondo il quale «le pubbliche amministrazioni sono sempre tenute a soddisfare interessi pubblici. Non sono, invece, obbligate sempre a farlo mediante l'uso di poteri pubblicistici e l'adozione di provvedimenti amministrativi. Interessi pubblici possono essere curati anche con strumenti di diritto privato: il terreno necessario per realizzare un'opera pubblica può essere comprato dall'ente pubblico oltre che espropriato, una pianificazione urbanistica di dettaglio può essere attuata attraverso una lottizzazione convenzionata anziché con un piano particolareggiato, e il servizio sanitario nazionale può erogare le sue prestazioni non solo attraverso gli ospedali pubblici, ma anche attraverso le cliniche private (prima convenzionate, oggi accreditate: art. 8, comma 5, D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 modif. con D.Lgs. 7 dicembre 1993, n. 512). Che l'interesse pubblico possa essere perseguito attraverso strumenti di diritto privato costituisce oggi un principio costituzionale. La Costituzione […] indica come doverosi certi compiti pubblici (e li qualifica quindi come interessi pubblici) – sanità, istruzione, previdenza, assistenza, etc. – ma riconosce nello stesso tempo ai privati la libertà o il diritto di perseguirli. In questo modo ammette che interessi pubblici possano essere soddisfatti da soggetti privati, e quindi con strumenti di diritto privato».

[67] In proposito V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., pp. 249-250, così si esprime: «l'idea che l'amministrazione si svolga per regola secondo moduli d'azione di diritto pubblico, e solo in via di marginale eccezione secondo il diritto privato, si è solidamente impiantata nel nostro ordinamento già dalla fine del XIX secolo (nel momento in cui si compiva la costruzione del "sistema del diritto amministrativo") ed è stata seguita sin quasi alla fine del secolo successivo. Anche laddove il risultato pratico, perseguito con l'azione giuridica dell'Amministrazione (l'assunzione di un impiegato, la concessione a terzi di una *utilitas* di un bene pubblico) sia senz'altro realizzabile mediante strumenti privatistici (la locazione, l'affitto, l'appalto), questi vengono sostituiti da strumenti retti dal diritto pubblico (provvedimento di assunzione al pubblico impiego in luogo del contratto, concessione amministrativa in luogo dell'affitto, etc.) il cui utilizzo viene tendenzialmente ritenuto vincolante per le Amministrazioni. L'uso dello strumento negoziale nell'azione amministrativa diviene perciò l'eccezione, agibile soltanto laddove espressamente previsto dalla legge. Il diritto pubblico, come evidenziato da *Cammeo*, via via diviene il diritto comune nei rapporti tra individuo e Stato; rapporti che "debbono presumersi regolati dal diritto pubblico, se non v'è espressa o chiara ragione in contrario". D'altra parte, la disciplina dei contratti delle pubbliche Amministrazioni (strumento diffusissimo nella pratica) è stata costruita facendo precedere per regola la stipulazione del contratto da un procedimento amministrativo (esercizio di potere amministrativo, cui si applica la disciplina pubblicistica […]: il c.d. procedimento di aggiudicazione). Così che anche quello spazio di attività

ISSN 2036-7821

Del resto, pur versandosi in quelle circostanze in cui il ruolo dell'interesse pubblico è dalla fonte limitato alla fase preliminare, l'azione della P.A. è comunque chiamata a svolgere un compito pubblico, sebbene ciò si realizzi, per una parte consistente, secondo le modalità giuridiche tipiche del diritto comune. Ed è di tutta evidenza che, essendo ciascuna P.A. dotata di personalità giuridica, ad ognuna di esse non può non essere dall'ordinamento riconosciuta in via generale la capacità (giuridica e di agire) che è propria di una qualunque persona giuridica (fatte salve, naturalmente, le eventuali disposizioni specifiche di segno contrario)[68].

amministrativa nel quale le pubbliche Amministrazioni operano mediante negozi di diritto comune (e non mediante atti amministrativi), spazio amplissimo invero sul piano pratico, a sua volta viene ricondotto, per una parte consistente della disciplina relativa, al diritto pubblico, restando in esso la disciplina negoziale confinata al momento ultimo della stipulazione negoziale e al regime dell'esecuzione (e anche qui con eccezioni e deroghe). Talché una applicazione vera e piena della disciplina negoziale alle attività di amministrazione è ridotta a specie abbastanza marginali e ai casi in cui è consentito giungere alla stipulazione dei contratti senza passare per il previo procedimento di aggiudicazione (le c.d. trattative private, appunto!)».

[68] Come chiarisce A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., pp. 735-736, «Nel nostro diritto positivo sembra vigente il principio per cui le persone giuridiche – e tra esse anche quelle di diritto pubblico – godono, nel campo del diritto civile, della stessa capacità giuridica delle persone fisiche (quella che si suole indicare come capacità generale di diritto comune), salvo naturalmente in ordine alle posizioni soggettive che per loro natura sono proprie ed esclusive delle persone fisiche (posizioni inerenti ai rapporti di famiglia e di successione legittima, allo stato di minorenne, di inabilitato, di interdetto, ecc.). Per cui quelle norme giuridiche – esplicite o implicite (spesso ricavabili dalle finalità istituzionali dell'ente) –, le quali – nel limitarne (positivamente o negativamente) le attribuzioni – escludono che un ente pubblico possa porre in essere certi negozi di diritto civile, vanno considerate come eccezioni a un principio generale e non sono da intendere, in via di principio, come norme destinate a escludere la capacità giuridica dell'ente in ordine ai relativi rapporti e la capacità di agire in ordine ai relativi negozi, bensì piuttosto come mere norme imperative, l'osservanza delle quali viene a condizionare la validità dei negozi e l'inosservanza delle quali può essere fonte di responsabilità degli agenti verso l'Amministrazione». Anche secondo G. CORSO, *Manuale* cit., pp. 432-433, alla «considerazione di fondo, che riguarda la piena fungibilità tra diritto privato e diritto amministrativo ai fini della soddisfazione degli interessi pubblici (salvi i casi in cui – per la indisponibilità del privato ad addivenire al contratto – sia necessario ricorrere allo strumento autoritativo), ne va aggiunta un'altra, che riguarda per un verso il regime giuridico dell'ente pubblico e per altro verso la sua struttura di azienda. La persona giuridica pubblica è, innanzitutto, persona giuridica: soggetto dell'ordinamento generale munito della capacità di agire che è propria di tutte le persone giuridiche, ossia della stessa capacità di agire della persona fisica, con l'esclusione di quei poteri, di quei diritti e di quelle situazioni giuridiche che postulano la fisicità della persona […]. L'ente pubblico è titolare delle sole competenze amministrative che la legge ad esso conferisce (principio di legalità); mentre dispone di tutti i poteri privatistici che sono propri delle persone giuridiche, salvi quelli che la legge espressamente esclude. C'è un altro aspetto che va segnalato. L'apparato pubblico è una organizzazione che, al pari di ogni altra organizzazione, ha bisogno di risorse (*inputs*) per raggiungere i fini che ad esso sono assegnati e conseguire i risultati voluti (*outputs*): risorse umane […], risorse finanziarie […], risorse materiali […]. Qualcuna di queste risorse viene acquisita mediante strumenti pubblicistici […]. Altre sono ottenute con contratti […]. Il contratto è lo strumento principale del quale l'amministrazione si avvale per acquisire le risorse strumentali allo svolgimento delle attività finali». L'A. conclude che «il ricorso allo strumento privatistico o allo strumento pubblicistico, da parte delle pubbliche amministrazioni, dipende anche dalle circostanze, dal clima culturale, dalle tendenze prevalenti nell'ordinamento, dal pendolo sempre oscillante fra pubblico e privato. In misura maggiore o minore le pubbliche amministrazioni si avvalgono del diritto privato sia per svolgere le attività *finali* che per svolgere le attività *strumentali*».

ISSN 2036-7821

In buona sostanza, ciò sta a significare che, come su qualunque altra persona giuridica, anche su una P.A. possono gravare obbligazioni, le quali vengono talora definite – ma, a ben vedere, impropriamente – 'obbligazioni pubbliche'[69].

La cd. 'evidenza pubblica'. Ogni P.A., dunque, può stipulare contratti. Nel farlo essa segue, per gran parte ma non totalmente, le regole del diritto civile, giacché se, per un verso, dispone della capacità giuridica e di agire propria di una qualunque persona giuridica; per altro verso, non può non garantire il conseguimento del bene comune, il che impone di circoscrivere ad un ambito limitato, essenzialmente quello della stipulazione e della esecuzione del contratto, l'applicabilità del principio di parità fra le parti contraenti, restandone esclusa, perciò, la fase precedente[70].

[69] In proposito, infatti, E. CASETTA, *Manuale* cit., pp. 591-592, così afferma: «Con riferimento alle obbligazioni a carico dell'amministrazione […], si parla talora in dottrina di obbligazioni pubbliche. Tale accezione appare però ambigua, atteso che le obbligazioni, comunque sorte, sono sottoposte alla disciplina privatistica». L'A., a seguire, precisa che «Il termine "obbligazioni pubbliche" può dunque essere impiegato soltanto a fini descrittivi, per indicare cioè la natura pubblica del soggetto alle quali si riferiscono: esse gravano infatti su enti pubblici». Sembra esprimersi analogamente M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 357, ad avviso del quale «In alcune ipotesi», i moduli contrattuali adoperati dalla P.A. «possono avere un oggetto pubblico, come avviene nel caso delle concessioni di beni pubblici o di servizi pubblici. Il fatto che siano contratti ad oggetto pubblico non significa però che siano contratti di diritto pubblico. L'oggetto è pubblico poiché è indisponibile per i privati (si pensi al bene demaniale), ma la disciplina del contratto è fatta delle regole privatistiche del codice civile, con alcune deroghe. In ogni caso, dunque, ci si trova in presenza di contratti di diritto privato speciale, con graduazioni diverse della specialità».

[70] Come spiega E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 593, «Gli enti pubblici godono della capacità giuridica di diritto privato e, dunque, […] possono utilizzare gli strumenti di diritto comune – e, quindi, pure il contratto – per svolgere la propria azione e per conseguire i propri fini. In particolare, l'amministrazione ha la capacità giuridica di stipulare contratti di diritto privato, fatte salve le eccezioni stabilite dalla legge; essa, però, può agire utilizzando gli strumenti privatistici soltanto nei casi in cui vi sia attinenza con le finalità pubbliche (si pensi al caso dell'acquisto da parte di un ente che cura interessi ambientali di un macchinario che non ha alcuna utilità per i compiti dell'ente medesimo). L'attività contrattuale, che è uno degli strumenti più diffusi mediante i quali l'amministrazione persegue interessi pubblici, è disciplinata in primo luogo dal diritto privato, ma è altresì sottoposta a regole di diritto amministrativo». Analogamente si esprime M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., Parte 5, *Amministrazione consensuale*, pp. 360 ss., 360-361: «Come ogni soggetto dell'ordinamento, le amministrazioni (art. 11 c.c.) godono di capacità giuridica generale, sicché possono stipulare qualunque tipo di contratto disciplinato dal codice civile, nominato (per es.: compravendita di cosa futura, *ex* art. 1472), innominato (*leasing*, *factoring*) o misto (*project financing*), risultante, cioè, dalla combinazione di contratti diversi (si pensi anche ai contratti di appalti misti per lavori e servizi, oppure per servizi e forniture) […]. Esse, tuttavia, non godono di autonomia privata in senso pieno, dal momento che anche l'attività contrattuale, al pari dell'attività amministrativa provvedimentale, deve essere sempre funzionalizzata alla cura di interessi della collettività. Il diritto privato, al quale i contratti dell'amministrazione sono assoggettati, risulta, di conseguenza, condizionato da elementi pubblicistici. Elementi ai quali spetta, in definitiva, risolvere quello che tradizionalmente costituisce il problema di fondo dell'attività contrattuale dell'amministrazione: garantire, cioè, anche nell'ambito dei rapporti consensuali, tra soggetti posti su un piano di tendenziale parità, quel vincolo di fine che è immanente a tutta l'azione amministrativa. E garantire, altresì, che tale attività si svolga nell'osservanza dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento e di concorrenza. A questo scopo si è venuto nel tempo consolidando un complesso regime dei contratti nei quali è parte una pubblica amministrazione, in cui regole speciali integrano o sostituiscono regole codicistiche. Si tratta, in particolare, di norme di diritto amministrativo ed europeo, volte a regolare quelle procedure ormai comunemente chiamate di evidenza pubblica e, segnatamente, la deliberazione a contrattare, la scelta del contraente, l'aggiudicazione, i pareri, i controlli, le approvazioni sui contratti conclusi». L'impostazione pro-concorrenziale della disciplina dei contratti pubblici è messa in rilievo anche da M. CLARICH, *Manuale* cit., p. 427, il

ISSN 2036-7821

In altre parole, la P.A. ben può (e addirittura, forse, deve) stipulare contratti laddove necessiti di conseguire un introito (ad esempio, vendendo o dando in locazione un bene che è nella sua appartenenza: i ccdd. *contratti attivi*), ovvero di acquisire beni o servizi (ad esempio, comprando o prendendo in locazione un bene che è nell'altrui appartenenza: i ccdd. *contratti passivi*), seppur secondo una procedura complessa, perché articolata in almeno due grandi fasi, l'una fino alla stipula e l'altra dopo di essa, sotto il prevalente dominio, rispettivamente, del diritto amministrativo e del diritto civile[71].

Come è risaputo, la richiamata esigenza pubblicistica, che va sotto il nome di *evidenza pubblica*, segnala, appunto, quelle procedure che la P.A. è tenuta a seguire, al fine di garantire il rispetto dell'interesse pubblico specifico[72] (sovente consistente anche in quello alla tutela della concorrenza[73]), nella fase che, per gran parte, precede (di regola) la stipula del contratto[74].

---

quale, inoltre, ricorda che «le direttive europee privilegiano un approccio meno formalistico, più flessibile e più aperto a momenti di confronto tra l'amministrazione e le imprese […] e che attribuisce a quest'ultima maggiori spazi di discrezionalità. Nella visione europea un qualche margine di discrezionalità, lungi da essere considerato con sospetto, consente all'amministrazione di invitare alla contrattazione le imprese ritenute più affidabili e di valutare meglio in concreto le offerte valorizzando gli elementi qualitativi delle medesime».

[71] Come ricorda A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., pp. 740-741, i contratti della P.A. «sono essenzialmente quelli (attivi) mediante i quali la pubblica Amministrazione si procura entrate (vendite, locazioni attive), nonché quelli (passivi) mediante i quali essa si procura beni e servizi (compere, forniture, locazioni passive, appalti di opere)». L'art. 3, co. 1, lett. dd), D.Lgs. 50/2016, definisce i «"contratti" o "contratti pubblici", i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti».

[72] M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 357-358, chiarisce che «La disciplina dell'evidenza pubblica regola quel particolare procedimento amministrativo volto a limitare e a conformare secondo parametri oggettivi l'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione nella fase di scelta del contraente e di determinazione del contenuto contrattuale. Si è quindi in presenza di un procedimento amministrativo parallelo che si affianca al momento privatistico di stipulazione, approvazione ed esecuzione del contratto. La necessità di separare questi due "momenti" – pubblicistico e privatistico – è stata tradizionalmente connessa soprattutto all'esigenza di ridurre il rischio di decisioni arbitrarie da parte dell'amministrazione nell'individuazione del contraente. La finalità è stata quella di assicurare che per ciascun contratto venisse scelta la migliore controparte possibile per l'amministrazione, soprattutto in un'ottica di risparmio della spesa pubblica: l'interesse da preservare, quindi, era principalmente quello finanziario dell'amministrazione e, non a caso, la normativa che ha tradizionalmente disciplinato l'evidenza pubblica era collocata nell'ambito della legislazione in materia di contabilità pubblica (r.d. n. 2440/1923 e regolamento di contabilità n. 827/1924). Analoga tendenza aveva caratterizzato la disciplina adottata nell'ordinamento francese, cui il legislatore italiano si è ispirato».

[73] Come evidenzia M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 358-359, «Con l'avvento del diritto comunitario si è assistito ad una trasformazione della *ratio* della disciplina dell'evidenza pubblica: soprattutto a partire dagli anni Ottanta del Novecento, infatti, ha iniziato a farsi strada l'idea che la normativa in materia di appalti pubblici concernente la procedura di scelta del contraente dovesse essere diretta a tutelare anche la *libera concorrenza tra imprese* aspiranti al contratto operanti all'interno dei paesi membri. Non più, quindi, una normativa nazionale volta a tutelare soltanto l'interesse finanziario dei singoli Stati, ma una normativa comune ai diversi Stati membri della Comunità finalizzata anche e soprattutto alla costruzione di un *mercato aperto e concorrenziale*» (i corsivi sono di chi scrive).

[74] Secondo M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica. Sezione II: I contratti dello Stato e degli enti territoriali tra principi di contabilità pubblica ed esigenze di armonizzazione comunitaria*, in L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., vol. II, pp. 328 ss., 333, l'evidenza pubblica «è una qualificazione che identifica il procedimento di formazione dei contratti di cui sono contraenti le p.A., e in particolare l'*iter* necessario per la

ISSN 2036-7821

A dire il vero, l'ambito di applicazione della evidenza pubblica non è da intendersi rigidamente: come fa osservare autorevole dottrina, infatti, per un verso, può ben darsi che nella fase preliminare alla stipula (in prevalenza sotto l'egida del diritto amministrativo) si manifestino momenti ispirati all'autonomia negoziale; per altro verso, seppur in maniera marginale, nella fase successiva alla stipula (in prevalenza sotto l'egida del diritto civile) sussistono aspetti di chiara matrice pubblicistica (quali sono, ad esempio, i controlli concernenti l'esecuzione e la estinzione del contratto)[75].

La scelta del contraente. La fase che precede la stipula di ogni contratto della P.A. – oggi anche quella che nei provvedimenti di concessione caratterizza la scelta del concessionario, che anticipa il contratto-disciplinare regolante il rapporto concessorio[76] –, in quanto pubblicistica è disciplinata in maniera tale che venga

validità della formazione della volontà espressa dall'Amministrazione contraente precedente alla stipulazione del contratto. A questo proposito è bene sottolineare che, con riferimento all'attività contrattuale, l'articolazione nelle fasi c.d. dell'evidenza pubblica serve a rendere manifesto il passaggio necessario per garantire la *continuità* tra funzione amministrativa e autonomia di negoziazione, mentre più difficilmente può essere vista in una prospettiva sostanziale da intendere, in parallelo con le fasi procedimentali destinate a produrre un provvedimento amministrativo, come luogo di confronto di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti nella decisione dell'Amministrazione. L'evidenza pubblica serve sì a garantire un più corretto confronto, ma non tra interessi […] bensì tra mezzi e risorse strumentalmente offerti alla capacità di scelta della stessa Amministrazione agente». Pur se non perfettamente coincidente, sembra analoga la spiegazione del fenomeno offerta da M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione* cit., pp. 361-362, ad avviso della quale «L'espressione 'evidenza pubblica' sta ad indicare proprio che i contratti in cui è parte una pubblica amministrazione si caratterizzano per il fatto che viene dato un particolare rilievo ad alcuni momenti dell'attività contrattuale, che si concretizzano in procedimenti amministrativi, che precedono o seguono la stipulazione del contratto […]. L'evidenza pubblica consiste, quindi, in una complessa procedura che comporta una difformità di grande rilievo rispetto all'attività contrattuale di diritto comune. Essa costituisce una categoria procedimentale sostanzialmente applicabile a tutti i contratti dell'amministrazione».

[75] Ed invero, M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., vol. II, pp. 363-364, spiega che «Il contratto ad evidenza pubblica consta […] di due procedimenti paralleli: l'uno è il procedimento di formazione della volontà contrattuale quale disciplinato, con alcune varianti, dalle norme di diritto privato; l'altro è un procedimento amministrativo che si sviluppa tra l'autorità che intende concludere e/o ha concluso il contratto (l'autorità contrattante) e l'autorità che su di essa esercita il controllo. In tale procedimento l'autorità contrattante spiega le ragioni di pubblico interesse per le quali vuol addivenire o è addivenuta a quel contratto avente quel certo contenuto, e perché vuol scegliere o sceglie o ha scelto quella controparte; la seconda controlla i giudizi, le decisioni e le procedure a cui la prima intende addivenire o è addivenuta. I due procedimenti si svolgono parallelamente, come si dice correntemente; ma ciò va inteso nel senso che si svolgono per episodi successivi or dell'uno or dell'altro procedimento. Talora, concluso il contratto, l'autorità che lo ha concluso e che è divenuta parte del contratto (l'autorità contraente) è sottoposta ad ulteriori controlli, per l'esecuzione, e per la fase finale di chiusura del rapporto contrattuale: anche questi ulteriori procedimenti amministrativi sono volti a dar evidenza alle ragioni di pubblico interesse per le quali si sono adottate certe decisioni, e a controllarle. Questa essendo la struttura del contratto ad evidenza pubblica, si può comprendere perché esso si concreta […] in una procedura, con più precisione in una struttura procedimentale, applicabile a qualsiasi contratto. Nelle normazioni positive esso ha applicazione limitata, anche se all'origine lo si concepì come una procedura di carattere generale».

[76] Secondo Cons. Stato, Ad. Plen., 9/11/2021, n. 18, le norme nazionali che prevedono la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative «sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione». Ora, «al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di

ISSN 2036-7821

garantito il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (*ex* art. 97 Cost.)[77]. La procedura ha inizio con un atto amministrativo mediante il quale la P.A. assume la cd. 'determinazione a contrattare'[78], evidentemente esplicitando le ragioni di interesse pubblico che motivano la decisione, conformemente ai precetti contenuti nei relativi capitolati[79], ed

---

tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.».

[77] A tal proposito G. CORSO, *Manuale* cit., pp. 434-435, – dopo aver ricordato che «L'autonomia contrattuale, riconosciuta negli ordinamenti liberali, si manifesta in tanti modi, tre dei quali sono essenziali. La libertà di contrarre (e quindi anche di non contrarre, ossia di non concludere il contratto); la libertà di scegliere la controparte (vendo a Tizio, ma non a Caio); la libertà di pattuire le condizioni contrattuali (vendo a Tizio per dieci, ma pretendo da Caio cento, se vuol comprare)» – afferma che «Su tutti e tre i piani l'autonomia dell'amministrazione è limitata», precisando a seguire che «Se l'autorità o il funzionario sono liberi di scegliere il contraente si corre il rischio che la scelta cada sull'"amico" o sul "compare": ossia su una persona che andrebbe a rendere una prestazione (un servizio, una fornitura) a un prezzo più alto del prezzo di mercato o acquisterebbe un bene dell'amministrazione a un prezzo più basso di quello che l'amministrazione stessa otterrebbe in una libera contrattazione […]. Da qui una regola che risale alla normativa di contabilità varata alle origini dello Stato italiano: la regola che tende a sottrarre all'amministrazione e ai suoi agenti la scelta del contraente, affidandola invece a meccanismi oggettivi, quali sono […] l'asta pubblica e la licitazione privata».

[78] E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 615, rammenta che «La determinazione a contrattare può essere soggetta a controlli e pareri. Essa, inoltre, è considerata tradizionalmente atto amministrativo interno, non rilevante per i terzi e, come tale, non impugnabile»; sebbene, subito dopo, non manchi di avvertire che «Siffatta tradizionale qualificazione deve però essere rimeditata alla luce di alcune aperture giurisprudenziali (v. in particolare Cons. Stato, sez. V, n. 454/1995) che riconoscono una posizione giuridica strumentale a quei terzi estranei alla trattativa privata che siano interessati ad ottenere l'annullamento della determinazione di procedervi, onde giovarsi della successiva indizione di una gara pubblica».

[79] Come è ben noto, i *capitolati* (o *capitoli d'oneri*) – i quali, pur presentando una controversa natura giuridica, possono comunque considerarsi come una importante fonte integrativa della disciplina dei contratti della P.A. – sono quei 'documenti' che contengono i precetti che una qualunque P.A. si dà per auto-regolare la propria capacità contrattuale. Essi «per ogni genere di contratti possono dividersi, ove sia necessario, in generali e speciali e sono approvati da ciascun ministero» (così espressamente recita l'art. 45, co. 1, del R.D. 827/1924). Quelli *generali* «contengono le condizioni che possono applicarsi indistintamente ad un determinato genere di lavoro, appalto o contratto, e le forme da seguirsi per le gare»; quelli *speciali*, invece, attengono ai singoli contratti, giacché – come stabilisce la norma – «riguardano le condizioni che si riferiscono più particolarmente all'oggetto proprio» di ciascuno di essi (art. 45, co. 2, R.D. 827/1924), così finendo per conformare ogni specifico rapporto negoziale. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., vol. II, p. 357, così illustra l'istituto: «I capitolati sono degli atti contenenti dei precetti stilati come clausole contrattuali, che le amministrazioni adottano in via preventiva per disciplinare il contenuto dei contratti di un certo tipo o anche di un solo contratto. Più che altro "capitolato" sta ad indicare la provenienza, che è della pubblica amministrazione, dell'atto contenente proposizioni prescrittive da valere come clausole contrattuali. Occorre usare un linguaggio così astratto, perché nella pratica amministrativa ormai i capitolati hanno assunto figure». Con riguardo al loro contenuto, è prescritto che in essi siano «determinate la natura e l'importanza delle garenzie che i concorrenti devono produrre per essere ammessi agl'incanti, e per assicurare l'adempimento dei loro impegni; come pure le clausole penali e l'azione che l'amministrazione può esercitare sopra le cauzioni nel caso d'inadempimento ai detti impegni, non che il luogo in cui l'aggiudicatario, il suo fideiussore o l'approbatore garante del fideiussore, devono eleggere il domicilio legale» (art. 45, co. 3, R.D.

ISSN 2036-7821

individuando le modalità di scelta degli operatori economici e delle offerte (artt. 32, co. 2, *Codice dei contratti pubblici*, e 192, TUEL).

A seguire la P.A. deve manifestare la volontà di servirsi del mercato emanando un bando di gara[80] con il quale invita i soggetti interessati a partecipare alla procedura

827/1924). Ai sensi dell'art. 32, co. 14-*bis*, D.Lgs. 50/2016, «I capitolati e il computo estimativo metrico, richiamati nel bando o nell'invito, fanno parte integrante del contratto». La loro natura giuridica – lo si è ricordato – è stata per lungo tempo controversa, e in buona sostanza è tuttora dibattuta: si discuteva (e si discute) se essi costituissero vere e proprie fonti dell'ordinamento generale, ovvero semplici norme interne di ciascun ordinamento particolare della P.A., che in quanto tali la vincolano, ma non fanno altrettanto per il contraente privato fintanto che non le abbia sottoscritte come clausole contrattuali. Può dirsi che, almeno in linea di massima, sia prevalsa (e prevalga) questa seconda tesi. Si ritiene cioè che, di regola, rispetto alla P.A., i capitolati abbiano il valore di norme interne, la loro violazione costituendo perciò soltanto un sintomo del vizio di eccesso di potere; nei confronti del privato contraente, invece, che i precetti in essi contenuti valgano quali clausole contrattuali che hanno efficacia giuridica solo se, e nella misura in cui, vengono trasferite nel contratto e sottoscritte (il contraente che non le ha sottoscritte non potrà, dunque, rivendicarne la mancanza di rispetto da parte della P.A.). Naturalmente, un peso decisivo per definirne la natura va attribuito alla forma giuridica dell'atto che approva il capitolato: laddove l''involucro' che lo contiene presenti quella propria dei regolamenti, evidentemente, sembra doversi riconoscere al capitolato natura normativa, con tutte le conseguenze che da ciò derivano quanto alla loro applicabilità ed interpretazione. Come riferisce M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione* cit., p. 365, «Controversa è stata la natura giuridica – se contrattuale o normativa – dei capitolati. Il tema è di rilievo, considerato che alla qualificazione (contrattuale o normativa) degli stessi è condizionata la necessità o meno, ai fini della loro applicazione, di un espresso richiamo nel contratto. Inoltre, la natura, normativa o contrattuale, loro riconosciuta influisce anche sulle regole d'interpretazione che saranno, a seconda della qualificazione accolta, quelle relative agli atti normativi o quelle codicistiche (art. 12 preleggi e artt. 1362 ss. c.c.). La tesi prevalente riconosce ai capitolati generali adottati dal Ministro competente natura regolamentare, e natura negoziale agli altri capitolati generali. Quanto ai capitolati speciali adottati dalle singole amministrazioni se ne afferma ormai concordemente la natura contrattuale, in quanto atti contenenti condizioni generali dello specifico contratto». Analogamente ritiene M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica. Sezione II: I contratti dello Stato e degli enti territoriali* cit., p. 338, secondo la quale per i capitolati speciali «è acquisita la natura contrattuale, mentre più dibattuta è stata in dottrina e giurisprudenza la natura dei capitolati generali, in dubbio tra la qualifica contrattuale e quella regolamentare. Dalla classificazione accolta discenderà o meno, per la loro applicazione, la necessità di un espresso richiamo nel contratto. Oggi prevale la considerazione dei capitolati generali approvati con d.p.r. come atti aventi natura regolamentare, mentre non è del tutto pacifica la definizione giuridica degli altri capitolati generali, sia pure con una prevalenza per la lettura negoziale».

[80] Che consiste in un atto amministrativo in cui sono trasposti i contenuti della determinazione a contrattare, nonché lo schema del contratto che s'intende stipulare. Come insegna M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., vol. II, pp. 384-385, «Il bando di gara presenta un aspetto interno ed un aspetto esterno. Sotto l'aspetto interno è un atto riproduttivo e integrativo della deliberazione di contrarre: riproduce il progetto di contratto […] rendendolo *schema di contratto*: lo integra con le sue clausole di attuazione, che eventualmente fossero state omesse (p. es. tempi di consegna, clausole tributarie, clausole sulle documentazioni), nonché delle clausole ordinatorie della gara, che nelle deliberazioni di contrattare non si stabiliscono, per il loro carattere esecutivo. La redazione del bando di gara si concreta quindi in un atto giuridico a se stante, esterno o interno così come per la deliberazione di contrattare; nella pratica può accadere che esso sia qualcosa di più di una semplice riproduzione e integrazione della deliberazione di contrattare e del progetto di contratto, divenendo un atto che potrebbe dirsi di sviluppo completativo dell'una o dell'altro». Il bando costituisce la *lex specialis* della gara; e tuttavia, non essendo riconosciuto quale atto normativo (sebbene l'opinione non sembri integralmente condivisibile: in proposito sia consentito rinviare a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Jovene, Napoli, 2003, *passim*), quando un soggetto interessato a partecipare si veda illegittimamente escluso da una prescrizione contenuta nel bando, lo deve tempestivamente impugnare dinanzi al giudice amministrativo entro i termini di decadenza, altrimenti non potendo più far valere, una volta che la gara si sia conclusa, le illegittimità in parola. Il bando, inoltre, in quanto atto amministrativo, è sia annullabile, sia revocabile, in sede di riesercizio del

ISSN 2036-7821

competitiva[81]. Il *Codice dei contratti pubblici* in attuazione delle direttive U.E., prevede due criteri di aggiudicazione: quello del *prezzo più basso*, basato su una valutazione di mera convenienza economica, e quello della *offerta economicamente più vantaggiosa*, basato, invece, sulla valutazione anche di altri aspetti, di carattere qualitativo[82].

---

potere; ma, naturalmente, ciò è possibile solo fintanto che non sia stato stipulato il contratto, ovvero non sia intercorsa l'approvazione dell'aggiudicazione (nei casi in cui l'approvazione tiene luogo del contratto). È opportuno ricordare che, come rileva M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 365-366, «La normativa comunitaria ha imposto che al bando sia data la massima pubblicità anche mediante la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. Il bando costituisce il presupposto indispensabile per garantire che la gara si svolga nel rispetto dei principi di imparzialità, correttezza, trasparenza e concorrenzialità: di qui la necessità che lo stesso sia formulato in maniera chiara e, soprattutto, sia idoneo a fornire agli operatori economici tutte le informazioni utili per poter presentare l'offerta migliore e poter concorrere, quindi, "ad armi pari" all'aggiudicazione del contratto (requisiti di partecipazione, documentazione da presentare, importo, durata, criterio di aggiudicazione prescelto). Il bando, infatti, vincola la stazione appaltante e la commissione aggiudicatrice della gara, che non potranno discostarsi da esso, rispettivamente, nella verifica dei requisiti di partecipazione e nello svolgimento delle operazioni di selezione e di valutazione delle offerte presentate».

[81] Come si è ricordato, oggi anche le concessioni, di regola, sono conferite all'esito di una gara. M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 371, spiega che «La disciplina delle concessioni, prima assai scarna, trova ora una sua maggiore consistenza. Assume rilievo, in particolare, la tutela della concorrenza. È un fatto positivo, perché le concessioni sono state sempre veri e propri nemici della libera concorrenza: spesso conferite senza gara; con riconoscimento di diritti esclusivi ai concessionari; di lunga o lunghissima durata; con attribuzione ai concessionari di poteri pubblici rilevanti; con la possibilità per i concessionari di appaltare lavori o servizi in larga misura senza procedure competitive. Ora il quadro normativo cambia sensibilmente. Le concessioni sono aggiudicate in base ai principi generali di concorrenza e non discriminazione (art. 173, comma 1, che richiama l'art. 30, d.lgs. n. 50/2016). Vi è un principio che limita la durata delle concessioni al periodo di tempo strettamente necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario, periodo individuato in base ad un criterio di ragionevolezza (art. 168). I titolari, pubblici o privati, di concessioni già in essere e non conferite con gara sono obbligati, ricorrendo determinati presupposti, ad affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture mediante procedure ad evidenza pubblica: la quota da attribuirsi con tali procedure era, in base al precedente codice, prima del 40%, poi del 60%. La restante parte può essere affidata in via diretta e realizzata da società *in house*, in caso di concessionari pubblici, ovvero da società controllate o collegate, in caso di concessionari privati; l'ANAC è competente a stabilire le modalità per la verifica del rispetto di tali limiti (art. 177). Infine, per le concessioni autostradali, salve eccezioni tassative, è vietata la proroga (art. 178, comma 1). È un quadro molto più favorevole alla concorrenza».

[82] Come precisa M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 369-370, «Quanto […] ai criteri di aggiudicazione, il Codice ne ha delineati due: il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95, d.lgs. n. 50/2016). Nel primo caso, la scelta dell'offerta è condizionata ad una valutazione di mera convenienza economica: la discrezionalità dell'amministrazione nella scelta del contraente è, quindi, del tutto assente, posto che si tratterà di individuare meccanicamente quale delle offerte presenti il massimo ribasso rispetto all'importo base espresso nel bando di gara. Nel secondo caso, invece, la commissione giudicatrice dovrà tenere conto non solo della convenienza economica dell'offerta, ma anche di ulteriori criteri di valutazione di carattere qualitativo che siano stati preventivamente esplicitati nel bando di gara: tra cui, ad esempio, la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche, funzionali, ambientali o sociali (art. 95, comma 6, d.lgs. n. 50/2016). Nonostante la sussistenza di un incomprimibile ed inevitabile margine di discrezionalità tecnica in capo alla commissione giudicatrice, anche in queste ipotesi si assiste ad una progressiva attenuazione della libertà di scelta nella fase di valutazione, posto che l'ordinamento esige la rigorosa predeterminazione – già in sede di pubblicazione del bando – dei criteri valutativi di scelta e del relativo "peso" da attribuire a ciascuno di essi da parte della commissione (art. 95, comma 8, d.lgs. n. 50/2016). Rispetto al passato, la codificazione del 2016 ha superato il principio di equiordinazione dei criteri di aggiudicazione, esprimendo una netta preferenza per l'offerta economicamente più vantaggiosa, che diventa il criterio generale e residuale, laddove viceversa l'utilizzo del prezzo più basso è ammesso soltanto in alcune tassative ipotesi e richiede una specifica motivazione nei

ISSN 2036-7821

Quanto alle modalità di scelta del contraente, oltre alla circoscritta possibilità di procedere mediante affidamento diretto[83], il Codice individua le seguenti: la procedura aperta e la procedura ristretta[84]; la procedura competitiva con

documenti di gara (art. 95, commi 4-5, d.lgs. n. 50/2016). A conferma della dequotazione dell'aspetto monetario, si prevede che l'elemento relativo al costo può assumere la forma di un prezzo o costo fisso, sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi (art. 95, comma 7, d.lgs. n. 50/2016)».

[83] Ad esempio, giusta l'art. 32, co. 2, D.Lgs. 50/2016, «nella procedura di cui all'art. 36, co. 2, lettera a) e b), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti» (va ricordato, peraltro, che – giusta l'art. 51, D.L. 77/2021 – il disposto dell'art. 36, co. 2, è fino al 30 giugno 2023 derogabile).

[84] La procedura aperta e la procedura ristretta in linea di massima corrispondono, rispettivamente, all'asta pubblica e alla licitazione privata, entrambe previste dalle tradizionali norme di contabilità pubblica. Come spiega E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 616, «L'asta pubblica è il pubblico incanto aperto a tutti gli interessati che posseggano i requisiti fissati nel bando, mentre la licitazione privata è la gara caratterizzata dal fatto che ad essa sono invitate a partecipare soltanto le ditte – in questo senso è "privata" – che, in base ad una valutazione preliminare, sono ritenute idonee a concludere il contratto (v. artt. 38 e 39, r.d. 827/1924). Da quanto premesso deriva che nell'asta pubblica e nella licitazione privata l'amministrazione predefinisce compiutamente lo schema negoziale, lasciando per così dire in bianco solo il nome del contraente e il prezzo, senza che il privato possa negoziare i contenuti del contratto. Si tratta di due modelli di gara analoghi, fatto salvo il profilo della individuazione dei partecipanti alla gara». L'A. poco avanti spiega che «Il d.lgs. 50/2016, uniformandosi alle indicazioni comunitarie, e relativamente ai contratti passivi, parla invece […] di procedura aperta o ristretta previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara, di partenariato per l'innovazione, di procedura competitiva con negoziazione, di dialogo competitivo e di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara […]. La struttura della gara, simile nelle due ipotesi più frequenti (procedura aperta e procedura ristretta), è caratterizzata dalla presenza del bando di gara nel primo caso e, nel secondo, dall'invito, indirizzato solo agli interessati. Tali atti debbono indicare le caratteristiche del contratto, il tipo di procedura seguita per l'aggiudicazione, i requisiti per essere ammessi, i termini e le modalità da seguire per la presentazione delle offerte» (p. 617). Ed invero, l'art. 60, co. 1, D.Lgs. 50/2016, dispone che «Nelle procedure aperte, qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara. Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando di gara. Le offerte sono accompagnate dalle informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa». Invece, giusta l'art. 61, co. 1, «Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente i dati di cui all'allegato XIV, parte I, lettera B o C a seconda del caso, fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice ai fini della selezione qualitativa»; inoltre, «A seguito della valutazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici delle informazioni fornite, soltanto gli operatori economici invitati possono presentare un'offerta. Le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura in conformità all'articolo 91. Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di trenta giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte» (art. 61, co. 3). Secondo G. CORSO, *Manuale* cit., p. 439, «Nella procedura ristretta (la vecchia licitazione privata) la stazione appaltante pubblica un avviso di gara, in base al quale le imprese interessate chiedono di partecipare. A questo punto vengono diramati gli inviti a partecipare, con possibilità di escludere alcuni di quelli che hanno fatto richiesta quando l'opera, la fornitura o il servizio siano particolarmente difficili o complessi: purché nel bando siano indicati i criteri oggettivi e non discriminatori di esclusione e sia indicato un numero minimo e, possibilmente anche massimo dei candidati da invitare (art. 61)».

ISSN 2036-7821

negoziazione[85]; la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando[86]; il dialogo competitivo[87] e il partenariato per l'innovazione[88].

Aggiudicazione della gara. Stipula, approvazione, controllo ed esecuzione del contratto. Quanto all'aggiudicazione, l'organo competente «secondo l'ordinamento della stazione appaltante» approva la relativa proposta «nel rispetto dei termini» previsti dall'ordinamento in parola, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione» (art. 33, co. 1, *Codice dei contratti*)[89]. La «eventuale approvazione del contratto stipulato» – che «è sottoposta ai controlli previsti dai rispettivi ordinamenti delle stazioni appaltanti» – «avviene nel rispetto dei termini e secondo procedure analoghe a quelle di cui al comma 1» (co. 2). In base a quanto dispone, invece, l'art. 32, co. 6, «L'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta» dell'aggiudicatario, essa diventando «efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti» (co. 7).

Una volta che l'aggiudicazione sia divenuta efficace, «e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve aver luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario» (art. 32, co. 8)[90]. D'altra parte, «Il contratto non può comunque essere stipulato prima di

[85] L'art. 62, co. 1, *Codice dei contratti pubblici*, così stabilisce: «Nelle procedure competitive con negoziazione qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettere B o C, fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa».

[86] Giusta l'art. 63, co. 1, *Codice dei contratti pubblici*, la 'procedura negoziata' può svolgersi anche senza previa pubblicazione di un bando di gara, ma solo «Nei casi e nelle circostanze indicati» dalla legge e «le amministrazioni aggiudicatrici» sono tenute a dar «conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti».

[87] La modalità, mutuata dall'ordinamento europeo, del cd. 'dialogo competitivo' non trova corrispondenza nella storia della legislazione italiana di contabilità pubblica, e, forse anche per questo, sembra non incontrare grande successo nella pratica: l'art. 3, co. 1, lett. vvv), prevede che il dialogo competitivo è «una procedura di affidamento nella quale la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte; qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura».

[88] Secondo il disposto dell'art. 65, co. 1, *Codice dei contratti pubblici*, «Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono ricorrere ai partenariati per l'innovazione nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base a una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti».

[89] Come spiega E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 627, «In senso proprio, l'aggiudicazione è l'atto amministrativo con cui viene accertato e proclamato il vincitore da parte del soggetto che presiede la celebrazione dell'asta o la commissione di valutazione».

[90] Inoltre, nel caso che «la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto». La disposizione prosegue precisando che «All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel

ISSN 2036-7821

trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione» (co. 9)[91].

Relativamente alla efficacia del contratto stipulato, essa com'è ovvio viene subordinata all'«esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti» (art. 32, co. 12). Va ricordato, infine, che la esecuzione del contratto – la quale, giusta l'art. 32, co. 13, «può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste al comma 8»[92] – segue in via prevalente la disciplina civilistica. Anche nella fase di esecuzione, peraltro, possono ricorrere momenti in cui si manifestano esigenze di tipo pubblicistico[93].

Le conseguenze del riesercizio del potere nella evidenza pubblica e gli effetti dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione sul contratto stipulato con il privato. Resta da spiegare se, ed eventualmente in che misura, il riesercizio del potere amministrativo – anch'esso, nell'attività di diritto civile, intersecandosi con l'autonomia negoziale – interferisca sui contratti stipulati dalla P.A. (fermo restando, evidentemente, che i contratti in parola si possono 'estinguere' secondo la disciplina del Codice civile, o, comunque, secondo quel che stabilisce lo stesso contratto: così come, forse un po' pleonasticamente, dispone l'art. 21-*sexies*, L. 241/1990, ai sensi del quale «Il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto»).

---

caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisionali».

[91] Come chiarisce M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 363, «L'amministrazione è tenuta a stipulare il contratto, con l'operatore privato selezionato a seguito della gara, nel termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione divenuta efficace e comunque, salvo talune eccezioni, non prima di trentacinque giorni dalla comunicazione della stessa, così da garantire il diritto delle altre imprese non aggiudicatarie di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo contro il provvedimento di aggiudicazione (è il cosiddetto termine di *standstill* sostanziale: art. 32, commi 8-10). Inoltre, se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato per i venti giorni successivi alla notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado (*standstill* processuale) (art. 32, comma 11; sul punto si veda TAR Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, n. 5055/2018)». Quanto alla forma, la norma prevede che «Il contratto è stipulato, a pena di nullità, mediante atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata» (art. 32, co. 14).

[92] Come riferisce M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione* cit., p. 382, «L'esecuzione del contratto stipulato può essere subordinata ad approvazione da parte dell'organo competente, nonché agli ulteriori controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti (art. 32, comma 12). L'approvazione è configurabile come *condicio iuris* di efficacia del contratto e conclude il procedimento di formazione del consenso dell'amministrazione».

[93] Una volta divenuto efficace, il contratto – come chiarisce M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione* cit., p. 382 – «può essere eseguito nel rispetto delle regole di dirito comune, data la sua natura privatistica».

ISSN 2036-7821

Non v'è dubbio, infatti, che, trattandosi di provvedimenti amministrativi, gli atti che precedono la stipula sono annullabili, in sede di autotutela, per la inesauribilità della cura dell'interesse pubblico che sottende e giustifica ogni potere amministrativo[94].
Naturalmente, una siffatta indiscutibile esigenza – data la particolarità del caso, che vede implicata l'autonomia negoziale del contraente privato, il quale perciò non può essere considerato alla stregua di semplice destinatario di un provvedimento amministrativo – deve essere necessariamente combinata con il principio di tutela dell'affidamento che garantisce il contraente privato risultato aggiudicatario della gara. Ciò impone alla P.A. uno speciale rigore nell'esplicitare le ragioni che giustificano il provvedimento di secondo grado, formalmente nel corpo della motivazione dell'atto[95].
Bisogna ora interrogarsi sugli effetti dell'annullamento di uno dei provvedimenti che precedono, e in buona sostanza fondano, il contratto, e segnatamente, in particolare, quello di aggiudicazione, e ciò a prescindere dal fatto che l'annullamento sia stato decretato in sede di riesercizio del potere, amministrativa giustiziale, o giurisdizionale amministrativa. In altre parole, bisogna domandarsi quale sorte tocchi al contratto una volta che sia stato annullato il provvedimento di aggiudicazione. E la risposta non può essere altra che, in linea di massima, l'annullamento del provvedimento 'travolge' il contratto, pregiudicandone la validità e mettendone a rischio il perdurare della efficacia.
A questo proposito, invero, si deve ricordare che l'art. 121, co. 1, C.P.A., stabilisce che, nei quattro casi esplicitamente individuati, «Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto», e che, nel farlo, deve

[94] Diversamente opina A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato* cit., p. 429, secondo cui «una volta conclusasi la procedura negoziale – durante la quale, peraltro, non sono stati esercitati poteri discrezionali in senso stretto – non dovrebbe esservi più spazio per porre in essere interventi in autotutela incidenti sul regime amministrativo presupposto, posto che quest'ultimo ha esaurito la propria funzione nel momento in cui ha garantito la trasparenza e ha assicurato la giustiziabilità della scelta da parte dei concorrenti: e la decisione sulla validità del contratto e sulla eventuale incidenza dei vizi intervenuti nella fase propedeutica è affidata al giudice del contratto e, solo eccezionalmente, al giudice amministrativo, nei limiti dei presupposti stabiliti dalla legge». Nella opinione dell'A., «la fase propedeutica alla stipula del contratto – nonostante sia sottoposta ad un regime amministrativo – è comunque funzionale a garantire il miglior esercizio dell'autonomia negoziale da parte dei pubblici poteri all'interno delle dinamiche di mercato, nel rispetto dei limiti legislativi e degli altri obblighi imposti dall'ordinamento. Anche per questo, l'applicazione del regime amministrativo deve essere limitata ad assicurare le specifiche esigenze di trasparenza e di tutela dei terzi e, comunque, non deve costituire il presupposto (o l'occasione) né per assicurare uno spazio di controllo funzionale sull'intera operazione negoziale, né per assicurare un perpetuo "condizionamento" della fase pubblicistica su quella privatistica: una volta stipulato il negozio, infatti, si esaurisce la stessa *ratio* sottesa all'adozione dello statuto pubblicistico, dovendo le vicende del rapporto seguire necessariamente i principi, le regole e soprattutto la logica del diritto privato».

[95] M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione* cit., p. 384, rammenta che «Gli atti del procedimento di formazione del consenso, in quanto provvedimenti, possono altresì essere sospesi o annullati dal giudice amministrativo». L'A., subito a seguire, tiene a precisare che «La giurisprudenza riconosce l'esistenza di posizioni di interesse legittimo anche in capo ai soggetti partecipanti alla gara informale che precede solitamente la trattativa privata».

ISSN 2036-7821

precisare, «in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva»[96].

Ciò nondimeno il co. 2 della stessa disposizione precisa che «Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti»[97].

Si pone poi una ulteriore questione: da chi possa essere esperita una eventuale azione di annullamento del contratto dinanzi al giudice ordinario. Secondo un consolidato

[96] I casi stabiliti dalla norma sono i seguenti: «a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall' articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell' articolo 11, comma 10-*ter* , del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento». Va ricordato, inoltre, che l'art. 122 stabilisce che «Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta».

[97] Il co. 2 prosegue specificando che «Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia». Nella giurisprudenza amministrativa sembra configurarsi come maggioritario l'orientamento per il quale, «Dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva comunitaria 2007/66/CE, ora trasfuse negli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo, in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara, spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni più gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato; il che significa che l'inefficacia non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, che determina solo il sor gere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti». In altre parole, in difetto della dichiarazione di inefficacia del contratto da parte del G.A. «il contratto deve ritenersi valido ed efficace pur in presenza di annullamento dell'aggiudicazione» (così Cons. Stato, Sez. III, 5544/2011).

ISSN 2036-7821

orientamento della giurisprudenza civile, la titolarità di siffatta azione spetta soltanto alla P.A., solo questa potendo vantare in proposito un interesse giuridicamente rilevante. A ben riflettere, però, le cose non sembrano stare esattamente così, giacché – come appare di tutta evidenza – anche i concorrenti esclusi illegittimamente, ovvero risultati illegittimamente perdenti nella aggiudicazione della gara, presentano un interesse meritevole di tutela, laddove, ottenuto l'annullamento del provvedimento che li ha pregiudicati, non possano vedersi compiutamente soddisfatti nel caso che l'illegittimo aggiudicatario concluda indenne la esecuzione del contratto, senza cioè che questo venga in alcun modo intaccato dall'annullamento del provvedimento che lo giustifica[98].

Resta da dire, in conclusione, della questione concernente la giurisdizione competente a conoscere delle controversie insorgenti nel campo dell'attività di diritto civile della P.A., relativamente sia agli atti di ritiro dei provvedimenti che precedono il contratto, sia a quest'ultimo. Nell'avvertire che in materia gli orientamenti della dottrina e – quel che più conta – della giurisprudenza, sono in continua e costante evoluzione, e perciò tutto fuorché pacificamente univoci, è necessario ricordare, in estrema sintesi, che, in via di principio, il discrimine fra giurisdizione del giudice ordinario e giurisdizione del giudice amministrativo si basa sulla differenza della natura della situazione giuridica soggettiva che si assume lesa, che riflette la differenza della natura degli atti oggetto della controversia, e quindi la diversa fase in cui questi si collocano: quella – per gran parte, preliminare – della evidenza pubblica, e quella – per gran parte, successiva – della stipula ed esecuzione del contratto.

Secondo l'art. 133, co. 1, lett. *e*), C.P.A., peraltro, sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie: «1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative; 2) relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi

[98] Sulla scorta di tale dubbio si è affacciata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato la tesi secondo cui, una volta annullato il provvedimento di aggiudicazione, la sorte del contratto sarebbe sempre segnata, esso dovendosi considerare automaticamente caducato. Sulla questione, però, si è avuta una ulteriore evoluzione – come si è riferito poc'anzi – per effetto della previsione di cui agli artt. 121 e 122, C.P.A.

ISSN 2036-7821

ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto»[99]. Restano, dunque, alla competenza del giudice ordinario soltanto le controversie in cui si faccia questione puramente di responsabilità contrattuale.

8. Osservazioni conclusive: la compatibilità della 'attitudine' negoziale della P.A. con l'esercizio del potere fra superamento dei pregiudizi ideologici e rischio di (o inclinazione a) soggiacervi.

All'esito dell'analisi compiuta sembra potersi conclusivamente osservare che l'*attitudine* negoziale della P.A. costituisce indiscutibilmente la prevalente *tendenza* della legislazione, nazionale ed europea, indicando al tempo stesso la sempre più spiccata *propensione* all'utilizzo di modalità consensuali nelle varie azioni amministrative, al principale scopo di soddisfare obiettive esigenze di efficientizzazione[100].

Tali tendenza e propensione, tuttavia, devono inevitabilmente coniugarsi con la necessaria compatibilità dell'attitudine negoziale – sia pur in modo diverso a seconda che si manifesti nel perimetro degli accordi di diritto pubblico, o in quello dell'attività contrattuale della P.A. – con il conseguimento dell'interesse pubblico, cui è ontologicamente funzionalizzato l'esercizio del potere[101].

---

[99] Come si è ricordato, ovviamente, il D.Lgs. 163/2006 è oggi sostituito dal D.Lgs 50/2016.

[100] Le riassume efficacemente A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale* cit., p. 478, secondo il quale «tali esigenze sono state rinvenute nella necessità di evitare lo sperpero di pubblico denaro, nella tutela della concorrenza, nonché nella necessità di garantire alcuni margini di flessibilità nell'esecuzione del rapporto negoziale, anche per assicurare un rafforzamento dei controlli sulle controparti private».

[101] Certo, è possibile – come riferisce G. COMPORTI, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere* cit., pp. 534-535 – che «un organismo straordinario nato per fronteggiare un'emergenza in deroga a tutti gli assetti esistenti, e immerso in un amplissimo (anche se non completo) vuoto istituzionale e normativo, in modo da agire il più liberamente possibile senza essere condizionato da schemi e partiture preesistenti, [abbia] potuto trovare la sua strada e definire un modello di azione incentrato sulla ricerca del costante attrito con i fatti e del dialogo con tutti gli attori competenti a interloquire, in modo da assicurare, anche attraverso la sperimentazione di tecniche d'avanguardia, la ponderata considerazione e trattazione di tutti i profili e valori fondamentali in gioco». Tuttavia, appare francamente improponibile che si possa istituire un organismo del genere fuori dalla assoluta eccezionalità della vicenda (la ricostruzione del crollato ponte di Genova) che ne ha favorito la genesi. Può anche sembrare «ozioso spendere energie per sezionare il modello in esame tra ciò che è pubblico e ciò che è privato, o mettere a punto una ipotetica scala di misurazione dell'ordine di importanza dei due comparti, apparendo probabilmente più interessante capire come la necessità, svincolata da tutte le sovrastrutture ideologiche e concettuali, induca alla scoperta di evolutive combinazioni delle figure esistenti rivelando opportunità nuove e non immaginabili di impiego delle stesse». Ciò nondimeno, sebbene sia auspicabile che, «a fronte dell'inesistenza nel mondo reale di zone non contaminate dalla pressione e dall'intreccio di interessi rivali», non ci si nasconda «dietro immaginari confini o ragionando di improbabili primati», disponendosi invece «nella condizione più ragionevole per intervenire», allo scopo di porsi nella quale occorre «piuttosto affinare il coraggio di immergersi senza esitazione nelle pozzanghere esistenziali che costellano il nostro cammino e sporcarsi le mani con la nuda realtà dei fatti che costituiscono i problemi» in modo tale da «forgiare gli strumenti adatti a migliorare la nostra condizione». Purché tutto ciò si faccia in maniera tale che gli effetti ridondino beneficamente nella vita reale della stragrande maggioranza dei cittadini-utenti, e non garantiscano soltanto la *fair competition* fra i produttori, la leale competizione a difesa degli esclusivi interessi di questi ultimi.

ISSN 2036-7821

Del resto, non sembra da sottovalutare che il processo storico nel quale s'inscrive la crescente 'apertura', per così dire, verso la consensualità dell'agire pubblico è connotato in via principale dallo scopo, non di negare o superare l'autorità, bensì di democratizzarla in maniera progressivamente compiuta. In altre parole, quella che qui si è inteso denominare 'attitudine' negoziale si presenta come una delle strade (non la sola) da percorrere per rendere la P.A. sempre più permeabile rispetto ai bisogni reali della società, senza però che ciò comporti uno snaturamento tale da alterarne il tratto genetico: il suo DNA – la indubitabile funzionalizzazione all'interesse pubblico –, insomma, resta, non può che restare, intangibile[102].

Occorre perciò non smettere di rammentare che il progressivo ampliamento del ricorso alla concorrenza quale principio ispiratore e paradigmatico dell'attività negoziale mai può 'tradire' la teleologia ultima dell'azione pubblica (che ci si riferisca agli atti autoritativi epifania indiscussa di esercizio del potere, ovvero alla stipula di contratti in senso tecnico cui però è inevitabilmente sempre preordinata una fase pubblicistica, è irrilevante) [103]. La leale competizione fra i produttori privati di beni e servizi di interesse pubblico, invero, deve essere comunque praticata (non nel solo ed esclusivo interesse di questi, bensì) in maniera strumentale al conseguimento del bene comune[104]. La tutela della concorrenza, cioè, che pur costituisce un obiettivo virtuoso e meritevole d'esser perseguito in sé, ed ormai da tempo formalmente

[102] È vero – come osserva G. COMPORTI, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere* cit., pp. 550-551 – che «In un ambiente regolatorio sempre più caratterizzato dalla compresenza di frammenti disciplinari diversi, parlare di funzionalizzazione o finalizzazione dell'attività, per quanto possa servire talvolta "per giustificare alcune forme di specificità" […], non può anche divenire un espediente argomentativo per assicurare una larvata forma di pubblicizzazione delle tecniche di cura degli interessi a soddisfazione necessaria [come l'A., adoperando il lessico di G. Rossi, denomina gli interessi pubblici], potendo significare solo mettere l'accento sulla tensione che caratterizza il modo (professionale e responsabile) di porsi dell'amministrazione verso la scoperta e selezione delle scelte ritenute necessarie per risolvere i problemi sul tappeto. Senza che ciò ridondi anche nell'evocazione di una dotazione di strumenti decisori univocamente connotati dal punto di vista dogmatico e capaci di condizionare *ex ante* e guidare in termini contenutistici l'azione amministrativa fino al suo esaurimento». Epperò, nemmeno sembra accettabile l'esatto contrario, e cioè consegnarsi integralmente – con una buona dose di ideologica, se non proprio fideistica, fiducia – all'assunzione di strumenti rigorosamente negoziali.

[103] Al riguardo M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 26, osserva che «Il nesso fra diritto amministrativo e mercati non diminuisce neppure nell'ultimo decennio del XX secolo, pur caratterizzato da un accentuato neoliberalismo economico. Le liberalizzazioni di vari settori economici – che riducono o eliminano alcune misure pubbliche incidenti sulle imprese, come le concessioni o le autorizzazioni amministrative, ed erodono posizioni di monopolio – non comportano affatto la fine della regolazione pubblica: ad esempio, le misure pubbliche cosiddette asimmetriche assumono un ruolo fondamentale per stabilire obblighi a carico delle imprese ex monopoliste a favore delle nuove entranti, *a garanzia effettiva della concorrenza*» (il corsivo è di chi scrive).

[104] M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 358-359, nell'avvertire che «il settore degli appalti pubblici riveste un'importanza economica notevole, rappresentando una quota consistente del prodotto interno lordo medio degli Stati dell'Unione europea», sostiene che, «trattandosi di una fetta così rilevante della spesa pubblica dei vari paesi, è indispensabile *garantire una concorrenza effettiva* a livello europeo per promuovere l'efficienza, il contenimento dei costi e l'innovazione. In questa prospettiva, quindi, la normativa comunitaria in materia di appalti intende *garantire a tutti gli operatori economici interessati* la possibilità di partecipare alle gare in condizioni di parità con le imprese dello Stato in cui l'appalto è bandito» (i corsivi sono di chi scrive).

ISSN 2036-7821

codificato[105], con riguardo all'azione amministrativa non può mancare di ottenere la fornitura di beni e servizi in qualità migliore ed a costi inferiori per i cittadini-utenti: l'interesse pubblico da perseguire sta nel garantire a tutti i cittadini – segnatamente alla stragrande maggioranza di essi, e non ai più forti e capaci – alcune utilità che strutturano la loro condizione di appartenenza alla comunità di riferimento.

Insomma, nel caso della produzione di beni e servizi di pubblica utilità, la morfologia giuridica dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza assume chiaramente una connotazione *strumentale* e non *finale*, a questo proposito risultando di importanza non secondaria la questione della verifica della effettiva capacità di soddisfare in maniera efficace i bisogni dei cittadini-utenti in relazione a tre indefettibili parametri: la qualità, i costi e la relativa 'semplicità' di lettura del quadro regolativo di riferimento.

Resta quindi fondamentale la finalità, il mezzo adoperato per conseguirla non potendo ritenersi del tutto indifferente. Non è affatto scontato, invero, che uno strumento nato per realizzare interessi privati risulti sempre perfettamente fungibile nel perseguimento dell'interesse pubblico[106]: se l'utilizzo degli strumenti privatistici consente di compromettere il perseguimento dell'interesse pubblico, è necessario trovare 'accorgimenti' che siano in grado di adattarli, così da evitare che la natura dello strumento prenda il sopravvento, lasciando di fatto declinare la finalità da pubblica a privata[107].

---

[105] Lo stesso *Codice dei contratti pubblici*, infatti, prevede che le disposizioni in esso contenute «sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di *tutela della concorrenza*, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto» (art. 2, co. 1, corsivo di chi scrive).

[106] Se infatti è innegabile quanto rileva G. COMPORTI, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere* cit., p. 548, e cioè che l'«interesse pubblico non può essere più rappresentato quale astratta e quasi mitologica forma di ipostatizzazione di determinati assetti organizzativi del potere pubblico, come tale capace di tradursi in tecniche necessariamente speciali e autoritative di trattazione dei rapporti soggettivi», e che esso debba essere «oggettivamente colto come risultante concreta del confronto tra fatti e bisogni/esigenze vitali che si svolge nel corso del procedimento amministrativo, e che si attinge attraverso il combinato e dosato utilizzo di istituti e tecniche differenti». Tuttavia, appare altresì difficilmente controvertibile che mai bisogna sottovalutare il rischio – segnalato in premessa – che l'utilizzo degli strumenti nati per soddisfare finalità private, per un miglior conseguimento dell'interesse pubblico, finisca poi per fuorviarne l'effettivo perseguimento.

[107] Non sembra dello stesso avviso A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale* cit., secondo il quale la prospettiva del diritto privato «concepito come *diritto comune* di tutti i rapporti giuridici fondati sul consenso – anche qualora coinvolgano la pubblica amministrazione» (pp. 483-484) non è tale da «negare la specificità della funzione, anche costituzionale, ricoperta dall'amministrazione nell'ordinamento, ma consente di dare adeguato rilievo e valore alla "neutralità" tecnica degli strumenti a cui la stessa può ricorrere per il miglior perseguimento degli interessi pubblici che le sono affidati» (p. 485). Secondo G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto* cit., p. 297, invece, «bisogna ribadire con fermezza che non è affatto vero che una disciplina integralmente privatistica sia per ciò solo più "democratica" e tuteli maggiormente la posizione del contraente privato. Affermazioni generali (e generiche) di tal fatta sono, infatti, non solo atecniche, ma anche necessariamente erronee, perché trascurano di considerare che tutto dipende da come sia costruita – a livello normativo e nella applicazione pratica – la singola fattispecie. E così, per fare solo un esempio, val la pena di ricordare che l'esercizio di un diritto potestativo (il recesso *ex* art. 1373 c.c., lo *ius variandi*, come previsto negli appalti di lavori pubblici, ecc.) è uno strumento ben più

ISSN 2036-7821

Il nitido sbilanciamento in atto per l'attitudine negoziale – anche nella trattazione manualistica –, a dire il vero, appare non di rado derivante da un pregiudizio ideologico inverso rispetto a quello della tradizione[108]: in favore non più del privilegio (ingiustificato) per il soggetto pubblico, bensì del privilegio (altrettanto ingiustificato) per il mercato e le sue regole, implacabili nel garantire i più abili e potenti, piuttosto che i meno periti e deboli[109].

---

autoritario e autoritativo di un corrispondente provvedimento unilaterale: perché di fronte al primo – se effettivamente esistente – non vi sono strumenti di tutela, né posizioni soggettive da far valere, diverse dalla pura e semplice soggezione».

[108] Lo stesso A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale* cit., p. 480, auspica e in un certo senso preconizza – ovviamente in termini di politica del diritto, e non di scienza giuridica – «*de iure condendo*, l'utilità di specifici interventi legislativi finalizzati a rimuovere o a modificare alcune previsioni che, oltre a non essere giustificate dal punto di vista delle concrete esigenze della funzione amministrativa, continuano a costituire un ostacolo alla piena applicazione del diritto privato e, soprattutto, sono foriere di notevoli incertezze giurisprudenziali». Così argomentando, peraltro, l'A. finisce per mostrare che il ragionamento proposto sembra in qualche modo anch'esso risentire di un pregiudizio ideologico, proprio quello che intende scongiurare (o almeno superare), dichiarando in premessa di voler «verificare l'eventuale persistenza, nella scienza giuridica contemporanea, di quelle ragioni ideologiche – o "metagiuridiche" – che, soprattutto agli albori della formazione del sistema, hanno contribuito ad ostacolare una piena applicazione del diritto privato all'attività consensuale delle amministrazioni pubbliche» (p. XVIII).

[109] Insomma, si tratta di capire chi sia più capace (ovvero abbia effettivamente l'intenzione) di difendere questi ultimi: se gli imprenditori (più o meno grandi) o gli «agrimensori di Palazzo Spada», usando la sprezzante locuzione adoperata da G. COMPORTI, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere* cit., p. 583. Secondo l'A. non vi sono «nel mondo reale zone franche, immuni dalla pressione (e considerazione) degli interessi rivali che si agglomerano intorno alle vicende esistenziali, e governate soltanto dal primitivo ingaggio del più forte. Non esistono, del pari, confini rigidi che separano, ma solo mobili frontiere vivacemente frequentate da una molteplicità di figure che, in un andirivieni continuo da (e tra) ambienti e situazioni diverse, imparano a dialogare e a scambiarsi reciprocamente punti di vista, mentalità, regole e prassi operative. Esistono, piuttosto, tecniche distinte di gestione degli interessi e dei conflitti, i cui nuclei essenziali sono anche irriducibili e non confondibili tra loro, ma che possono ben combinarsi in vario modo sul terreno neutrale, multipolare e dinamico dei rapporti giuridici che si instaurano tra soggetti coinvolti nella ricerca di soluzioni a determinate problematiche. Aperto all'innovazione e maggiormente incline allo sviluppo di una evolutiva ed effettiva grammatica dei diritti e delle libertà è quel sistema che, consapevole della ricchezza offerta dalla disponibilità e combinazione di strumenti diversi per la comprensione e trattazione della complessità dell'esistente e per la scoperta dell'ignoto, riesce a mettere i suoi attori in condizione di sperimentare e dosare le tecniche in relazione alle decentrate ed evolutive esigenze del caso, secondo copioni adattivi rispondenti alla razionalità intrinseca dei contesti e dei fatti, piuttosto che a esogene e astratte logiche di equilibrio tra poteri» (pp. 583-585). Sembra, in poche parole, la descrizione di un panorama idilliaco (un mondo, forse un po' troppo ingenuamente, accreditato di una vocazione altruistica): certo, in sé la tecnica – anche quella giuridica – è neutrale. Ma può dirsi altrettanto del suo uso? E poi, si tratta soltanto di tecnica? Quando si discute di diritti e libertà, invero, occorrerebbe chiarire a quali soggetti essi vengano riferiti. I diritti e le libertà degli imprenditori non possono essere equiparati a quelli dei cittadini-utenti: è per realizzare l'interesse di questi ultimi che esiste la P.A. Si dirà: ma è maldotata e 'scalcagnata', strutturalmente incapace di realizzare le opere pubbliche. È vero. Ma – a parte il fatto che bisognerebbe spiegare perché si sia provveduto alla sistematica demolizione del consolidato *know how* della sua tradizione – quelle opere restano pubbliche: non è dunque discutibile che spetti comunque alla P.A. 'governare' (attraverso regolazione e controlli) i 'processi' per la loro realizzazione nell'interesse dei cittadini-utenti. Bisogna pertanto «attuare la tanto attesa politica di *investimento nelle amministrazioni*. Gli obiettivi sono ormai noti e apparentemente condivisi: il *reclutamento rapido di quadri tecnici* di elevata qualificazione e la *digitalizzazione* degli atti e delle procedure relative a tutta la vita dei contratti pubblici» (così A. MASSERA e F. MERLONI, *L'eterno cantiere* cit., pp. 629-630).

ISSN 2036-7821

Si tratta di leggere, di volta in volta, il dettato normativo senza mai perdere di vista i valori predicati dalla Costituzione: dalla uguaglianza sostanziale alla finalizzazione all'utilità sociale della proprietà e dell'impresa. In altre parole, o la concorrenza applicata all'azione della P.A. si dimostra in concreto effettivamente foriera di un miglioramento nella produzione di beni e nella resa di servizi di interesse pubblico (in termini sia di qualità, sia di contenimento dei costi per i cittadini-utenti), oppure il relativo principio si rivela utile per soddisfare soltanto gli interessi dei produttori, ciò risultando incoerente con i valori ed i principi fondamentali consacrati dalla Carta.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Brevi notazioni sul sistema di valutazione dei dirigenti pubblici.

di Maria Cristina Cavallaro

(Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Palermo.)

Sommario

1. Lo scenario di riferimento. – 2. Alcune questioni problematiche. – 3. Riflessioni conclusive.

Abstract

In the regulatory evolution on the evaluation of public management, it is possible to grasp a 'paradigm shift', which, if we applied the considerations of Thomas S. Kuhn, would allow us to say that we are facing an epochal turning point, a revolution in fact .

With this we want to underline the change in perspective that characterizes the reform intervention that took place with the d. lgs. 150 of 2009.

Since the 1990s, the principle of separation between politics and administration has characterized, to a greater or lesser extent, most of the public administration reforms implemented by the legislator. Along this guideline, the project that has been attempted to pursue is that of modernizing the organizational structures of the public administration, whose decision-making summit has been entrusted to the management, while politics has the task of identifying the guidelines and objectives to be achieved.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Lo scenario di riferimento.

Nell'evoluzione normativa in materia di valutazione della dirigenza pubblica, è possibile cogliere un 'cambiamento di paradigma', che, se applicassimo le considerazioni di Thomas S. Kuhn, ci consentirebbe di dire che siamo di fronte a una svolta epocale, una rivoluzione appunto[1].

Si vuole con ciò rimarcare il mutamento di prospettiva che caratterizza l'intervento riformatore avvenuto con il d. lgs. 150 del 2009.

A far data dagli anni Novanta, il principio di separazione tra politica e amministrazione ha caratterizzato, in misura più o meno rilevante, gran parte delle riforme della pubblica amministrazione messe in campo dal legislatore. Lungo questa linea direttrice il progetto che si è tentato di perseguire è quello di un ammodernamento delle strutture organizzative della pubblica amministrazione, il cui vertice decisionale è stato affidato alla dirigenza, mentre alla politica è rimasto il compito di individuare gli indirizzi e gli obiettivi da realizzare. Se si guarda al processo di privatizzazione che ha investito l'amministrazione italiana, sotto il profilo organizzativo, la *ratio* del disegno riformatore emerge con una certa evidenza: dalla privatizzazione di taluni apparati amministrativi (come la c.d. aziendalizzazione delle ASL o la trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni), alla privatizzazione del pubblico impiego in generale e alla riforma della dirigenza in particolare, il filo conduttore è stato quello di una separazione delle competenze tra vertice politico e organi di gestione amministrativa, nel perseguimento di un obiettivo fondamentale, vale a dire quello della efficienza dell'azione amministrativa, che a sua volta avrebbe dovuto assicurare una riduzione della spesa pubblica[2].

Dentro la cornice così tratteggiata, l'attenzione può essere rivolta, come si diceva, al passaggio dalla iniziale riforma della dirigenza, alle previsioni contenute nella richiamata novella del 2009.

Nel modello originario, dalla separazione delle competenze scaturiva la necessità del conferimento dell'incarico al dirigente da parte del vertice politico, che a sua volta comportava la successiva valutazione, avente a oggetto la verifica del conseguimento dell'obiettivo assegnato e la corresponsione della relativa indennità di risultato: il dirigente, cioè, rispondeva della propria attività nei confronti del vertice politico, in una sorta di rapporto sinallagmatico che riannodava i fili di un rapporto, quello tra

[1] T. S. KHUN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it. A. Carugo, Torino, 1969.

[2] In tal senso si è espresso anche il Consiglio di Stato, in sede consultiva, nel parere n. 421 del 2017, reso sullo schema di d. lgs. n. 74 del 2017 che ha apportato alcune modifiche al d. lgs. 150, finalizzate, secondo l'organo consultivo, a «ottimizzare la produttività del lavoro pubblico, a garantire la trasparenza delle pubbliche amministrazioni e a contrastare le disfunzioni e le inefficienze dell'amministrazione pubblica». In generale, in tema di efficienza dell'azione amministrativa, v. R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016.

ISSN 2036-7821

politica e dirigenza, che il richiamato principio di separazione voleva invece tenere distinto.

Diversamente, la riforma del 2009, attraverso l'articolata disciplina del Ciclo di gestione della *performance* contenuta all'art. 4 del d.lgs. n. 150, introduce la necessità di procedere a una valutazione della *performance*, da intendersi come *performance* individuale della dirigenza e organizzativa dell'intera struttura diretta dall'organo di gestione amministrativa.

Più in dettaglio, gli art. 7 e 10 assegnano la relativa competenza agli Organismi indipendenti di valutazione, istituiti presso ogni amministrazione, prevedendo soprattutto la necessità di una verifica dell'impatto che la *performance* organizzativa dell'ente e dei suoi dirigenti può avere sul gradimento dell'utenza, destinataria dei servizi erogati e delle funzioni esercitate. Ai sensi dell'art. 15, l'organo di indirizzo politico di ciascuna amministrazione non si deve limitare ad assegnare gli obiettivi ai propri dirigenti, ma deve adottare un Piano di gestione della *performance*, in cui sono articolati gli obiettivi strategici dell'ente e quelli individuali dei singoli dirigenti, facendosi altresì carico di produrre le Relazione sulla *performance* al termine dell'anno di riferimento, che, attraverso le rendicontazioni svolte dai dirigenti, è funzionale ad attestare la coerenza tra gli obiettivi programmati e quelli effettivamente conseguiti. I dirigenti, a loro volta, dovrebbero essere valutati non solo sulla base della propria rendicontazione, ma anche attraverso fonti esterne: in particolare, secondo l'art. 19 *bis*, i cittadini dovrebbero partecipare, anche in forma associata, al processo di misurazione della *performance* organizzativa per «esprimere il proprio grado di soddisfazione per le attività e per i servizi erogati, secondo le modalità stabilite dallo stesso Organismo di valutazione».

E infatti, la rivoluzione comporta anche che accanto alla *performance* individuale dei dirigenti, si debba valutare, come accennato, anche la *performance* organizzativa dell'ente tenendo conto altresì delle opinioni dei destinatari dell'azione amministrativa, che servono poi a riprogrammare gli obiettivi dell'ente da inserire nel nuovo Piano della *performance*, in modo che il 'Ciclo' possa riavviarsi.

C'è qui un probabile riferimento teorico alla nota opzione *exit/voice*, di Albert O. Hirschman[3]. Al fine di garantire la praticabilità dell'opzione *voice*, si deve consentire agli utenti di verificare con precisione che cosa accade all'interno della struttura organizzativa, che nella specie è la pubblica amministrazione, per assicurare la piena collaborazione e partecipazione dei cittadini utenti rispetto alle decisioni amministrative (e la trasparenza, da assicurare attraverso l'accessibilità totale dei dati delle amministrazioni, diviene un principio cardine del processo riformatore). Si fa strada, cioè, l'idea che all'esito del percorso conoscitivo (trasparenza, accessibilità

[3] A. O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge, 1970, p. 77.

ISSN 2036-7821

delle informazioni, partecipazione[4]) il cittadino-utente possa e debba esercitare l'opzione *voice* per realizzare una proficua dialettica tra amministratori e utenti.
A completamento del quadro, sul versante delle tutele, è ammessa anche una *class action*, prevista dall'art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 198 del 2009, finalizzata al mantenimento dell'ordinaria efficienza delle pubbliche amministrazioni, che, secondo la giurisprudenza amministrativa, «concerne specificamente anche tutte le violazioni dei termini procedimentali stabiliti che provochino una lesione diretta, concreta ed attuale ad una pluralità di soggetti», con la precisazione che deve trattarsi «di disfunzioni che, come tali, non siano però il frutto della ignàvia manifestata nel caso singolo - contro la quale è sempre azionabile la tutela sul silenzio di cui all'art. 31 del c.p.a. - ma dipendono da disfunzioni sistematiche dell'azione amministrativa»[5].
Sembra così che l'intero processo in cui si struttura il Ciclo di gestione della *performance*, dall'adozione del Piano, alla valutazione dei dirigenti, alla Relazione sulla *performance*, sposti il baricentro dell'attenzione dalla sola valutazione del dirigente, nel quadro di un legame quasi esclusivo tra lo stesso dirigente e il vertice politico, che ne avrebbe dovuto sanzionare l'eventuale responsabilità, all'esigenza di assicurare il gradimento dei destinatari dell'azione amministrativa, complessivamente intesa.
Lettura, questa, confortata dall'istituzione degli Organismi Indipendenti di Valutazione, ai quali appunto è affidato il ruolo di valutare la *performance* individuale e organizzativa dei dirigenti e che, a differenza dei precedenti Nuclei di valutazione, non sono più uffici di stretta collaborazione del vertice politico, ma sono organismi autonomi, indipendenti prima di tutto proprio dal vertice politico.

2. Alcune questioni problematiche.

Il sistema descritto costituisce, con buona probabilità, il tentativo di conferire una disciplina legislativa al modello teorico, già noto alla dottrina, dell'amministrazione di risultato, la cui *ratio* risiede nella opportunità che l'azione amministrativa non sia soltanto conforme a legge, ma sia altresì coerente con l'esigenza di perseguire l'efficienza dei risultati perseguiti[6]. Pur dovendosi riconoscere l'utilità, e probabilmente anche la necessità, di una disciplina che offra un ancoraggio concreto alla logica del risultato dell'azione amministrativa, la quale altrimenti rimarrebbe ascritta su un piano astratto e puramente teorico, non può negarsi che rimangono molti punti deboli, che rischiano di vanificare la tenuta stessa dell'impianto riformatore.

[4] In argomento, v. G. TERRACCIANO, *La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?) strumento di contrasto della corruzione*, in *Amministrativ@mente*, n. 11-12/2014.
[5] Cons. Stato sez. III, n.1390 del 2019.
[6] Sull'amministrazione di risultato v. per tutti S. CASSESE, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941.

ISSN 2036-7821

Proviamo a individuarne alcuni.

Un primo problema è legato alla fase di programmazione, che si sostanzia nell'individuazione degli obiettivi. Nonostante l'enfasi con cui il legislatore definisce il Piano della *performance*, concentrandosi sulla natura strategica degli obiettivi e sulla necessità che gli stessi siano ancorati alle effettive necessità e istanze rappresentate dagli utenti, troppo spesso gli obiettivi programmati appaiono inadeguati rispetto al modello ambizioso che il Ciclo della *performance* dovrebbe assicurare.

Nel modello sommariamente descritto dovrebbe essere riconosciuto un ruolo fondamentale al Sistema di misurazione e di valutazione della *performance*, i cui contenuti sono affidati alla responsabilità del vertice politico, giacché il Sistema deve essere adottato dall'amministrazione e poi aggiornato annualmente, previo parere vincolante dell'Oiv. È in questa sede che dovrebbero trovare adeguata collocazione e soluzione alcune questioni legate, appunto, alle modalità di realizzazione dell'attività di programmazione e di definizione degli obiettivi, in modo da consentire un'appropriata costruzione del Piano della *performance*. Ma non sempre il Sistema riesce ad assicurare il corretto svolgimento della delicata attività di programmazione, con la conseguenza che, assai più frequentemente, gli obiettivi assegnati appaiono generici ovvero coincidenti con attività istituzionali e non si prestano a essere considerati come 'sfidanti' rispetto alle ordinarie attività dell'ente. Ancora peggio: l'obiettivo risulta già realizzato al momento della sua assegnazione, ovvero alla sua realizzazione concorre il vertice politico.

Il che evidenzia un tratto ricorrente nella dinamica dei rapporti tra amministrazione e politica, che tradisce il senso stesso della riforma e della logica della separazione che essa incorpora: e cioè che l'organo di gestione amministrativa non si limita a concorrere alla definizione degli obiettivi, ma ne definisce il contenuto, sostituendosi al vertice politico e «appropriandosi», nella sostanza, della funzione di indirizzo[7].

Vi è poi la questione della tempistica. Il Ciclo di gestione della *performance* ha un'articolazione e una scansione temporale fin troppo minuziosa, cui però non è correlata alcuna conseguenza nel caso in cui i termini non siano rispettati[8]. E così, pur dovendo adottare il Piano della *performance* entro il 31 gennaio di ogni anno (art. 10, comma 1), non sempre le amministrazioni riescono a rispettare la scadenza assegnata, senza che ciò implichi un effetto specifico (se non una generica responsabilità del dirigente che avrebbe dovuto concorrere alla definizione del Piano, art. 10 comma 5, la cui adozione, tuttavia, è assegnata alla competenza del vertice politico). Unica eccezione è data dalla previsione contenuta nello stesso d. lgs. 150/09 (art. 14 comma 6), che subordina l'erogazione dell'indennità di risultato da assegnare alla dirigenza, alla validazione (da parte dell'Oiv) della Relazione sulla *performance*,

[7] In tal senso, E. D'ALTERIO, *La funzione di controllo e l'equilibrio tra i poteri pubblici: «dove nascono i problemi»*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2019, 681.

[8] Rilievo analogo è stato formulato dal Consiglio di Stato, nel parere n. 421 del 2017.

ISSN 2036-7821

che il vertice politico deve adottare entro il 30 giugno dell'anno successivo a quello oggetto di valutazione: ma ancora una volta, al ritardo nell'adozione della Relazione, consegue unicamente un ritardo nell'erogazione dei premi.

Anche in tal caso, la previsione di un termine, che appunto potrebbe e dovrebbe essere inserito nel Sistema, entro cui il dirigente a sua volta deve rendicontare la propria attività, ai fini della valutazione, consentirebbe, più in generale, il rispetto dei tempi previsti dal d.lgs. n. 150 del 2009. In mancanza, potrebbe aversi l'anomalia di una Relazione sulla *performance*, nella quale l'organo politico illustra i risultati conseguiti dall'ente e chiude lo stesso Ciclo di gestione della *performance*, senza che i dirigenti abbiano a loro volta rendicontato le azioni svolte per il conseguimento degli obiettivi specifici loro assegnati.

Diversa questione è quella della misurazione e valutazione degli obiettivi da parte degli Oiv. Qui si sovrappongono una serie di disposizioni che, qua e là, individuano ipotesi rilevanti ai fini della valutazione della *performance*.

Si pensi ad esempio all'art. 2, comma 9, l. n. 241 del 1990, secondo cui «la mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente»; ovvero all'art. 31 comma 4, d.P.R. n. 380 del 2001, secondo cui, in caso di abuso edilizio, «la mancata o tardiva emanazione del provvedimento sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente».

Ciò che non è chiaro è il modo in cui le ipotesi considerate si correlano alla valutazione del dirigente: che rilievo avrebbe la tardiva adozione del provvedimento, se l'obiettivo assegnato al dirigente è diverso da quello del corretto rispetto dei tempi procedimentali? Si potrebbe ritenere che tale circostanza rilevi ai fini dei c.d. *comportamenti organizzativi*, ossia il complesso delle modalità attraverso cui i singoli interagiscono all'interno della struttura organizzativa e concorrono a realizzare il risultato assegnato. Ma in tal caso, chi informa l'Oiv o il vertice politico del ritardo con cui il dirigente ha provveduto all'adozione dell'atto?

Manca un adeguato sistema di informatizzazione delle amministrazioni pubbliche che metta in rete tutte le informazioni necessarie per consentire agli Organismi di valutazione di accedere alle banche dati o comunque di acquisire da fonti esterne gli elementi necessari ai fini della valutazione.

Infine, l'esito della valutazione. Per quanto l'art. 21 del d.lgs. 165 del 2001 preveda che «il mancato raggiungimento degli obiettivi accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione», implichi «l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale», nella gran parte dei casi l'unica misura conseguente al mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati consiste nell'impossibilità di percepire la

ISSN 2036-7821

relativa indennità di risultato. Il che concorre a mantenere il processo di valutazione dentro il perimetro del rapporto tra politica e amministrazione, nonostante gli auspici di un coinvolgimento dell'utenza esterna.

Le questioni fin qui prospettate, sia pure così sommariamente, consentono di allargare lo sguardo, per provare a compiere qualche riflessione di sistema. Che attiene, in parte, alla complessità del processo di programmazione e di definizione degli obiettivi, cui si aggiunge la difficoltà di capire chi risponde della non corretta formulazione degli stessi, nel caso in cui siano troppo generici o coincidano con attività istituzionali; in parte, alla difficoltà di assicurare un coerente processo di misurazione e valutazione degli stessi obiettivi, anche al fine di superare il limite della autoreferenzialità della rendicontazione fatta dai dirigenti, *vulnus* dell'intero sistema.

Con riguardo alla prima questione, va detto che, anche se il CCNL afferma il diritto del dirigente alla corresponsione del premio, la Corte di cassazione ha precisato che «non sussiste il diritto del dipendente a percepire la retribuzione di risultato, né ad ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance*, ove sia accertato che l'amministrazione di appartenenza non abbia predisposto, alla stregua della normativa vigente, i criteri di determinazione e misurazione degli obiettivi e i sistemi di valutazione della performance»[9]. Ciò significa che in tutte le ipotesi in cui il Sistema di misurazione e valutazione della *performance* non consenta di individuare correttamente gli obiettivi, perché ad esempio si tratta di obiettivi istituzionali, l'indennità di risultato non dovrebbe essere erogata.

E non sono poche le pronunce della Corte dei Conti che hanno ritenuto responsabili per danno erariale i componenti degli Oiv, nell'ipotesi in cui hanno consentito il riconoscimento di premi che invece non dovevano essere assegnati, ad esempio perché gli obiettivi erano troppo generici[10].

Il che espone il modello descritto a un evidente corto circuito. Accade infatti che l'Oiv neghi la retribuzione di risultato al dirigente, il quale instaura il contenzioso dinanzi al giudice del lavoro. Questi ritiene di formulare una proposta conciliativa, che magari si avvicina all'importo del premio originariamente negato e che l'amministrazione il più delle volte accoglie per evitare le ulteriori spese del giudizio: ma in tal modo il dirigente ottiene in sede processuale ciò che l'Organismo indipendente di valutazione aveva negato.

Per cui, assai spesso, gli Organismi di valutazione qui, come in altri casi, si trovano di fronte a un'alternativa non facile, che oscilla tra la decisione di negare l'indennità di risultato ed esporsi al contenzioso con il dirigente, ovvero, al contrario, riconoscere il premio assumendo però il rischio di una responsabilità erariale. Con evidente frustrazione del ruolo stesso degli Organismi di valutazione, che la stessa legge

[9] Cassazione civile, sez. lav., n.1382 del 2019.
[10] Corte dei conti, sez. Sicilia, n. 355 del 2018.

ISSN 2036-7821

qualifica come "indipendenti" e, quindi, al pari delle sezioni di controllo della Corte dei conti, sono preposti all'esercizio di un controllo sulla *performance* dell'ente e, invece, finiscono con l'essere sottoposti essi stessi al controllo, e dunque all'azione di responsabilità, della Corte dei conti.

Se si guarda poi alla seconda delle questioni prospettate, relativa al processo di misurazione e valutazione degli obiettivi da parte degli Oiv, si deve osservare come la possibilità di valutare la *performance* dell'ente e dei suoi dipendenti, attraverso la misurazione del grado di soddisfazione dell'utenza per i servizi erogati, rimane un'eventualità remota, la cui effettiva realizzazione è affidata all'iniziativa di quelle amministrazioni più virtuose che si dotano di sistemi di *customer satisfaction*. E ancora una volta, in capo al collegio di valutazione si appunta la responsabilità della valutazione dei dirigenti, quasi unicamente basata sulle rispettive rendicontazioni.

Più in generale, occorre però soffermarsi su un'altra questione, forse meno indagata, ma ugualmente rilevante, che riguarda l'uniformità, per non dire la rigidità, del meccanismo di valutazione, che si applica indistintamente a tutte le amministrazioni. Senza, cioè, prevedere forme di adeguamento nella programmazione degli obiettivi, e nella conseguente valutazione degli stessi, in ragione del tipo di attività posta in essere.

Così ad esempio, non c'è alcuna distinzione tra amministrazioni di prestazione, tra cui rientrano le amministrazioni preposte all'erogazione dei servizi, e amministrazioni che esercitano funzioni, la cui attività si manifesta, per lo più, nell'adozione di provvedimenti e laddove, al contrario, si percepisce maggiormente la complessità dell'attività di programmazione.

Se, infatti, il sistema descritto, mutuato, com'è agevole intuire, dai modelli e dalle esperienze delle aziende private e dei relativi meccanismi di valutazione, più facilmente può trovare concreta applicazione con riguardo a quelle amministrazioni che erogano servizi (si pensi alle aziende sanitarie, dove l'obiettivo 'sfidante' della riduzione delle liste di attesa, ad esempio per gli esami diagnostici, può essere facilmente misurato dagli Oiv e percepito dall'utenza); non altrettanto accade per le amministrazioni che esercitano funzioni e adottano provvedimenti. Qui la programmazione di obiettivi che non siano istituzionali e possano essere misurati, valutati e apprezzati dai destinatari dell'azione diventa assai più complessa. Come misurare l'attività dell'ufficio di un comune, preposto al rilascio dei titoli edilizi? E come verificare l'impatto che tale attività produce sui destinatari?[11]

3. Brevi considerazioni conclusive.

Nel complesso, il Ciclo di gestione della *performance* costituisce la sintesi di un sistema articolato, finalizzato a dare concretezza a quei criteri di efficienza, efficacia

[11] Sull'argomento v. G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario Aipda 2002*, Milano 2003, p. 127.

ISSN 2036-7821

ed economicità, attraverso la "misurazione dell'azione amministrativa" che si fonda sull'assegnazione di specifici obiettivi da raggiungere e sull'accertamento *ex post* dei risultati di gestione effettivamente ottenuti, in base a parametri prestabiliti per la misurazione dei risultati stessi, e che dovrebbe vincolare il vertice politico e il dirigente alle rispettive competenze e alle relative responsabilità[12].

L'idea, come detto, è quella di sottoporre l'azione amministrativa complessivamente intesa, e la *performance* organizzativa dell'ente, al gradimento dell'utenza destinataria dell'azione medesima. Superando, così, il precedente modello nel quale il raggiungimento dell'obiettivo assegnato dal vertice politico e la conseguente corresponsione dell'indennità di risultato al dirigente esauriva il sinallagma contrattuale dell'affidamento dell'incarico dirigenziale.

Eppure, ancora oggi, l'oggetto più frequente del contenzioso, rispetto al quale si addensano le maggiori questioni, teoriche e pratiche, continua a essere quello relativo alla corresponsione del premio ai dirigenti. Anche perché, come detto, il processo di valutazione è ancorato alla rendicontazione degli obiettivi raggiunti da parte dei dirigenti e dunque assume i tratti dell'autoreferenzialità. Manca la possibilità di misurare la *performance* dell'ente e dei suoi dipendenti attraverso l'opinione espressa dell'utenza, poiché la gran parte delle amministrazioni non riescono a dotarsi di sistemi di *customer satisfaction*.

È per questo che se dalla rendicontazione emergono dubbi sull'effettivo conseguimento dell'obiettivo, la valutazione svolta dall'Oiv potrà avere un esito negativo, che si traduce quasi unicamente nella mancata corresponsione del premio: ipotesi che costituisce anche la misura più frequente (se non l'unica) che l'organo politico adotta nei confronti dei propri dirigenti, essendo assai sporadica l'eventualità di una revoca dell'incarico.

Se dunque, per un verso, il nuovo sistema di valutazione non riesce a decollare, per altro verso, ulteriori elementi di perplessità si aggregano con riguardo a taluni orientamenti formulati dalla giurisprudenza della Corte dei conti.

S'è già detto della tendenza a far gravare sugli Oiv alcune ipotesi di responsabilità conseguenti alla erogazione di quei premi che non avrebbero dovuto essere concessi, con evidente anomalia di un sistema, che non ripone adeguata fiducia su tali Organismi, a loro volta istituiti per controllare e valutare la dirigenza.

Si aggiunga che, secondo un ulteriore orientamento del giudice contabile, l'articolo 14 del Dlgs 150/2009, nell'individuare uno specifico compito di controllo e monitoraggio del sistema di trasparenza nell'ente pubblico, impone alle amministrazioni l'assolvimento di una serie di obblighi di trasparenza, prima espressamente formulati nell'art. 11 dello stesso d. lgs. oggi invece confluiti nel d. lgs. n. 33 del 2013 (e in particolare all'art. 47). Stando al ragionamento seguito dalla

[12] Corte dei Conti, sez. Lazio, n. 71 del 2018.

ISSN 2036-7821

Corte, la previsione di un obbligo di pubblicazione di una serie di documenti è coerente con la qualificazione della trasparenza dell'azione amministrativa in termini di bene/obiettivo, che l'amministrazione tutta ha il dovere di perseguire, dovendosi interpretare la stessa trasparenza come un principio primario dell'azione amministrativa al pari della economicità e dell'efficacia. Pertanto, al di là delle specifiche previsioni contenute nei rispettivi Sistemi di valutazione della *performance* delle singole amministrazioni, l'erogazione dell'indennità di risultato in presenza dell'accertata violazione dell'obbligo di trasparenza implica un danno erariale, coincidente con l'ammontare dell'emolumento non dovuto, la cui responsabilità è direttamente imputabile ai soggetti che hanno concorso alla liquidazione dell'indebita retribuzione di risultato, tra cui, eventualmente, anche gli Oiv[13].
In altri termini, il mancato rispetto degli obblighi di trasparenza previsti dalla legge implica il mancato raggiungimento dei relativi obiettivi di trasparenza che devono ritenersi implicitamente assegnati ai dirigenti, con conseguente divieto di corresponsione delle relative indennità di risultato (anche in caso in cui il Sistema di misurazione e di valutazione della *performance* non si pronunci sul punto) e di eventuale responsabilità erariale a carico dei componenti dell'Oiv che hanno formulato la valutazione positiva.
L'effetto è quello di subordinare la mancata corresponsione della retribuzione di risultato alla violazione di uno specifico obbligo di legge: ma, in tal modo, il processo di valutazione prescinde dalla complessa articolazione del Ciclo di gestione della *performance*, polarizzandosi su un unico dato, che coincide con l'adempimento di un obbligo di legge, ed escludendo gli altri elementi di valutazione.
Così la tanto celebrata efficienza delle amministrazioni si traduce nel mero rispetto delle disposizioni di legge, con l'evidente conferma delle maggiori perplessità che la rivoluzione annunciata aveva sollevato: e cioè che la stessa si risolva in un odioso appesantimento degli adempimenti burocratici, fuori da ogni effettivo processo di misurazione e valutazione del risultato conseguito.
Con l'ulteriore effetto di perpetrare un fenomeno che sempre più di frequente oggi si verifica nelle nostre amministrazioni e cioè che l'etica della responsabilità dei nostri amministratori (e dei valutatori) continua a essere perseguita attraverso il timore dell'azione di responsabilità della Corte dei Conti.
Senza contare che l'orientamento appena riferito del giudice contabile ripropone la questione originariamente sollevata, nel senso che ritorna la necessità di distinguere i modelli di valutazione con riferimento all'attività posta in essere dall'ente.
Per cui il modello di valutazione della *performance* organizzativa e individuale, di stampo chiaramente aziendalistico, più facilmente può funzionare rispetto ad attività di erogazione di servizi. Mentre probabilmente l'unico modo per misurare l'attività

[13] Corte dei Conti, sez. Lazio, n. 323/2016; sez. Puglia, n. 185/2018.

ISSN 2036-7821

provvedimentale di una pubblica amministrazione rimane, come visto, la legittimità degli stessi atti. E, forse, questo sarebbe già un buon risultato.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Riflessioni sparse su alcune (spinose) questioni riguardanti il rapporto tra tecnica e politica

di Francesco Zammartino

(Professore di Istituzioni di diritto pubblico all'Università di Napoli L'Orientale.)

Sommario

1. Considerazioni preliminari – 2. La proliferazione dei c.d. processi "artificiali" di produzione normativa" – 3. La norma tecnica: quali profili giuridici? – 4. Quale tecnica al servizio della politica? – 5. I rapporti tra tecnica e politica alla luce dell'emergenza Covid- 19.

Abstract

The serious pandemic crisis that seems to have held the whole world in an inextricable grip has brought the question of the influence of technology in the political choices of democratic governments back to the center of the public debate.

In fact, never, as in this difficult moment in which significant precariousness about the future remains, have governments, taking advantage of the advice and specialist knowledge of scientists to take drastic decisions to counter the spread of the Covid -19 epidemic - discussion of the primacy of politics over the influence of technology in various scientific investigations.

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta, a seguito di preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review, dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore.*

ISSN 2036-7821

1. Considerazioni preliminari.

La grave crisi pandemica che sembra aver stretto il mondo intero in una morsa inestricabile, ha riportato al centro del dibattito pubblico la questione relativa all'influenza della tecnica nelle scelte politiche dei governi democratici.

Mai, infatti, come in questo difficile momento nel quale permane una significativa precarietà sul futuro, i governi, usufruendo della consulenza e delle conoscenze specialistiche degli scienziati per prendere decisioni drastiche per contrastare la diffusione dell'epidemia da Covid –19, hanno messo seriamente in discussione il primato della politica rispetto all'influenza della tecnica nelle varie indagini scientifiche.

La presenza di una componente tecnica all'interno del potere esecutivo comunque è vicenda risalente nel tempo e riproposta in diverse epoche storiche; teorizzata fin dall'antichità classica da Platone[1] e Aristotele[2], ha trovato, in estrema sintesi, la sua successiva teorizzazione, dapprima, nel periodo dell'età moderna[3], con la valorizzazione del sapere positivo e del ruolo della scienza attraverso le idee positiviste[4] e con la tradizione ermeneutica nelle scienze sociali di Max Weber[5], successivamente, nelle società contemporanee, con l'affermazione del progresso informatico ed elettronico, nonché della globalizzazione dell'economia[6].

Ciò malgrado, il rapporto tra tecnica e politica è rimasto un tema assai complesso, che ha seguito crinali differenti che ne rilevano l'innegabile specificità e caratterizzato da varie declinazioni del quale è difficile definirne ancora oggi i contorni atteso che agli stessi due lemmi ancora oggi non sembrano potersi attribuire una definizione "stipulativa", con la conseguenza che, ove se ne assuma altra, diversa in via convenzionale, si rischia di rendere estremamente conflittuale il rapporto stesso.

A testimonianza di quanto appena accennato, basti ricordare che i due fattori del rapporto, nonostante le differenti categorie entro le quali essi operano[7], non di rado hanno confuso i propri rispettivi ruoli, invadendo l'uno i compiti dell'altro.

Il risultato è una costante commistione tra competenze tecniche e decisioni politiche di cui sia la politica[8], la quale, alla luce anche della crisi che ha investito le ideologie[9],

---

[1] PLATONE, *Repubblica*, libri V e VI.

[2] ARISTOTELE, *Ethica Nicomachea*, VI, 13, p. 1144.

[3] N. MACHIAVELLI, *Il principe*, 1513.

[4] C.H. DE SAINT SIMON, *De la rèorganisation de la societé europèénne*, Paris, 1814.

[5] M. WEBER, *Parlamento e Governo*, Roma – Bari, 1993.

[6] Ex plurimis, J. K. GALBRAITH, *Il nuovo stato industriale*, 1967, trad. it., Torino, 1968; G. SOROS, *La crisi del capitalismo globale. La società aperta in pericolo*, 1998, trad. It. Milano, 1999.

[7] A. SCIORTINO, *Il Governo tra tecnica e funzioni*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2015, p. 43.

[8] Con ciò non si vuole sorvolare sul fatto che riconoscere esclusivamente alla politica la peculiarità di fare delle scelte appartiene ad un'idea di Stato in cui i compiti erano concepiti come esclusivamente politici, consistenti cioè essenzialmente nell'organizzazione e nel funzionamento dei servizi inerenti alla difesa, alla giustizia, alla polizia, ecc… La natura stessa di questi servizi finiva con lo sposarsi perfettamente con l'idea di un diritto pubblico

ISSN 2036-7821

si è mostrata spesso incapace di risolvere le grandi sfide che si sono presentate nel terzo millennio[10], favorendo così quel fenomeno della spoliticizzazione che ha coinvolto progressivamente tutte le democrazie occidentali, sia la stessa tecnica, sempre più invasiva e pericolosa sui processi decisionali (il c.d. disegno politico tecnocratico), hanno , in egual misura, contribuito a realizzare.

Nell'ambito di un tale complesso scenario, dove persistono alcune zone d'ombra, non sembra affatto peregrino evidenziare la necessità di un'attenta riflessione sulla corretta ripartizione di competenze e responsabilità tra tecnica e politica in termini organizzatori, in modo da determinare in modo propositivo una nesso lungo il corso del quale i due termini del confronto svolgano ruoli in piena sinergia, ma non sovrapponibili[11].

Ma qui il discorso si fa particolarmente scivoloso soprattutto se si fa riferimento al nostro Paese che, a differenza di altri ordinamenti statali, non prevede prescrizioni dettagliate sul procedimento amministrativo e sull'esercizio del potere discrezionale, favorendo irrimediabilmente nella disciplina l'intervento "creativo" della giurisprudenza[12].

Quest'ultima, infatti, di fronte a regole dai contenuti estremamente generici, ha provveduto a renderle concrete mediante strumenti certamente non indirizzati alla logica della politica.

Ciò induce a ritenere che, in un contesto non del tutto omogeneo, qualsiasi discorso inerente al tema in parola non possa non prescindere da un'attenta lettura del Testo costituzionale che, all'art. 97, prevede che l'attività di un'amministrazione deve essere imparziale[13], affinché la soddisfazione dell'interesse pubblico avvenga in maniera corretta e ragionevole, quale vincolo proprio all'attività amministrativa[14].

---

costruito sui concetti di sovranità e di potere pubblico, di uno Stato, in sostanza, esprimentesi essenzialmente attraverso atti autoritativi.

[9] Cfr. G. PRETEREROSSI, *La politica negata*, Roma-Bari, 2011, p. 9 ss.

[10] "Prevedo la spoliticizzazione completa dell'Italia: diventeremo un gran corpo senza nervi, senza più riflessi. Lo so: i comitati di quartiere, la partecipazione dei genitori nelle scuole, la politica dal basso… Ma sono tutte iniziative pratiche, utilitaristiche, in definitiva non politiche. La strada maestra, fatta di qualunquismo e di alienante egoismo, è già tracciata. Resterà forse, come sempre è accaduto in passato, qualche sentiero: non so però chi lo percorrerà, e come". P. P. PASOLINI: Il nudo e la rabbia, Stampa sera, 9 gennaio 1975.

[11] O. PINI, *Tecnica e politica tra mezzi e fini nell'emergenza coronavirus*, in *Riv. giur. AmbienteDiritto .it*, fasc. 4/2020, p. 14.

[12] Cfr. P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in P. CARROZZA, A DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, vol. II, p. 1052 ss.

[13] Cfr. A. CERRI, *Principio di legalità, imparzialità, efficienza*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 171. F. MERLONI, *Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale*, in *Dir. pubbl*. 1997, p. 360 ss.

[14] In tema la letteratura è a dir poco sterminata, ex plurimis, P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti giuridici in memoria di PIERO CALAMANDREI*, Padova, 1958, p. 25; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 131; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. scienze giur*., 1968, p. 63; F. SAITTA, *L'imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Enc. giur*., XV, Roma, 1989; P. CARETTI, *Art. 97 1° comma, Parte I Cost*., in *Comm. cost*., a cura di G. BRANCA, continuato da A.

ISSN 2036-7821

E' proprio, in effetti, in questa prospettiva, che sembra cogliersi il significato autentico del principio di separazione tra tecnica e politica (e in modo più manifesto tra politica e amministrazione) quale declinazione dell'imparzialità e del buon andamento, che non è solo funzionale, ma riguarda anche la separazione strutturale (si pensi alla necessaria separazione tra la componente organizzativa che è investita ad affiancare il ministro e l'apparato, cui è attribuito il compito della gestione amministrativa), nonché la responsabilità, atteso che l'amministrazione, come struttura separata e autonoma dalla politica[15] e munita di propri poteri, non è responsabile solo per la violazione di regole, ma anche per i risultati conseguiti[16].
Sulla base di tali premesse, sembra possibile ricavarsi dal combinato disposto degli artt. 97 e 98 Cost. che il rapporto tra politica e amministrazione non si delinei secondo il classico schema che individua nel Governo l'assoluto protagonista della trama delle relazioni tecnico-politiche e fondamento delle scelte riguardanti le decisioni di politica nazionale , ma come puntualmente è stato osservato quello tra tecnica e politica (e amministrazione) sembra potersi descrivere «come un rapporto circolare, in forza del quale per indicare un fine e per farlo diventare un fine programmatico occorre un'attività di progettazione politica e amministrativa piuttosto complessa e molto articolata, che richiede sia analisi tecniche (amministrative, finanziarie e gestionali) sia analisi politiche»[17].
In altre parole, la separazione tra politica e pubblica amministrazione si misura nell'esercizio di una discrezionalità in cui la struttura amministrativa di supporto prende parte oltre che all'attuazione anche allo sviluppo delle politiche pubbliche[18].
La codificazione della distinzione fra indirizzo delle decisioni politiche e gestione dei mezzi e delle tecniche di attuazione avuta agli inizi degli anni '90, sembrava confermare il modello appena delineato[19].
Ma le profonde trasformazioni che hanno interessato la struttura organizzativa dei pubblici poteri negli ultimi 30 anni e che hanno operato in favore di un modello sostanzialmente privatistico, hanno alterato il modello disegnato dalla Costituzione e consegnato un sistema nel quale il primato della tecnica nei confronti della politica

---

PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, p. 1 ss.; C. PINELLI *Art. 97, 1°, 2° e 3° comma*, in *Comm. cost.*,, a cura di G, BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, p. 252 ss.; U. POTOTSCHINIG, *Art. 97, 3° comma, sezione II Cost., in Comm. cost.*, a cura di G. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, p. 361.

[15] Si rinvia a A. SANDULLI, *voce Amministrazione autonoma*, in *Dizionario enciclopedico del diritto*, vol. I, Padova, 1996, 65 ss., p. 124.

[16] In dottrina, si v. P FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 41 ss.; M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una storia difficile*, in *Diritti fondamentali*.it, fasc. 1, 2018, 8 ss.

[17] P. CARRROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarietà*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica, Napoli*, 2016, p. 88.

[18] Si rinvia F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996.

[19] Recentemente, M. MAZZOLENI, *Indirizzo politico e gestione tecnica: sfere separate? Il caso della politica urbanistica locale in Lombardia*, in *Rivisteweb*, n. 3/2020, p. 373 ss.

ISSN 2036-7821

appare sempre più evidente.

2. *La proliferazione dei c.d. processi "artificiali" di produzione normativa".*

E' indubbio che la privatizzazione degli enti pubblici economici e l'utilizzazione sempre più frequente degli strumenti privatistici nell'agire dei poteri pubblici, da una parte, la privatizzazione del pubblico impiego e la precarizzazione della dirigenza, dall'altra, hanno in sostanza depauperato la potenzialità innovativa dell'articolato normativo di cui agli artt. 97 e 98. Quest'ultimo, infatti, che rileva la tendenza di separare l'amministrazione dalla politica attraverso la scelta di attribuire le funzioni di indirizzo e di controllo ai vertici politici di governo, mentre quelle relative alla gestione ai funzionari amministrativi professionali, nella logica di una separazione che non investe, quindi, solo le competenze, ma va ad istituire organizzazioni parallele al governo, le quali sono soggette solo alla legge, è stato manifestatamente confutato negli ultimi 30 anni da quelle teorie secondo cui la razionalità – efficienza della tecnica andavano preferite all'arbitrarietà – inadeguatezza della politica[20].

Attraverso motivazioni, peraltro difficilmente contestabili, quali la scarsa professionalità nella gestione della cosa pubblica, la limitazione delle responsabilità, l'incertezza dei processi decisionali, il diffondersi di casi corruttivi, il modello privatistico in sostanza è riuscito a mettere in discussione le tradizionali categorie del diritto pubblico, spesso ricorrendo alla tecnica quale soluzione dei problemi politici.

Una prima questione che si collega a quanto appena accennato e che si riflette sulla capacità "ordinatoria" delle regole, è la proliferazione dei c.d. processi "artificiali" di produzione normativa".

In effetti, l'ordine dogmatico delle fonti legali del diritto in leggi, regolamenti e consuetudini che, per molti decenni, è stato il tradizionale modello di classificazione delle fonti di produzione delle norme giuridiche, è entrato in crisi per una serie di fattori di natura profondamente diversa tra loro, i cui effetti hanno comunque provocato una vera e propria scomposizione dell'assetto delle fonti, fino a quel momento caratterizzato da una certa linearità e solidità[21] (si pensi ai due criteri di gerarchia e competenza che sono ormai coinvolti in un rapporto dinamico di sostituzione e sovrapposizione reciproca).

I fattori che hanno minato le consolidate concettualizzazioni sul tema delle fonti di produzione normativa sono noti: alcuni rinvenibili nella stessa Costituzione

[20] Cfr. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione, Milano, 1994, passim*.

[21] Su tali complesse problematiche si rinvia a V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., p. 927; L. PALADIN, *Saggio sulle fonti del diritto italiano*, in *Quad. cost.*,1993, pp.252 ss.; F. MODUGNO - S. NICCOLAI, *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1997; G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, pp. 15 ss. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, p. 9 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, artt. 1 -9 disp. prel.* , in *Commentario del codice civile* (a cura di F. Galgano), Bologna – Roma, 2011; G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, II, Torino, 2012, p. 224 ss.

ISSN 2036-7821

repubblicana, quali la rigidità, il policentrismo istituzionale, gli istituti di democrazia diretta, le limitazioni di sovranità previste per la partecipazione all'Unione europea; altri attengono a fenomeni non riconducibili all'orbita giuridica, bensì a fenomeni di natura politica (si pensi alle spinte disgregatrici provenienti dalla comunità internazionale alla luce delle miopi politiche di gestione dei flussi migratori) ed economica.

Ma se i fenomeni a connotazione politica sono stati alquanto monitorati dai confini assegnati dalla Carta costituzionale, lo stesso non si può dire per quelli di natura economica le cui forzature nell'assetto delle fonti sono risultate ben presto ingovernabili.

D'altronde, le pressanti sollecitazioni provenienti dalla c.d. lex mercatoria imposta dalla mondializzazione dell'economia e dei mercati, ha progressivamente introdotto una regolazione di soft law cedevole e informale, che ha minato gli schemi normativi tipici e formali del nostro sistema[22].

Ciò ha riguardato soprattutto la normazione secondaria che, a dire il vero, già da anni non garantisce più un "ordine" nei processi di produzione giuridica, dal momento che lo sforzo della l. n. 400/1988 di mettere fine al disorganico pluralismo della produzione normativa secondaria mediante il vincolo di uno schema procedurale tipico previsto dall'art. 17 è risultato alquanto vano[23].

Del resto, non sembra affatto incongruo affermare che le tendenze dei mercati a preferire una regolazione più agile e flessibile al fine di accogliere le istanze dinamiche del settore produttivo hanno trovato terreno fertile proprio in un sistema, quale è quello delle fonti secondarie, che non sembra affatto chiuso né costituzionalmente, né legislativamente, potendo una legge ordinaria derogare alla legge di cui *supra*.

La normazione di grado secondario è stata man mano sempre meno decretata secondo lo schema procedurale previsto dall'art. 17 della l. n. 400/1988, dando vita a quel fenomeno ormai noto ai giuristi della c.d. fuga dal regolamento o come forse più precisamente è stato autorevolmente definito, della fuga dell'esecutivo dal regolamento di tipo formale[24], in modo da precisare che la fuga non riguardasse l'intera produzione della normazione secondaria.

---

[22] Sulla complessa questione, R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nella società postmoderne*, Torino, p. 33 ss.

[23] G. TARLI BARBIERI, *Regolamenti governativi e ministeriali*, in S. Mangiameli (a cura di), *Diritto costituzionale*, Milano, 2008, 332

[24] B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 23/2015, p. 389 ss.; per A. LUCARELLI, *Contributo alla teoria del sistema delle fonti. Ancora intorno al regolamento indipendente*, in Rivista AIC, n. 4/2018, p. 14, "l'impressione è che a tutt'oggi ci sia una sorta di 'fuga dal regolamento', ovvero la preferenza da parte del governo di ricorrere ad atti amministrativi generali, piuttosto che a fonti secondarie del diritto, costringendo l'interprete a verificare che nell'atto amministrativo generale sovente vi sono i caratteri della generalità, astrattezza e novità. Questo ha fatto sì che proprio il Consiglio di Stato, con Ad. Plen. del 2012 accedendo ad una lettura estensiva degli atti amministrativi generali, li abbia attratti nell'orbita del regolamento"

ISSN 2036-7821

I regolamenti governativi e ministeriali vengono avvertiti sempre più come congegni normativi desueti e inadatti a esaudire le frenetiche domande dei mercati globalizzati. Le loro procedure di formazione sono percepite come eccessivamente rigide e complesse e ciò ha indotto il legislatore negli anni a definire forme procedimentali e caratteri contenutistici degli atti di normazione secondaria sconosciuti alla disciplina generale dicui all'art. 17 della l. n. 400/1988, sentita a questo punto, in mancanza anche di una copertura costituzionale, sempre più quale norma di natura meramente descrittiva[25].

La natura non precettiva che connoterebbe la legge in esame ha indotto, così, parte della dottrina a considerare che tale disposizione non vincoli il legislatore successivo ad avvalersi del solo "prototipo" di regolamento ivi disciplinato.

Ed in effetti, i casi in cui il legislatore, reputando opportuna una successiva azione di produzione secondaria, ha espressamente esortato l'esecutivo all'utilizzo di decreti ministeriali aventi natura non regolamentare, sono effettivamente numerosi[26].

Tali deviazioni dal modello procedimentale classico dei regolamenti, di cui ai sensi dell'art. 17, si sono riscontrate, poi, con maggiore frequenza con l'attuazione della riforma del Titolo V della Costituzione, la quale, come è noto, conferisce alla potestà regolamentare dello Stato la disciplina delle sole materie attribuite alla sua competenza legislativa esclusiva. In questo specifico caso, più volte il legislatore ha affidato la disciplina attuativa a decreti qualificati a contenuto non normativo, con il celato obiettivo di sottrarre tali atti alle garanzie procedimentali che si concretano nel parere del Consiglio di Stato, nella registrazione della Corte dei Conti e nella pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

Ma se la presenza di una tale categoria di atti privi di un contenuto normativo, come espressamente dichiara la legge, per il solo fatto di risultare in contrasto con la stessa definizione formale di regolamento, non rileva alcuna violazione del principio di legalità, i dubbi, invece, che il suddetto principio sia violato affiorano enormemente quando la portata del contenuto di tali atti presentata come non normativa è, in sostanza, normativa. E invero, non è un caso che l'uso in modo "continuativo e distorto" di adottare decreti di natura non normativa venga censurato dalla migliore dottrina, in quanto si ritiene che siffatta prassi violi sia l'art. 17 della l. n. 400/1988, (nella parte in cui si prevede per l'atto il regime giuridico previsto per le fonti regolamentari), sia l'art. 117, sesto comma, Cost. (deroga al riparto di competenza del potere regolamentare)[27].

---

[25] In tal senso, V. MARCENÒ, *,La potestà regolamentare: un bilancio delle scelte statutarie e della loro successiva attuazione*, in P. Caretti-E. Rossi (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 2009, Torino, 2010, p. 9 ss.

[26] U. DE SIERVO *Lo sfuggente potere regolamentare*, in *Scritti per Mario Nigro,* vol. I, *Stato e amministrazione*, Milano, 1991, p. 277 ss.

[27] F. MODUGNO, A. CELOTTO, U*n «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni cost.*, 2003, p. 356; A. MOSCARINI, S*ui decreti del Governo di natura non regolamentare che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, n. 6, p. 5075.

ISSN 2036-7821

La prassi di cui sopra, che ha indubbiamente incoraggiato le deroghe al regime formale dei regolamenti governativi, non è, tuttavia, come è stato anticipato, il solo fenomeno che volge lo sguardo verso nuove esperienze di produzione di atti normativi secondari. Non riconducibile alla pressione delle esigenze della politica, bensì all'invasivo liberal contractualism, modello collaborativo dell'*agreement*, è il fenomeno della "mercatizzazione"[28] dello Stato e del diritto, che si esprime mediante atti definiti (impropriamente) di soft law insofferenti a principi e regole e nella cui categoria rientrano codici di autodisciplina, codici di associazioni, linee guida e standard operativi[29].

Tali atti, che ormai sembrerebbero assurgere a fonte di produzione sulla base del principio secondo cui non sarebbe sempre obbligatoria l'interposizione della legge per delimitare ex ante il contenuto dell'atto normativo, suscitano particolari perplessità circa la violazione delle riserve di legge[30], allorquando si rendano idonee appunto le medesime fonti a disporre di diritti.

In questo ordine di idee si approva il convincimento secondo cui la legge non debba in molte circostanze che uniformarsi a parametri tecnici che si sottraggono alla valutazione del potere di scelta degli organi rappresentativi[31]. In effetti, nonostante il soft law debba considerarsi innanzitutto quale risposta all'inidoneità dei processi politici a governare la realtà nel suo sviluppo e nel suo tessuto eterogeneo, esso ha assunto un'influenza sempre maggiore nell'ambito dei sistemi delle fonti del diritto, potendo prospettarsi, in un primo momento, quale concreta opzione alle codificate e tradizionali fonti legali, per poi, quando la sua indiscutibile matrice economica ha inglobato anche grandi momenti di giuridicità, realizzare una normazione di grado e forze diverse. A tal proposito, si rileva che non di rado gli effetti prodotti dagli atti in parola introducano, in sostanza, regole di hard law, laddove la natura del loro statuto è definita soft al solo fine di "sottrarsi ai più impegnativi requisiti che l'ordinamento impone agli atti fonte, pur aspirando alla medesima efficacia del diritto da quelli prodotto".

Ne consegue, alla luce anche del fatto che il soft law non racchiude riduttivamente tutti i fenomeni normativi avulsi dalle fonti di produzione del diritto, ma individua una "zona grigia di giuridicità", che si pone a cavallo tra gli estremi dei fenomeni normativi pienamente giuridici (c.d. "hard law") e i fenomeni normativi che non hanno caratteristiche tipiche della giuridicità, che il tema del potere normativo,

[28] F. SNYDER, *Soft law and Institutional Practice in The European Community*, in *The Construction of Europe*, London, 1994, p. 197 ss.; G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, trad. it., Milano, 1996, passim.

[29] Ex plurimis, F. TERPAN, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 2015, p. 68 ss.; v. inoltre A. POGGI, "*Soft law" nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, *Annuario AIC 2005*, Cedam, Padova, 2007, p. 369 ss.

[30] A. CONTIERI, *Aldo Sandulli (1915 – 1984), Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Milano, 2004, p. 487.

[31] In tal senso, M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Dir. cost.*, n. 1/2019, p. 58.

ISSN 2036-7821

riconosciuto per esempio alle Autorità amministrative indipendenti, vada affrontato anche al cospetto di una proliferazione dei processi c.d. "artificiali" di produzione normativa[32], in cui i fenomeni sinteticamente accennati costituiscono solo alcuni dei numerosi esempi di sottosistemi normativi (la cui legittimazione costituzionale non equivale a una loro riconduzione a un sistema delle fonti ragionevolmente congruente), presenti nel sistema attuale delle fonti del diritto[33].

3. La norma tecnica: quali profili giuridici?

L'intervento in ambiti tecnici contribuisce a motivare quindi l'esistenza di un generale potere normativo della p.a., perché capita non di rado che nell'applicazione di un criterio scientifico di valutazione degli eventi si possa estrarre la regola da applicare.

Si tratta di una tematica che richiederebbe una disamina articolata e che in questa sede può essere abbozzata solo sommariamente, ma che, in ogni modo, può permettere di comprendere come i problemi scientifici e il ruolo degli organi tecnici condizionino significativamente sul modo in cui opera lo Stato e in cui si formano le stesse norme giuridiche.

Del resto, se la definizione di norma tecnica è foriera di diverse fattispecie, ossia regole giuridiche a contenuto prevalentemente tecnico, regole adottate da enti pubblici particolarmente specializzati, regole formulate da soggetti privati, essa comunemente si forma mediante individuazione di accertamenti e giudizi, espressi in conseguenza di competenze scientifiche specialistiche[34].

Ora quando esse acquistano giuridicità? Quando esse evidentemente regolano comportamenti da osservare allo scopo del rispetto delle norme tecniche.

Si delinea così una materia caratterizzata da un alto tasso di tecnicità con forza autoritativa rispetto all'andamento economico e scientifico, nella quale un compito fondamentale viene svolto da tutti quei soggetti specializzati, da raccordare appunto con la potestà normativa.

Le riflessioni testé accennate, seppur inducono, a una prima analisi, a considerare che in questi specifici casi la norma giuridica, in quanto regola comportamentale, non individui più il suo fine nella risoluzione di conflitti tra interessi, bensì nell' utilizzazione di metodi scientifici, non possono tuttavia sottovalutare la questione relativa alla composizione degli interessi, che la mera attuazione delle regole tecniche non può da sola risolvere[35].

---

[32] Cfr. A. CONTIERI , *Nozioni tecniche come limite all'attività normativa,* in *Condizioni e limiti alla funzione normativa* Annuario 2004, APDA.

[33] F. ZAMMARTINO, Il *modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti,* Torino, 2020.

[34] V. E. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Dir. pubbl. econ*., 1996, p. 256 ss.

[35] A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche,* in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. II, Milano, 1963; A. M. SANDULLI, *Le norme tecniche nell'edilizia*, in *Riv. giur. edil.* , 1974, II, p. 189 ss.; più recentemente,

ISSN 2036-7821

Già la stessa Corte costituzionale[36] ebbe modo di dichiarare in tempi meno recenti, che solo quando la discrezionalità tecnica convive con quella generale amministrativa il soggetto titolare del potere è al contempo organo tecnico e organo produttore di regole normative. Questo perché una volta considerata l'attività di amministrazione una specifica forma di tecnica, diventa poi non facile rapportarla unitariamente a regole certe e conoscibili[37].

Abbiamo accennato come nel linguaggio corrente la denominazione "norma tecnica" sia una locuzione che ancora si presta a una varietà di significati[38]. E non manca chi evidenzia perfino che il concetto stesso susciti non poche difficoltà di inquadramento teorico, in quanto il sostantivo "norma" che precede l'aggettivo "tecnico" costituirebbe una contraddizione in termini.

Ma le esigenze di una società, complessa e articolata quale è quella contemporanea, richiedono sempre maggiormente l'utilizzazione di norme tecniche, al fine di garantire un immediato assestamento dell'ordinamento giuridico alle nuove esigenze in ambiti in cui rapida è l'evoluzione tecnologica[39].

La necessità di adeguare con continuità regole volte a disciplinare ambiti poco stabili e contraddistinti da complessità di natura tecnica, appare sempre più necessario per giustificare l'intervento tecnico nella regolazione della vita economica e sociale. Certo, in riferimento all'attività normativa, bisogna vigilare sul fatto che forte è il rischio che si consideri tecniche le norme nelle quali la "tecnica", compresa quale complesso di conoscenze estranee all'orbita giuridica, definisca il contenuto della norma assumendo rilevanza nel sistema delle fonti[40]. La conseguenza di questo stato di cose inciderebbe notevolmente non solo sulla legittimazione delle fonti formali, ma trasformerebbe i rappresentanti nel momento di legiferare a *periti peritorum*[41].

In passato, anche se in rapporto alla mera attività amministrativa, autorevole dottrina

---

ex plurimis, E. FRENI, *Le sanzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in M. FRATINI, (a cura di), *Le sanzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Padova, 2011, p. 851 ss.

[36] Corte cost., sentt., nn, 122/1957, 48/1961.

[37] Per comprendere l'impostazione "tradizionale" del problema, ex multis, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche, Milano 1985*; ID., *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, p. 71 ss.; F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2002, p. 603 ss.

[38] Per tutti, A. PREDIERI, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di* F. BENVENUTI, Modena, 1996, vol. IV, p. 1413 ss.

[39] Si v. F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, p. 31 ss.

[40] A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 89 ss., il quale evidenzia anche quando i poteri regolativi siano indirizzati a dettare norme tecniche, essi beneficiano tanto del carattere imperativo quanto della forza normativa che distinguono, nell'ambito delle disposizioni denominate norme tecniche, quelle componenti autentiche fonti del diritto dalle regole tecniche, predisposte, piuttosto, «ai fini della determinazione delle caratteristiche (…) che certi prodotti devono rivestire per essere considerati eseguiti a «regola d'arte>> e cioè rispondenti alla buona «tecnica della materia».

[41] M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit. p. 62.

ISSN 2036-7821

suppose tre probabili forme di funzione tecnica in ragione della circostanza in cui l'elemento tecnico avrebbe agito nell'esercizio dell'attività amministrativa.[42]
Nella prima ipotesi, l'attività tecnica si limita a integrare la definizione contenuta nella disposizione normativa; nella seconda, il momento tecnico è strumento di assolvimento dell'attività normativa e amministrativa che si realizza proprio in quella tecnica; nella terza ipotesi, tecnica è la funzione mediante cui l'azione amministrativa perviene al fine previsto dalla disposizione normativa.
Il fenomeno che presenta i problemi più complessi e anche più significativi ai fini del riassetto della disciplina in esame è quello inerente le disposizioni riconducibili al nucleo definitorio di quelle che vengono denominate «regole tecniche»; trattasi, nell'ambito di un ragionamento più ampio, di quelle norme tecniche che vengono prescritte dalle autorità ai fini della protezione dell'ambiente, con l'efficacia di vere e proprie regole precettive, ai soggetti che svolgono determinate attività o realizzano determinati impianti o prodotti[43]. In questi casi, si può osservare che «l'adeguamento alle regole da parte dei singoli interessati non è più affidabile a meccanismi di spontanea osservanza, ma si tratta di vere e proprie regole giuridiche vincolanti, la cui inosservanza dà luogo alle sanzioni previste dall'ordinamento per le violazioni del diritto, ivi comprese, se del caso, le sanzioni penali»[44].
La regola tecnica è integrata in un atto-fonte con norme propriamente giuridiche, assumendone i caratteri tipici e l'efficacia di queste ultime, ad eccezione della conservazione del contenuto sostanzialmente tecnico-scientifico.
A tal riguardo, è nel settore della tutela dell'ambiente, in buona sostanza, che si può individuare che il principale strumento giuridico fino ad oggi è rappresentato proprio dall'integrazione delle norme giuridiche con normative di tipo tecnico.
Volendo trarre le fila del discorso, si potrebbe arrivare a sostenere che tale teorizzazione può riguardare la potestà normativa di alcune specifiche strutture organizzative della p.a. quali le autorità amministrative indipendenti, a patto però che il potere normativo ad esse attribuito non si giustifichi esclusivamente in ragione della particolare tecnicità della materia da regolare e delle maggiori capacità tecniche dei soggetti in parola rispetto ai poteri dello Stato[45].
Invero, la tesi che individua nella sola disciplina tecnica il fondamento dell'attività normativa delle autorità indipendenti, nasconde tutta una serie di rischi che porta a qualificare tali organismi quali "tecnostrutture", sorte essenzialmente per dare una

[42] O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p. 350 ss.
[43] M. CECCHETTI, *Note introduttive allo studio delle normative tecniche nel sistema delle fonti a tutela dell'ambiente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2008, p. 153 ss.
[44] Così, V. ONIDA, *Il sistema delle fonti in materia ambientale, con particolare riferimento alla normativa tecnica*, in *Razionalizzazione della normativa in materia ambientale (Atti del Convegno giuridico, Castel Ivano, 29-30 aprile 1994)*, Milano, Istituto per l'Ambiente, 1994, p. 62.
[45] A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 31

ISSN 2036-7821

risposta alla crisi dei sistemi rappresentativi[46], laddove esse, invece, si profilano quale uno dei mezzi di equilibro del potere politico, a protezione dei diritti e degli interessi costituzionalmente protetti.

Ecco che allora appare necessario valorizzare, al fine di un superamento delle riserve relative alla legittimità del fondamento normativo delle Autorità amministrative indipendenti, anche il momento procedimentale, sotto principalmente due forme: quello della partecipazione degli interessati[47] e quello della motivazione della manifestazione di volontà (atto) finale, che rappresenta in fondo le ragioni di fatto e di diritto che hanno indotto l'Autorità a sostenere alcuni interessi[48]. A tal ultimo riguardo, si è affermato che gli organismi in argomento sono sempre obbligati a motivare i propri atti di regolazione, rilevando le ragioni giustificative dei medesimi, «pur non dovendo dare una puntuale replica a ogni osservazione emersa in sede di consultazione»[49].

D'altra parte, solo garantendo l'obbligo di motivazione può essere effettivamente garantita l'effettività della partecipazione e del contraddittorio. La necessaria motivazione, da una parte, consente agli interessati di poter incidere concretamente sulle decisioni dell'Autorità; dall'altra, assicura un controllo giurisdizionale che non si manifesta più attraverso un sindacato di tipo debole, in quanto consente al giudice la circostanza di rilevare l'*iter* coerente seguito dalle Autorità` indipendenti e le ragioni giustificative dell'atto, e inoltre di vagliare l'oggettiva rilevanza attribuita ai rilievi dei privati intervenuti nel procedimento[50].

Tali considerazione di carattere generale, del resto, non sembra nemmeno comportare un effetto di discriminazione tra attività provvedimentale e regolamentare, in quanto l'esclusione, ai sensi degli artt. 3, co. 2, e 13, co. 1 della legge n. 241 del 1990, dell'obbligo di motivazione e di partecipazione, deve essere interpretata restrittivamente, e quindi da imputarla solo a regolamenti del Governo[51].

Ma nonostante la partecipazione di istanze dal basso costituisca un elemento fondamentale per il consolidamento della legittimazione delle Autorità, la tesi della

---

[46] M. MANETTI, *Le autorità indipendenti* cit., p. 7.

[47] Il coinvolgimento preventivo dei soggetti interessati mediante le consultazioni pubbliche acquista una importanza fondamentale in quanto permette all'autorità di recepire elementi conoscitivi e di valutazione, e ai regolati il proprio punto di vista. Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, 6153.

[48] Sul tema, R. MANFRELLOTTI, *Un altro mattone tolto dal muto: ancora a proposito della legittimazione dei regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. amm*., 2007, p. 585.

[49] Consiglio di Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182; si cfr. anche Id, sez. Vi, 20 novembre 2015, n. 5284 e TAR Lombardia, sez. III, 29 dicembre 2014, n. 3215.

[50] Cfr. N. POSTERARO, *Autorità amministrative indipendenti, attività di regolazione e neocorporativismo: forme e limiti della partecipazione degli interessati al procedimento, in Dike kai nomos - anno 4, n. 10 (marzo 2016-settembre 2016),* p. 146.

[51] Si v. la decisione del TAR Lombardia, sez. III; 3 gennaio 2011, n.1, nella quale si stabilisce che l'applicabilità delle regole previste dalla legge sul procedimento ormai è da ritenersi pacifica, poiché è espressione dei principi generali dell'ordinamento.

ISSN 2036-7821

legittimazione procedimentale non ha riscosso in dottrina unità di intesa. Si è obiettato, per esempio, che la procedimentalizzazione dei compiti ad esse assegnati alla stregua dei principi del contraddittorio e della motivazione possa avere un effetto legittimante, in quanto essi sono fissati anche in relazione ad altri modelli della pubblica amministrazione[52]. Come, inoltre, si è confutato che la partecipazione di carattere funzionale avrebbe la potenzialità di riassumere gli ideali collettivi degli individui in un insieme di valori capaci di indirizzare la produzione normativa[53].
Tali obiezioni non possono essere accolte perché esse si fondono su analisi speculative. Nel primo caso, si ritiene che la partecipazione di istanze dal basso determini una limitazione dell'autorità pubblica, anziché, come si ritiene, una sua legittimazione[54], nel secondo, si ipotizza, in una visione prettamente illuminista, che anche lo Stato pluriclasse debba garantire un interesse pubblico generale.
Si ritiene, invece, che di fronte alla crescente valorizzazione delle finalità pubbliche da raggiungere in specifici settori affidati alle *Authorities*, s'intima il consolidamento del principio di legalità procedimentale, il quale si concreta nella definizione di forme rafforzate di partecipazione degli interessati nei procedimenti di formazione degli atti regolamentari[55].
Alla luce delle considerazioni appena svolte, la partecipazione degli amministrati assume un valore importante su cui basare la legittimazione delle Autorità amministrative indipendenti; partecipazione procedimentale che a questo punto comprende anche il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio.

4. Quale tecnica al servizio della politica?

In una fase come quella attuale, in cui a una crisi della democrazia, dei partiti e della rappresentanza e del ruolo delle istituzioni nel suo complesso, si è aggiunto, come anticipato, una situazione di emergenza dovuta al diffondersi della pandemia da Covid-19, sembra necessario porre l'attenzione su un ulteriore profilo, oggetto di dibattito sia nella dottrina amministrativistica sia in quella costituzionalista, ossia quello relativo alle possibili scelte del governo per rispondere alle esigenze di buona efficacia della sua azione.
Il punto merita un'attenzione particolare, in quanto trascende di gran lunga il profilo meramente quantitativo della questione, per riconnettersi, invece, ad uno dei nodi-chiave dell'assetto del sistema politico- amministrativo.

---

[52] M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e Costituzione*, cit., p. 431; G. DE MINICO, I*ndipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Osservatorio delle fonti*, n. 1/2012, p. 6.

[53] G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino 2004, p. 63.

[54] G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 93 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale*, cit., p. 11.

[55] TAR Lombardia, sez. II, 6 settembre 2016, n. 1629; Id., 13 agosto 2015, n. 1895.

ISSN 2036-7821

E' indubbio che l'incerta fase storica che vive attualmente l'Italia (ma è evidente che il ragionamento va esteso a tutti i paesi del mondo) presuppone risposte specifiche per risolvere una situazione che appare sempre più complessa, risposte di cui la politica solo in parte è riuscita a dare avvalendosi anche dell'apprezzamento scientifico dei dati messi a disposizione dalla scienza.

Ma se l'utilizzo dei tecnici nell'organizzazione amministrativa non costituisce assolutamente una novità in quanto, con mutevoli circostanze, è ormai una costante nella storia politica del nostro Paese[56], discorso ben più complesso è quello di valutare il ruolo svolto dalla tecnica.

Si pensi all'esperienza dei governi tecnici succedutisi in Italia dall'inizio degli anni novanta (Ciampi, Dini, Monti, e per certi versi, Draghi), i quali, pur nell'inevitabile diversità che hanno caratterizzato i ministeri in parola[57], si sono contraddistinti soprattutto per aver utilizzato la tecnica quale soluzione dei problemi politici attraverso la discutibile prassi di far passare come mere regole tecniche, quelle che in sostanza erano frutto di valutazioni politiche[58].

Ciò induce a ritenere che, nonostante le connotazioni dei suindicati governi siano risapute, in quanto trattatasi (e trattasi) di esecutivi privi di legittimazione democratica, i cui componenti in buona parte non erano parlamentari e non avevano nessun legame con i partiti, il nodo della «compatibilità con la democrazia» non può essere sciolto solo analizzando la composizione e legittimazione degli stessi, ma valutando innanzitutto i loro obiettivi[59].

Ma proprio a tal riguardo, le vicende raccontano che gli obiettivi fissati da siffatti esecutivi si sono presto adeguati alle richieste imposte dall'alto dalle tecnocrazie europee, intente a creare gli imperativi dettati da esigenze economico-finanziarie[60].

Tale stato di cose, alla luce anche della crisi del consenso politico, ha comportato progressivamente la perdita da parte dei partiti del controllo sull'amministrazione[61] e la conseguente legittimazione di quegli apparati tecnici che, grazie alla preparazione dei propri componenti, hanno costituito il vero strumento di affidabilità dell'amministrazione.

Lungi dall'esternare perplessità sull'occorrenza di servirsi dei governi tecnici in determinati momenti di urgenza, in cui sia stata accertata l'impossibilità della

---

[56] Cfr. G. MELIS, *La fuga dell'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'organizzazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 469.

[57] Cfr. N. LUPO, *Un governo "tecnico-politico"? Sulle costanti nel modello dei governi "tecnici", alla luce della formazione del governo Draghi*, in *federalismi.it*, n. 8, p. 134 ss.

[58] E. CATELLANI, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon Governo*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2015, p. 124.

[59] Sul punto C. DE FIORES, *Tendenze sistemiche e aporie costituzionali dei governi tecnocratici in Italia*, in *Costituzionalismi.it*, n. 2, 2021, p. 42.

[60] A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Consulta on line*, 7 luglio 2020, passim.

[61] Si rinvia a S. STAIANO, *Trasformazione dei partiti e forma di governo*, in *federalismi.it*, n. 19/2014.

ISSN 2036-7821

politica di intervenire per risolvere gli obiettivi necessari per il buon funzionamento dello Stato, occorre comunque sottolineare che il conferimento ai tecnici dell'esercizio dell'indirizzo politico non è assolutamente la panacea di tutti i mali che affliggono la politica in genere.

Per di più tale "passaggio di consegne" potrebbe annidare, qualora non fosse delineata la fisionomia istituzionale del governo "tecnico", un rischio serio quale quello della sospensione del processo rappresentativo che costituisce l'humus della democrazia[62] e l'inizio di un regime in cui l'operato della *governance* tecno-burocratica[63] si sostituirebbe al comune circuito democratico Corpo elettorale–Parlamento-Governo[64].

Ne consegue, che se l'obiettivo di un buon governo è anche quello di incoraggiare una politica di esperti che riesca a combinare sapere e decisione, in modo da considerare tecnica e politica due categorie funzionalmente interconnesse, ciò sembra possibile solo se i due lemmi siano ricondotti sotto l' "alveo" della Costituzione.

A tal riguardo, c'è da osservare che mentre il nostro Testo costituzionale, in ossequio al costituzionalismo moderno, prevede determinati vincoli al potere politico, maggiori problemi, invece, sembrano sorgere riguardo all'individuazione dei limiti prescritti dalla Costituzione alla tecnica.

Del resto, è stato sostenuto da autorevole dottrina[65] che la Costituzione repubblicana non potrebbe limitare la tecnica poiché quest'ultima, privata di ogni valore, si porrebbe in una sfera immune rispetto agli indirizzi costituzionali. La tecnica, in questa prospettiva, non rappresenterebbe altro che un mezzo per raggiungere gli scopi, in ossequio al funzionalismo ormai dominante nella società globalizzata[66].

A titolo semplificativo, si ponga in mente ai nostri recenti governi, sempre più liberi nel loro agire politico, i quali, mediante solo l'ausilio di una tecnica formalmente corretta, utilizzano sempre maggiormente la questione di fiducia per il raggiungimento degli obiettivi programmatici[67].

Ma il ruolo della tecnica dentro le dinamiche del governo, quale momento di interdipendenza con la politica, che non si limiti al processo attuativo ma coinvolga anche quello decisionale, non deve essere interpretato quale legittimazione della stessa esistenza di un governo, rendendo pressoché superflua la legittimazione democratico-rappresentativa.

---

[62] E. SEVERINO, *Crisi della tradizione occidentale*, Milano, 1999.

[63] Cfr. J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, 2013, trad. Roma- Bari, 2014, p. 5 ss.

[64] D. FISICHELLA, *L'altro potere. Tecnocrazia e gruppi di pressione*, Roma- Bari, 1997, p. 54 ss.

[65] Cfr. N. IRTI, *Diritto e mercato*, in *Aa.Vv. Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999.

[66] F. FRACCHIA, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo; sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *federalismi.it*, 2018.

[67] Già in tempi meno sospetti, si rinvia a M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Milano, 1996

ISSN 2036-7821

Così operando, invero, la prospettive funzionaliste si pongono come un nuovo paradigma all'attività di governo, alimentando una tendenza che è quella della "neutralizzazione della politica e spoliticizzazione della Costituzione".
E qui credo che si colga il punto essenziale.
La tecnica, come tutti i poteri limitati, nel momento di confrontarsi con i principi sottesi, deve conformarsi ai dettami stabiliti dalla Costituzione, la quale, nei suoi altissimi principi ispiratori, non riduce tutto al conseguimento di qualsiasi risultato, nel pieno rispetto di quei valori e idealità che consentano il recupero del principio di legalità al più alto livello dell'ordinamento. In altri termini, in un contesto pluralistico e non neutrale quale quello appunto delineato dalla Costituzione, qualsiasi potere e attività deve operare nel pieno rispetto della legalità costituzionale[68].
In questo sistema, che non è solo concettuale, i diritti non "dipendono" necessariamente dalle leggi e la soggezione alla legge non significa soggezione al legislatore. E' sufficiente, da un lato, ricordare che – secondo l'art. 2 della Costituzione – "la Repubblica" (non "lo Stato") si limita a "riconoscere" e a "garantire" i "diritti inviolabili dell'uomo", presupponendo che questi siano conoscibili *aliunde*; e, dall'altro, che l'art. 3, 2 comma, prevedendo che è "compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che,… impediscono... l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese", promuove l'eguaglianza sostanziale.
A me pare che l'ambiguità della tecnica (e dei governi che si sono negli anni succeduti) che ha generato prospettive funzionaliste e, talvolta, pseudo-scientifiche, soprattutto negli ultimi anni, sia refrattaria proprio ad allinearsi ai super-valori sanciti dalla Costituzione repubblicana.

5. *I rapporti tra tecnica e politica alla luce dell'emergenza Covid- 19.*
L'esame sui rapporti fra tecnica e politica induce a ulteriori brevi e conclusive considerazioni alla luce dell'emergenza Covid -19.
Mai come in questo periodo, in effetti, appare angusto nell'ambito della decisione pubblica il rapporto tra chi governa e chi è chiamato ad agire mediante conoscenze specialistiche e complesse.
In premessa, va senz'altro precisato che in determinate circostanze come quelle in atto è del tutto opportuno che la politica si serva della consulenza dei tecnici e delle loro conoscenze specialistiche.
A sostegno di ciò, si constata come l'influenza basilare delle informazioni fornite dalla scienza medica nell'emergenza pandemica abbia notevolmente influito, oltre sull'opinione pubblica, sulle decisioni politiche adottate dal governo.

[68] G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, in G. GRASSO (a cura di), cit. p. 120.

ISSN 2036-7821

Tuttavia, nell'ambito di un ragionamento più ampio, ricercare una ponderazione congrua fra protezione della salute, limitazione dei diritti e garanzia del sistema democratico non è affatto di facile soluzione atteso che proprio la crisi pandemica ha riproposto il problema del rapporto tra diritto individuale alla salute e interesse collettivo, alla luce dell'art. 32 Cost.[69].

Tanto è vero che nella vicenda di specie piuttosto bilanciare gli interessi coinvolti (salute, iniziativa economica, istruzione ecc.) per trovare la soluzione che comporti il sacrificio minore, si è preferito far prevalere il concetto che limitazioni di libertà e diritti fossero sempre ammesse – peraltro non di rado sulla base di atti carenti di motivazione -(si pensi ai casi di certe ordinanze regionali che hanno previsto svariate restrizioni[70], dalle attività economiche alle scuole in presenza), partendo dal principio che il diritto alla salute sia superiore su tutti gli altri e che, comunque, la precauzione non sia mai troppa.

Del resto non è una novità sottolineare che da sempre chi si augura una collaborazione più stretta tra scienziati e decisori politici, una società insomma in cui le decisioni politiche siano basate sull'oggettività dei fatti concretamente appurati e su supposizioni scientificamente attendibili, poi inevitabilmente rischia di incappare nell'errore di considerare l'evidenza scientifica una verità dogmatica e la politica una mera tecnica di gestione della cosa pubblica[71].

Non credo, infatti, che ci si allontani molto dalla realtà nel sottolineare che, soprattutto nei primi mesi dell'infezione, alcuni medici, in nome della superiorità della scienza, si sono limitati a fare una medicina "protocollare, difensivistica, subalterni ad algoritmi e a linee guida", scambiando forse troppo precipitosamente per certezza qualche dato dubbio.

A ciò va aggiunto che su alcune questioni gli scienziati si sono espressi in maniera contrastante; basti pensare a ciò che si è detto sull'utilità delle mascherine o sull'opportunità di fare tamponi o test sierologici a tappeto, opinioni discordi, che si sono rapidamente riverberate in disposizioni discordanti da parte delle diverse autorità competenti, a partire dall'OMS.

Certo, a dir il vero, nemmeno la politica sembra aver fatto scelte del tutto coerenti, in quanto, pur ricorrendo alla consulenza degli specialisti per informare e indirizzare le sue deliberazioni e favorire l'osservanza dei provvedimenti che andava approvando, non di rado l'ha utilizzata come paravento dietro cui difendersi nel momento delle decisioni difficili o impopolari.

---

[69] Corte cost., sent., n.5 del 2018.

[70] Si v. F. ZAMMARTINO, BIANCA NICLA ROMANO, *Il complesso e frammentario sistema dei poteri normativi statale e locali nella gestione dell'emergenza da Covid-19*, in *Amministrativ@mente*, n. 2/2020, p. 129 ss.

[71] L. CONTE, *Covid- 19. Le raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profilo di interesse costituzionale*, in *Federalismi.it. Osservatorio Emergenza Covid-* 19, 1 aprile 2020.

ISSN 2036-7821

Ciò induce ad affermare che dinnanzi ad una crisi sanitaria che espone in pericolo una pluralità di principi costituzionali (si pensi al bene vita) il rapporto tra tecnica e politica nella decisione pubblica sta conoscendo moduli nuovi, «in seno ai quali il dialogo tra quei due poli interconnessi si compie e si esaurisce nell'asse governativo o, meglio, stando agli ultimi accadimenti, nel canale di confronto diretto con il Presidente del Consiglio dei ministri, la cui primeggiante posizione negli attuali assetti endogovernativi appare, malgrado la carenza di leadership politica, innegabile»[72].

Quanto appena detto, spinge a una riflessione sulla corretta ripartizione di competenze e responsabilità tra scienza e politica perché se alla prima compete il fondamentale dovere di profilare e valutare i rischi determinati, alla seconda spetta gestire quest'ultimi in modo razionale, equilibrato e rispettoso della convivenza democratica.

In altri termini, l'evidenza scientifica deve essere messa sempre in relazione con altri generi di valutazione per lo più politiche, sui contesti, sulle organizzazioni sociali, sulle realtà individuali e collettive[73].

Senonché, durante tutto il percorso della vicenda pandemica, la tecnica, in più riprese, ha offuscato la politica[74] annichilendo non soltanto la sede di espressione della rappresentanza politica, ma finanche l'organo governo inteso nella sua collegialità.

Si pensi alla gestione della pandemia negli ultimi tempi sostenuta da determinate misure quali le proroghe dello stato di emergenza, che si avvicendano dal luglio 2020, e alla previsione d'introdurre un obbligo vaccinale generalizzato avanzato dal governatore Draghi[75], misure che peraltro rilevano nella loro portata condizionante alcune incoerenze sul piano della legittimità costituzionale finendo per contrastarsi innanzitutto con il principio d'uguaglianza (art. 3 Cost.), in ragione delle distinzioni nei trattamenti che la stesse innestano[76].

In queste vicende, i limiti squisitamente politici sono stati ripetutamente confusi con vincoli di ordine scientifico e ciò ha contribuito ad accentuare quella distanza che separa quella che potrebbe chiamarsi la "mitologia dell'emergenza"[77] dalla realtà dei dati medico-scientifici da quella degli strumenti e dei limiti normativi.

---

[72] M. TERZI, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica sociale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, p. 286.

[73] Sul punto, cfr. I. CAVICCHI, *L'evidenza scientifica in medicina*, Padova, 2020.

[74] Si pensi solo all'influenza che hanno avuto soprattutto nel primo periodo della pandemia virale i due Comitati tecnico-scientifici sulle scelte del Governo Conte 2.

[75] V. AZZOLINI, A. MORELLI, *Romanzo emergenziale. Notazione sulla disciplina in materia di Covid*, in *Consulta on line*, fasc. III, 2021, p. 749.

[76] Sul punto V. BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria tra ripristino della legalità costituzionale perduta e realizzazione di un nuovo ordine costituzionale. Aspetti problematici della tutela della salute pubblica in tempo di pandemia*, in *Dirittifondmentali.it*, fasc. n.3/2021, p. 298.

[77] V. AZZOLINI, A. MORELLI, *Romanzo emergenziale. Notazione sulla disciplina in materia di Covid,* cit.

ISSN 2036-7821

Un fenomeno, questo appena accennato, che a mio avviso andrebbe ricondotto al più presto entro il circuito della rappresentanza, tenuto conto anche dell'orizzonte medio lungo periodo entro il quale essa è destinata a protrarsi, per evitare che si rischi di acuire la già complessa crisi istituzionale e sociale che imperversa nelle nostra società.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Gli strumenti di valorizzazione e promozione del patrimonio culturale tra disciplina di settore e codice dei contratti pubblici

di Luigi Ferrara
(Professore Associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")
e
Francesco Rota
(Professore Associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi del Sannio di Benevento)

Sommario

1. Ratio della disciplina dei contratti nel settore dei beni culturali e importanza dei privati per la valorizzazione e promozione del patrimonio culturale. 2. Gli Strumenti: le sponsorizzazioni. 3. Gli strumenti: le fondazioni museali.

Abstract

The regulation of procurement relating to cultural heritage is the result of the need to reconcile the need to preserve the underlying logic of the regulation of public contracts with that of adapting it to the peculiarities and complexity of the cultural heritage sector. The difficulty of providing a uniform discipline is however connected on the one hand to the needs of protection and conservation of cultural heritage and on the other to the different types of goods and the variety of interventions that may affect cultural heritage.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Ratio della disciplina dei contratti nel settore dei beni culturali e importanza dei privati per la valorizzazione e promozione del patrimonio culturale.

La disciplina degli appalti concernenti i beni culturali è frutto della esigenza di contemperare l'esigenza di preservare la logica di fondo della disciplina dei contratti pubblici con quella di adeguarla alle peculiarità e alla complessità del settore dei beni culturali. La difficoltà di prevedere una disciplina uniforme è peraltro connessa da un lato alle esigenze di tutela e conservazione dei beni culturali e dall'altro alle diverse tipologie di beni e alla varietà di interventi che possono interessare i beni culturali[1]. La protezione e la conservazione dei beni culturali hanno come scopo la non alterazione del bene al fine di preservarne il valore della cultura e la c.d. fruizione pubblica che rappresenta il fine ultimo della tutela[2].

Sono oggetto di tutela le cose immobili e mobili individuate dagli articoli 10 e 11 del codice dei beni culturali e del paesaggio che presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico, ma, ai sensi dell'art. 2, comma 2 del codice, anche altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà[3]. E' stato però affermato che non tutti i beni che esprimono una testimonianza di civiltà possono essere considerati culturali; soltanto quelli considerati tali dal legislatore sono beni culturali. In questo modo la qualificazione di un bene come culturale risponde ad uno stretto principio di tipicità[4].

La dottrina ha però sottolineato la presenza di alcuni requisiti comuni a tutti i beni culturali: l'immaterialità, quale valore culturale espresso dal bene, e l'inerenza all'interesse pubblico, intesa quale destinazione del bene alla fruizione pubblica.

Quanto appena affermato ha portato la dottrina oggi prevalente a ritenere che un bene è pubblico in quanto bene di fruizione e non di appartenenza e dunque indipendentemente dal regime proprietario[5].

---

* Il lavoro è frutto della riflessione comune degli autori. Tuttavia, i paragrafi 1 e 2 sono stati redatti da Francesco Rota, il paragrafo 3 da Luigi Ferrara.

[1] G. Leondini, *I contratti relativi ai beni culturali,* in Villata, Bertolissi, Domenichelli, Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture,* Torino, 2014, 1014.

[2] M. S. Giannini, *I beni culturali,* in *RTDP*, 1976, 31. Più recentemente E. Boscolo, *Commento all'art. 20,* in Sanino (a cura di), Commento al Codice dei Contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture, Torino, 2006, 219 ha affermato che la protezione dei beni culturali è finalizzata ad impedire che interventi e forme d'uso precludano la funzione culturale cui il bene è destinato.

[3] Sulla nozione di «testimonianza materiale avente valore di civiltà» si vedano i lavori della Commissione Franceschini: Relazione della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio, 119 ss.

[4] G. Sciullo, *I beni culturali quali risorsa collettiva da tutelare - una spesa, un investimento*, in *Aedon*, 2017.

[5] M. S. Giannini, *op. cit.*, 3. Sul delicato tema dei beni pubblici in appartenenza individuale cfr. G. Palma, P. Forte, *Beni pubblici in appartenenza individuale,* in *Annuario 2003 Aipda*, Milano, 2004, 291, che osservano come l'accento della pubblicità del bene si sposta dal soggetto e dal dominio alle sue qualità, alle sue funzioni divenendo fondamentale per la disciplina dei beni pubblici il regime giuridico della res piuttosto che la sua appartenenza ad un soggetto pubblico. Presupposto di tali ricostruzioni è la elaborazione di funzione sociale della proprietà operata negli anni Settanta da G. Palma, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà,* Napoli, 1971

ISSN 2036-7821

Primo fondamento del peculiare regime giuridico dei beni culturali, ivi comprese le regole speciali contenute nel codice degli appalti è l'art. 9 Cost.[6].

Un bene assolve ad una «funzione culturale» di trasmissione di una memoria del passato, che si tratti o meno di un'importante espressione artistica o di un oggetto di specifico rilievo archeologico[7]. Sono «*i teorici di altre discipline, volta per volta, o anche per categorie di soggetti*» a dare contenuto alla nozione di «bene culturale» che è quindi una «*nozione aperta*», una «*nozione liminale, ossia nozione a cui la normativa giuridica non dà un proprio contenuto, una propria definizione per altri tratti giuridicamente conchiusi, bensì opera mediatamente a discipline non giuridiche*»[8].

Il regime proprietario del bene non è però ininfluente[9]. I beni di proprietà pubblica e degli enti privati non lucrativi, ultracinquantennali e di autore non più vivente godono di una sorta di presunzione di culturalità: sono assoggettati provvisoriamente alla disciplina di tutela prevista dal codice degli appalti fino al momento in cui non interviene il c.d. procedimento di verifica dell'interesse culturale, all'esito del quale può essere verificata anche l'assenza del valore culturale[10]. Come si è avuto modo di dire possono avere un valore culturale anche i beni di proprietà privata, che in virtù della «dichiarazione di interesse culturale» possono essere assoggettati alla potestà di conformazione in forza degli artt. 9 e 42 della Cost.[11].

Questione controversa è l'applicabilità della disciplina in parola ai beni c.d. minori e ai beni immateriali, categorie speciali di beni culturali assoggettati non all'intera disciplina di tutela del codice «Urbani» ma solo alle specifiche disposizioni espressamente richiamate per ciascuna categoria[12]. Parte della dottrina sostiene che non essendo considerati beni a tutti gli effetti, e quindi beni culturali in senso proprio, non sarebbero assoggettabili alla disciplina speciale in esame costituendo beni culturali solo agli effetti dell'applicazione delle specifiche misure di conservazione e protezione per essi tassativamente previste dalla legge[13].

Muovendo dall'art. 145, che opera un generico riferimento ai «beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42» e non esclusivamente a quelli

---

[6] Leondini, *op. cit.*,1921

[7] I. Alibrandi, P. Ferri, *I beni culturali ed ambientali,* Milano, 2001, 25

[8] Giannini, *op. cit*. 10.

[9] Leondini, *op. cit.*, 1949.

[10] Sciullo, *op. cit.*, 32 ss.; Ai fini del riconoscimento dell'operatività di un vincolo storico-artistico su beni immobili appartenenti ad Enti pubblici territoriali, salva verifica v. Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2006, n. 6343, 2843.

[11] Nel caso dei beni culturali di appartenenza privata fino a quando non interviene la dichiarazione di interesse culturale, essi restano nella libera disponibilità degli aventi diritto. In questo senso T. Paparo, *Contratti relativi ai beni culturali,* in Clarich (a cura di), Commentario al Codice dei contratti pubblici, Torino, 2010, 982. Sulla natura discrezionale tecnica della dichiarazione di interesse costituzionale cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1257; Circolare del Ministero per i Beni e le Attività culturali 28 settembre 2005 e 30 luglio 2015.

[12] Leondini, *op. cit.*, 1951; G. Pitruzzella, *La nozione di bene culturale,* in Aedon, 2000, 37.

[13] G. C. Spattini, sub. Art. 198, in Perfetti (a cura di), Codice dei contratti pubblici commentato, Milano, 2013, 2115.

ISSN 2036-7821

individuati e dichiarati, parte della dottrina ha ritenuto che i beni di cui all'art. 11 sono espressamente ricompresi tra i beni culturali del medesimo codice e si sarebbe in presenza di un bene culturale, anche quando non sia stato ancora individuato e formalmente dichiarato tale[14].

Non sembrano, invece, rientrare i beni culturali minori o extracodicistici i quali possono soltanto, in considerazione del loro valore storico o culturale, essere oggetto di misure di valorizzazione da parte delle Regioni o degli enti territoriali minori[15].

Particolarmente discussa e controversa è invece la tutela dei cc.dd. beni immateriali[16] che si caratterizzano per non essere incorporati in una res[17] laddove invece, sin dalla definizione di bene culturale come bene avente testimonianza «materiale di civiltà», elaborata dalla commissione Franceschini, veniva ritenuta necessaria la corporalità della res[18].

Problema di non poco momento è stato connesso al recepimento delle Convenzioni Unesco del 2003 e del 2005 cui ha fatto seguito l'introduzione nel Codice Urbani dell'art. 7 bis che assoggetta alla disciplina codicistica «le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalla Convenzione Unesco (…) qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti per l'applicabilità dell'art. 10». Di fatto si chiede che «le espressioni di identità culturale collettiva» debbano comunque materializzarsi in un supporto tangibile, come richiesto dal citato art. 10 Codice», contraddicendo le stesse Convenzioni Unesco[19].

Da quanto affermato deriva inevitabilmente una disciplina parzialmente derogatoria rispetto a quella generale e che necessita di un continuo confronto con quella del c.d. Codice Urbani[20].

La norma oggi vigente è stata letta in termini di «normalizzazione» delle procedure di affidamento dei contratti pubblici relativi ai beni culturali nel rispetto, ovviamente, delle ineludibili esigenze di specialità del settore assicurate nelle fasi di

---

[14] Pitruzzella, *op. cit.*, 37

[15] La possibilità che a determinati beni possa essere riconosciuto, ai fini di valorizzazione, particolare valore storico o culturale da parte della comunità regionale o locale è stata riconosciuta da Corte cost., 28 marzo 2003, n. 94, in *Giur. Cost.*, 2003, 2.

[16] Essi - in forza delle Convenzioni sulla Salvaguardia per il Patrimonio Culturale Immateriale del 17 ottobre 2003 e Protezione e la Promozione della Diversità delle Espressioni Culturali del 20 ottobre 2005 - vengono intesi come pratiche, rappresentazioni, espressioni, sapere e capacità, come pure gli strumenti, artefatti, oggetti, e spazi culturali associati, che le comunità, i gruppi e, in alcuni casi anche i singoli individui, riconoscono come parte integrante del loro patrimonio culturale.

[17] A. M. Cirese, *I beni demologici in Italia e la loro museografia,* in Clemente (a cura di), Graffiti di museografia antropologica italiana, Siena, 1996, 249.

[18] La concezione di bene culturale nonostante il rilievo del profilo immateriale resta ancorata al concetto di "res qui tangi potest", una cosa oggetto di un diritto patrimoniale. Si veda sul punto S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *Rass. Arch. Stato,* 1975, 116.

[19] A. L. Tarasco, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più) solo italiana,* in *Foro Amministrativo CDS*, 2008, 2261; A. Gualdani, *I beni culturali immateriali; ancor senz'ali?*, in *Aedon*, 2014, 11.

[20] La necessità del confronto tra le due discipline è affermata in dottrina da Barbati, Cammelli, Sciullo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, 199 ss. e da D. Vaiano, *La valorizzazione dei beni culturali*, Torino, 2011, 55.

ISSN 2036-7821

progettazione, affidamento ed esecuzione dei lavori, da un'attenzione particolare alla definizione dell'oggetto dell'appalto, al regime di qualificazione degli operatori, al contenuto e all'adeguatezza del livello di progettazione e alla verifica dei risultati, tanto nella realizzazione dell'appalto che in sede di collaudo[21].

L'importanza del ruolo dei privati per i beni culturali è connessa sia alla statuizione dell'art. 9 Cost. che affida compiti di protezione e promozione alla Repubblica, anche nella sua componente "sociale", che al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, c. 4, Cost.

Del resto storicamente parte importante del "patrimonio della Nazione" di cui all'art. 9 Cost. è nato grazie ad una committenza privata, ed è appartenuto o appartiene ancora a soggetti non pubblici[22] e la stessa evoluzione della disciplina dei beni culturali dalla legislazione degli anni Trenta[23] ad oggi mostra, tra gli altri, il segno del passaggio da una concezione "estetizzante", conservativa sul piano della tutela e riduttiva sul piano dei beni tutelati, ad una che traccia confini molto più ampi per i beni oggetto di tutela e che amplia anche i compiti dei soggetti pubblici rispetto a quei beni, rendendo necessario l'apporto dei privati nel settore culturale[24]. Si pensi inoltre al rilievo del c.d. "mecenatismo culturale", incentrato sul sistema delle erogazioni liberali, spesso incentivate da meccanismi di esenzioni ed agevolazioni fiscali volte a favorire il sostegno dei privati alla valorizzazione dei beni culturali[25].

Allo stesso tempo l'importanza del ruolo del privato emerge oggi in modo ancora più significativo dopo che l'Italia, con la legge del 1° ottobre 2020, n. 133, ha ratificato e dato esecuzione alla "Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società" (c.d. Convenzione di Faro) del 2005, in cui si afferma il diritto al patrimonio culturale come inerente al diritto di partecipare alla vita culturale, così come definito nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e si attribuisce un importante ruolo alla comunità di patrimonio, «*costituita da persone*

[21] A. Sau, *Il punto su contratti pubblici e beni culturali. La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali tra esigenze di semplificazione e profili di specialità*, in *Aedon*, 2017, 1127, che sottolinea però allo stesso tempo come tra le "le pertinenti disposizioni" del codice, ve ne siano alcune che, in generale, prevedono specificità connesse ai profili culturali come ad esempio, per l'utilizzazione della negoziazione senza bando prevista dall'art. 63, co. 2, lett. b), n. 1, per la creazione o l'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica. Per una riflessione sull'evoluzione della tecnica redazionale utilizzata dal legislatore si veda C. Vitale, *La realizzazione dei lavori di restauro dei beni culturali*, in GDA, 219.

[22] P. Giugliano, *Sponsorizzazioni e forme speciali di partenariato,* in Perfetti (a cura di), *Codice dei Contratti pubblici commentato,* Milano, 2017, 1239 afferma che «*non si comprenderebbero, senza questa enorme, storica e importante presenza, tutti i complessi sistemi di riconoscimento e assoggettamento a statuti giuridici peculiari dei beni ritenuti di particolare rilievo culturale, siano in proprietà pubblica o privata, né i contenuti di tali statuti giuridici per i beni "dichiarati", i limiti alla circolazione, alle modalità di detenzione, gli obblighi connessi alla conservazione, alla fruizione, e così via*».

[23] V. Cazzato (a cura di), *Istituzioni e politiche culturali in Italia negli Anni Trenta,* Ministero per i beni e le attività culturali – Ufficio Studi, Roma, 2001.

[24] F. Rota, *Esperienze di fondazioni in ambito culturale,* in Palma, Forte (a cura di), *Fondazioni tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche,* Torino, 2008, 267.

[25] A. Montanari, *op. cit.*; E. Bortoluzzi Dubach, C. Tinonin, *La relazione generosa. Guida alla collaborazione con filantropi e mecenati*, Milano, 2020, 17.

ISSN 2036-7821

che attribuiscono valore ad aspetti specifici del patrimonio culturale, che essi desiderano, nel quadro dell'azione pubblica, mantenere e trasmettere alle generazioni future»[26].

Da questa prospettiva è stato affermato che «*il "valore" comunitario delle cose-beni culturali, "quali testimonianze aventi valore di civiltà"*» permette di comprendere le ragioni della partecipazione del mecenate «*alla conservazione e allo sviluppo culturale della società di cui è parte. Il sostegno dell'arte rappresenta, in questo senso, anche il modo di manifestare l'appartenenza alla comunità ed il proprio identificarvisi*»[27]. Il mecenatismo diventa in qualche modo politica culturale promossa da un privato, oggi disvelata anche dalla Convenzione di Faro e, in particolare, dalla previsione delle comunità patrimoniali: attenzione al valore e ad aspetti specifici del patrimonio culturale, che si desiderano mantenere e trasmettere alle generazioni future nel quadro dell'azione pubblica. Promuovere questa tipologia di sostegno alla cultura serve dunque a far acquisire consapevolezza della propria identità e gioca un importante ruolo sociale che giustifica le forme di incentivazione alla liberalità da tempo previste nel nostro paese come ad esempio l'art bonus[28].

Alla luce di quanto affermato si spiega perché numerose disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio suppongono o prevedono un coinvolgimento del privato nelle funzioni pubbliche culturali, chiarendo che *"la Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale*[29].

2. Gli Strumenti: le sponsorizzazioni.

In realtà i privati realizzano attività di valorizzazione direttamente o concorrendo al servizio pubblico di valorizzazione in modi diversi e difficilmente catalogabili; per questo nel presente lavoro si cercheranno di individuare i tratti salienti di alcuni strumenti di particolare rilievo[30]. Guardando agli strumenti, particolare rilievo riveste la sponsorizzazione che, a differenza del mecenatismo, non è connotata da spirito di liberalità né da gratuità[31]. E' stato di recente giustamente sottolineato in

[26] A. Gualdani, *L'Italia ratifica la convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?*, in *Aedon*, 2020; A. Lupo, *La nozione positiva di patrimonio culturale alla prova del diritto globale*, in *Aedon*, 2019.

[27] Così Montanari, *op. cit.*, 2021.

[28] Sull'art bonus cfr. G. Gallo, *Il decreto Art Bonus e la riproducibilità dei beni culturali,* in *Aedon*, 2014; R. Lupi, *L'Art Bonus come sovvenzione pubblica in forma di "credito d'imposta"*, in *Aedon*, 2014; A. R. Ciarcia, *Le erogazioni liberali a favore della cultura: l'art bonus*, in *Rivista di diritto Tributario*, 2020. Per l'inquadramento sistematico dell'art bonus e delle donazioni modali fra gli strumenti di mecenatismo cfr. Giugliano, *op. cit.* , 1241 ss.

[29] Giugliano, *op. cit.*, 1239 sottolinea che «*Negli ultimi decenni il quadro complessivo si è evoluto e il ruolo dei privati è cambiato con uno spostamento del ruolo dei privati verso la responsabilità nella gestione dei luoghi culturali, in particolare di quelli pubblici, al punto che la normativa prevede espressamente ipotesi di gestione indiretta possibilità di gestione condivisa, in accordo*»e che evidenzia come, alla già da tempo prevista possibilità che «*capitali ed energie private possano concorrere alla c.d. valorizzazione, fornendo risorse appropriate in considerazione della vastità e rilevanza del patrimonio culturale pubblico*», si sta progressivamente affiancando l'dea che «*queste energie possano essere utili anche per la sua conservazione*».

[30] Di impossibilità di classificazione parla G. Severini, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in Riv. Giur. Ed., 2015, 322.

[31] In questa prospettiva Giugliano, *op. cit.*, 1240 riconduce al mecenatismo sia le donazioni modali che la sponsorizzazione interna. Si veda sul punto anche la determinazione n. 24/2011 dell'Avcp.

ISSN 2036-7821

dottrina che sia le forme di sostegno dell'arte esercitate con scopo di lucro come le sponsorizzazioni che quelle liberali come il mecenatismo mirano alla tutela e alla valorizzazione dei beni culturali. A cambiare sono gli interessi che animano l'agire dei soggetti. Entrambe le forme di sostegno sono rilevanti e sinergicamente necessarie per contribuire alla crescita culturale del Paese[32] ma, in considerazione dei diversi presupposti di partenza, richiedono discipline giuridiche che tengano adeguatamente conto delle peculiarità di ciascuno strumento, in primo luogo i problemi di decoro connessi all'utilizzo di un bene culturale non animato da liberalità[33].

Dottrina e giurisprudenza definiscono la sponsorizzazione come contratto atipico[34], consensuale, a titolo oneroso e sinallagmatico, con cui un parte (sponsee) si obbliga a consentire l'uso della propria immagine e/o del proprio nome, al fine di promuovere il marchio, il nome, l'attività o i prodotti di un altro soggetto (sponsor) che si obbliga ad una prestazione pecuniaria ovvero ad assumere in proprio la realizzazione di lavori, servizi o forniture in favore dello sponsee[35].

In passato è stata discussa la possibilità che le amministrazioni possano assumere il ruolo di sponsor (sponsorizzazioni attive) e benché l'opinione prevalente fosse orientata, nonostante l'assenza di un'espressa previsione legislativa e di un vantaggio economico da parte dell'amministrazione, ad ammettere le sponsorizzazione attive come espressione della generale capacità di diritto privato di cui godono le amministrazioni[36], il legislatore, con il d.l. n. 78/2010, convertito con

[32] Per un'immagine dell'impatto economico delle diverse tipologie di apporto privato al patrimonio culturale si veda A. L. Tarasco, *Il talento sotterrato. Il patrimonio culturale tra valorizzazione ed equilibrio dei bilanci pubblici*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2018, 477 ss.

[33] D. Manacorda, *L'immagine del bene culturale pubblico tra lucro e decoro: una questione di libertà*, in *Aedon*, 2021. Il tema del decoro è particolarmente rilevante se si considera che, come affermato da A. Bartolini, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Foro Amm.*, 2019, 223 ss. «*la crescente attenzione sull'immateriale porta con sé il tema dell'immagine dei beni culturali e del loro decoro*» e che «*l'immagine del bene culturale, e come questa si proietta nella complessa società della globalizzazione, è la vera novità degli anni più recenti. Oggi siamo nella "civiltà dell'immagine" ed anche i beni culturali ne fanno pienamente parte come protagonisti*».

[34] R. Chieppa, *I contratti di sponsorizzazione*, in Sandulli, de Nictolis, Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, 463, sottolinea che sono ormai superate le tesi che cercavano di ricondurre la sponsorizzazione nello schema di contratti tipici come l'appalto di servizi, il contratto d'opera, il contratto pubblicitario, ecc. V. anche R. Di Pace, *Il contratto di sponsorizzazione e la sua utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2004, 3898, secondo il quale è stato superato l'orientamento che vedeva nel principio di legalità cui deve soggiacere l'azione amministrativa un ostacolo ostativo all'utilizzabilità da parte della P.A. di un contratto atipico. Tipicità dei contratti e tipicità dei provvedimenti amministrativi devono essere tenute distinte perché l'autonomia contrattuale della P.A. implica anche la possibilità di stipulare contratti atipici, purché nel rispetto del limite finalistico individuato dall'art. 1322 c.c. e comune a tutti i soggetti dell'ordinamento, cui si aggiunge il limite del perseguimento dell'interesse pubblico che accompagna sempre l'azione amministrativa.

[35] M. Bianca, *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990, 823; G. Fidone, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, 2012. Per la giurisprudenza si veda C Stato VI 31.7.2013, n. 4034; C III 21.5.1998, n. 4034.

[36] M. Renna, *Le sponsorizzazioni*, in Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 536.

ISSN 2036-7821

modificazioni dalla l. n. 122/2010, ha preferito vietarle anche per il rischio di danni erariali e per esigenze di contenimento di spesa pubblica[37].

Per quanto concerne il rapporto con la disciplina dei contratti pubblici emerge il rilievo delle sponsorizzazioni passive che originariamente venivano sottratte all'applicazione del codice dei contratti pubblici in virtù del vantaggio economico che le amministrazioni ricavavano dal contratto[38].

Il d.lgs. n. 163/2006, con specifico riferimento alle sponsorizzazioni tecniche, pur continuando ad escludere l'applicazione della disciplina codicistica, ha previsto che siano rispettati i principi del Trattato per la scelta dello sponsor, nonché delle disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto.

La riforma del 2016 cerca di semplificare le procedure per contribuire a superare le difficoltà operative che rendevano particolarmente difficoltoso il ricorso alle sponsorizzazioni anche perché, benché dal 1986 che se ne invochi l'uso nel settore dei beni culturali[39], per avere una prima regolamentazione compiuta della materia si è dovuto aspettare l'art. 120 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, dedicato specificamente alla sponsorizzazione di beni culturali.

E' stato così chiarito che la sponsorizzazione di beni culturali ha un contenuto ampio e può consistere in contributi anche in beni o servizi che vengono erogati per la progettazione o l'attuazione di iniziative in ordine alla tutela ovvero alla valorizzazione del patrimonio culturale e che può riguardare anche beni culturali in appartenenza privata.

Uno dei problemi di fondo connessi alla sponsorizzazione è che essa prevede un utilizzo commerciale di beni culturali e dunque persegue un fine ulteriore rispetto a quanto previsto dal Codice dei beni culturali e «*può compromettere il valore identitario del bene, potendo persino innescare l'idea di una sorta di appropriazione dello stesso da parte dello sponsor*»[40]. Per questo la normativa attribuisce al Ministero il compito di

---

[37] Giugliano, *op. cit.*, 1242.

[38] L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione n. 24/2001 rilevava che la sponsorizzazione «*resta fuori dall'ambito della disciplina comunitaria e nazionale degli appalti pubblici in quanto non è catalogabile come un contratto passivo, bensì comporta un vantaggio economico e patrimoniale direttamente quantificabile per la pubblica amministrazione mediante un risparmio di spesa*». La l. n. 166/2002 modificando l'art 2 della Legge Merloni n. 109/1994, aveva precisato che la normativa sui lavori pubblici non dovesse trovare applicazione ai contratti di sponsorizzazione, salva la disciplina relativa alla qualificazione degli esecutori dei lavori. Siffatta esclusione è stata poi confermata per il settore dei beni culturali dall'art. 2, d.lgs. n. 30/2004.

[39] La risoluzione del 13.11.1986 (86/C 320/02) dei Ministri responsabili degli affari culturali, riuniti in sede di Consiglio europeo, affermava che il patrimonio culturale europeo potesse essere meglio tutelato e promosso «*mediante un appoggio rafforzato proveniente da molteplici fonti, comprese diverse forme di sponsorizzazione*»; la risoluzione del Parlamento europeo del 12.2.1993 ha invitato il Consiglio a «*mettere in atto (...) tutte le possibilità per incoraggiare con facilitazioni fiscali, di credito o con altri strumenti giuridici o amministrativi, tutte le forme di mecenatismo o di partenariato pubblico-privato nelle opere di conservazione del patrimonio architettonico e culturale*». A livello nazionale con il d.lgs. 20 ottobre 1998 n. 368 si consentiva al Ministero per i beni e le attività culturali di costituire fondazioni dallo stesso partecipate per la valorizzazione del patrimonio artistico e autorizzate a reperire le fonti di finanziamento mediante i contributi ottenuti da soggetti privati anche a titolo di sponsorizzazione.

[40] Giugliano, *op. cit.*, 1242.

ISSN 2036-7821

effettuare una previa verifica di compatibilità dell'iniziativa con l'esigenza di tutela e con il decoro del bene.

La dottrina ha peraltro segnalato che il ricorso alle sponsorizzazione come strumento "anticiclico", particolarmente utile nei momenti di crisi, si è scontrato con l'approccio contabilistico tradizionalmente presente nella nostra amministrazione, e con la necessità di garantire la par condicio fra i soggetti inressati generando «un fattore di rischio da governare con attenzione» e che potrebbe essere ridotto con un adeguato ricorso alla programmazione strategica[41].

3. Gli strumenti: le fondazioni museali.

Tra gli strumenti giuridici di valorizzazione dei beni culturali annoverati nel Codice dei Beni culturali, si annoverano, come è noto, alcune fattispecie di fondazioni. Si tratta di fattispecie, come si vedrà, alquanto eterogenee, sia in ordine agli scopi e alle funzioni, sia in ordine alla disciplina giuridica: si possono considerare, in tali ambito, innanzitutto le tipologie delle fondazioni propriamente museali. Occorre poi annoverare le tipologie delle fondazioni per i servizi culturali, spesso configurate come enti strumentali statali o delle autonomie, ovvero satelliti di altre istituzioni culturali, spesso fondazioni «capogruppo». Infine, va menzionato il ruolo delle fondazioni bancarie nel settore culturale. In molte di queste tipologie, come si vedrà, si possono osservare, ancora una volta, profili critici conseguenti al mancato raccordo tra la disciplina del Codice dei Beni culturali del 2004, la disciplina speciale di settore e quella del Codice dei contratti del 2016.

Partendo dall'esame delle fondazioni museali in Italia, si può innanzitutto ricordare che si annoverano in tale ambito sia fondazioni nazionali[42], sia fondazioni regionali o cittadine[43].

---

[41] G. D. Comporti, *Sponsorizzazione ed erogazioni liberali*, in Aedon, 2015.

[42] Tra cui, la Fondazione Museo delle Antichità Egizie di Torino – il prototipo –, la Fondazione Museo nazionale dell'Ebraismo italiano di Ferrara, la Fondazione MAXXI di Roma. Allorché si voglia procedere all'individuazione di quelle fondazioni museali che possono essere definite nazionali propriamente di diritto speciale, completamente ricondotte allo schema di relazione intersoggettiva con il Ministero delineato dall'art. 13 del D.M. del 2001, soccorre l'elencazione contenuta nel D.M. 26 marzo 2015, *Ricognizione degli enti vigilati dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo e individuazione delle strutture del Ministero titolari dell'esercizio delle relative funzioni di vigilanza*, che contempla all'allegato 1, la Fondazione Aquileia, la Fondazione la Biennale di Venezia, la Fondazione la Triennale di Milano, la Fondazione MAXXI di Roma, la Fondazione Museo delle antichità egizie di Torino, la Fondazione Museo nazionale dell'ebraismo italiano e della Shoah (MEIS), la Fondazione Museo storico della liberazione, la Fondazione Quadriennale d'arte di Roma, la Fondazione la "Venaria Reale", la Fondazione Ente Ville Vesuviane. Se si estende l'indagine anche alle fondazioni che siano state costituite con legge-provvedimento statale *e* contemplino una procedura ancora in corso di superamento delle relazioni intersoggettive con il Ministero ascrivibili, anche in parte, alle fattispecie delineate dall'art. 13 del D.M. del 2001, occorre menzionare anche altre istituzioni, tra cui la Fondazione Museo Nazionale della Scienza e Tecnologia di Milano, nata su decisione fondazione del MIUR e vigilata da Miur e Mibact, e la Fondazione Grande Brera.

[43] Come ricorda P. Forte, *I nuovi musei statali: un prima passo nella giusta direzione*, in *Aedon*, 1, 2015, il *Rapporto Fondazioni 2013/2014* de *Il Giornale dell'arte*, n. 338, 1/2014, 41ss. registra nell'ultimo censimento 67 Fondazioni museali «civili» (http://www.ilgiornaledellefondazioni.com/sites/default/files/pdf/fondazioni 20338 gennaio 2014 low.pdf). Per dati più risalenti, cfr. il rapporto ISTAT 2005 *Le fondazioni in Italia*, e ISTAT 2011 *IX censimento generale dell'industria e dei servizi e Censimento delle istituzioni non profit*, disponibili su www.istat.it.

Sulle fondazioni, in generale, si rinvia G. Palma - P. Forte, *Fondazioni tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Torino, 2008. Sulle fondazioni museali in Italia, cfr. F. Lemme, *Sinergie pubblico-privato: ruolo delle*

ISSN 2036-7821

La legge delega del 2002 per l'adozione del nuovo Codice dei Beni culturali, riprendendo quanto stabilito nel d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368 e nel regolamento ministeriale (dm 27 novembre 2001, n. 491), sollecitava alla revisione degli «strumenti di individuazione, conservazione e protezione dei beni culturali e ambientali, anche attraverso la costituzione di *fondazioni aperte* alla partecipazione di regioni, enti locali, fondazioni bancarie, soggetti pubblici e privati»[44]. Le fondazioni previste si sarebbero dovute configurare come *fondazioni di diritto privato*, il cui patrimonio sarebbe derivato dalla concessione in uso di beni culturali appartenenti al demanio dello Stato (musei, edifici storici, collezioni). La concessione in uso di bene culturale sarebbe stato il «tratto caratterizzante del negozio di fondazione o del conferimento patrimoniale», comportando l'ibridazione del regime giuridico tra pubblico e privato e la disciplina mutuata dalle fondazioni bancarie. In ogni caso, la vera natura doveva essere individuata in quella di enti pubblici associativi[45]. La dottrina, nei primi commenti, rilevava che la forma della fondazione non fosse adatta «*in quanto nell'ambito della gestione museale non si tratta di gestire un patrimonio, ma di fornire servizi, né d'altra parte si può pensare che l'apporto della fondazione da parte dell'ente pubblico sia costituito dalle raccolte museali. Il carattere demaniale proprio di tali complessi ne esclude infatti l'affidamento, anche a titolo temporaneo o precario, ad altro soggetto che non sia lo Stato, il Comune o il diverso Ente proprietario*»[46]. Si proponeva perciò il diverso strumento dell'istituzione in forma associativa come strumento operativo più valido per attuare la cooperazione pubblico-privato. Si analizzava poi la praticabilità stessa dell'istituto della fondazione di partecipazione locale, promossa da enti locali, ma beneficiaria in uso di beni del patrimonio statale[47].

---

fondazioni nella politica dei beni culturali, in *Rivista del notariato*, 1998, 4/1, 651-655; A. Bartolini, *La fondazione museale in partecipazione tra enti locali e privati: il caso di Cortona*, in *Aedon*, 3, 2002; F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Diritto amministrativo*, 2004, 3, 447-512; G. Sciullo, *Attività museali*, in *Aedon*, 2008, 2, 5; D. Rampello, *La Triennale di Milano*, in *Aedon*, 2008, 2, 4; C. del Sordo - R. Levy Orelli - S. Pazzi, *Dal "pubblico" al non profit. L'esperienza del museo internazionale delle ceramiche di Faenza*, in *Non profit*, 2010, 2, 57-88; S. Baia Curioni, *A proposito di Grande Brera*, in *Aedon*, 2012, 3, 5; C. Sottoriva, *Problematiche di redazione del bilancio di esercizio, di vigilanza e di revisione legale dei conti delle fondazioni per la gestione e la valorizzazione dei beni culturali e per la promozione delle attività culturali ex dm n. 491/2001*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2013, 1, 1-131; D. Messineo - R. Occhilupo, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, in *Aedon*, 2014, 3, 24; G. Severini, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2015, 6/2, 323-334.

[44] Merusi, *op.cit.*, 17ss.

[45] «La principale componente patrimoniale di queste fondazioni è pertanto un diritto patrimoniale derivante da un provvedimento amministrativo, con la conseguenza che il regime pubblicistico riemerge all'interno della fondazione di diritto privato in connessione al regime giuridico del principale bene conferito»: cosi Merusi, *op.cit.*

[46] Lemme, *op.cit.*

[47] Cfr. Bartolini, *op.cit.*, il quale, sul presunto necessario binomio tra patrimonio culturale statale-fondazione nazionale di diritto speciale, già osservava che «A ben vedere lo schema fondazionale in parola appare necessitato solo laddove il ministero intenda partecipare o costituire una fondazione. Altrimenti, se l'amministrazione dei beni culturali si vuole limitare a conferire in uso i beni senza partecipare alla fondazione, si riaprono le strade del diritto comune e della completa autonomia privata». L'autore sottolineava poi che l'uso dello strumento della fondazione locale di partecipazione di diritto comune fosse ammissibile se coniugato con la stipula di *contratto di servizio* ai sensi del TUEL tra la fondazione e l'ente locale.

ISSN 2036-7821

Dopo l'entrata in vigore del Codice dei Beni culturali nel 2004, la prospettiva di inquadramento si muove nell'ambito delle fattispecie generali ivi contemplate di *fondazioni culturali*. Il Codice, come si è visto, fissando i principi fondamentali in materia di valorizzazione, individua fra questi anche la partecipazione dei privati alle attività di valorizzazione, secondo quanto previsto dagli artt. 112ss. Lo scoglio dell'immobilizzazione patrimoniale viene sovente superato nell'individuazione delle previsioni codicistiche di tipi di «fondazioni di partecipazione o a modello partecipativo», a cui sono ricondotte tipologie frequentemente utilizzate in ambito culturale ed impiegate per gli Enti lirici, per il Museo egizio di Torino, per le fondazioni disciplinate dal d. m. n. 491 del 2001[48]. Nelle fondazioni di partecipazione, si osserva, «l'elemento patrimoniale proprio delle fondazioni tradizionali viene infatti riequilibrato dall'elemento personale tipico delle associazioni»[49]. Ancora, si intravede il tema di definire anche nell'esperienza italiana modelli di *fondazioni doppie e collegate ad altri enti strumentali, società, associazioni o fondazioni* (*doppelstiftungen*), allorché si immagina il ruolo delle fondazioni ex bancarie nella gestione di musei pubblici[50].

Nel riassetto del sistema post codice dei beni culturali non sembra che sia stato dato adeguato rilievo al portato della disposizione conclusiva del comma 1 dell'art. 116, vera norma di chiusura del modello, in cui si afferma che, anche se le funzioni di tutela dei beni conferiti o concessi rimangono esercitate dal Ministero, «gli organi istituzionalmente preposti alla tutela non partecipano agli organismi di gestione dei soggetti giuridici indicati all'articolo 112, comma 5».

Non sembra poi significativo, il tema dell'espletamento di attività di impresa delle fondazioni culturali museali. Da un lato, si sottolineava che lo strumento della nascita di fondazioni nazionali per trasformazione mirasse proprio a semplificare il quadro normativo e il regimo giuridico delle attività di impresa museale; dall'altro, si rilevava che i congegni di fondazioni di partecipazione originarie di diritto comune meglio si prestassero alla definizione del regime giuridico delle attività di impresa museale nell'ambito della valorizzazione e dell'incremento dell'alimentazione finanziaria dell'istituzione[51]. Tuttavia, se l'articolazione delle fondazioni museali, nei due tipi che si delineano (nazionali/per trasformazione/di diritto speciale e locali/di

[48] Sulle fondazioni culturali in generale, cfr. F. Rota, *Esperienze di fondazioni in ambito culturale*, in Palma – Forte, *op.cit.*, 267ss., anche per la ricapitolazione degli interventi legislativi precedenti.

[49] *Ibidem*.

[50] Cfr. in tal senso G. Sciullo, *op.cit.*, il quale osserva che il sistema degli artt. 112-115 del Codice dei beni culturali legittimerebbe la creazione di fondazioni *miste*, conferitarie in uso di beni museali da valorizzare, e si porrebbe il problema di distinguere la legittimità europea dell'intestazione congiunta delle attività di valorizzazione attraverso la gestione diretta del bene museale e attività di valorizzazione economico/imprenditoriali non comportanti la gestione diretta.

[51] Sul tema, cfr. C. Barbati, *L'impresa museale: la prospettiva giuridica*, in *Aedon*, 1, 2010, la quale osserva che il problema dell'impresa museale e del suo regime giuridico non dovrebbe essere propriamente un problema delle fondazioni museali di comunità di diritto comune, ma solo per le fondazioni nazionali e le istituzioni museali tradizionali.

ISSN 2036-7821

partecipazione/di diritto comune) debba svilupparsi in fondazioni *holdings* collegate a associazioni o altri soggetti per l'espletamento delle attività di impresa museale rimane un tema non approfondito in Italia.
In realtà, veniva confermato l'impianto del decreto ministeriale del 2001, dove all'art. 13 si delineava una significativa distinzione tra le fondazioni nazionali in controllo ministeriale e le fondazioni di comunità locale, le prime ricondotte a modelli di fondazioni di diritto speciale, le seconde ammesse all'inquadramento come fondazioni di diritto comune[52].
In anni più recenti, una vicenda spesso richiamata come esemplare è il progetto «Grande Brera»: ai sensi del d.l. n. 83 del 2012, il Ministero conferisce in uso ad una costituenda Fondazione di diritto privato la collezione dell'Accademia di Brera. Anche in questo caso, alla fondazione costituenda, oltre al ministero (che assume il ruolo di fondatore), possono partecipare anche "gli enti territoriali nel cui ambito la Fondazione ha sede, che assumano l'impegno di contribuire stabilmente al fondo di gestione in misura non inferiore al Ministero" (i quali assumono il ruolo di promotori)[53]. In realtà, nel modello previsto dalla legge-provvedimento si osserva l'assoluta «preponderanza del Ministero, che si esplica in penetranti poteri di vigilanza, quali il potere di approvazione delle modifiche statutarie, l'adozione di atti di indirizzo generale, lo svolgimento di ispezioni, *et cetera*, i quali possono condurre anche alla sospensione o allo scioglimento degli organi della fondazione e al suo commissariamento». Le potenzialità della fondazione di partecipazione museale vengono frustrate, il progetto è sospeso, la partecipazione di capitali privati rimane un'ipotesi[54].
A seguito della riforma del 2014, l'art. 20, comma 2 del dpcm 29 agosto 2014, n. 171 prevede che la Direzione generale Musei favorisca la partecipazione del Ministero ad associazioni, fondazioni, consorzi o società per la gestione e la valorizzazione dei beni culturali e elabori modelli di atti per la costituzione di tali soggetti (lettera f); promuova la costituzione di «fondazioni museali aperte alla partecipazione di soggetti pubblici e privati», individuando i musei e i luoghi di cultura da affidare in

[52] Il Regolamento del 2001, all'art. 13, specificava che le attività di vigilanza del Ministero si articolassero in: *approvazione delle modificazioni statutarie; adozione degli atti di indirizzo di carattere generale, aventi ad oggetto, tra l'altro, i criteri ed i requisiti relativi alla partecipazione di soggetti privati alla fondazione, i requisiti dei componenti degli organi delle fondazioni, l'adeguatezza delle spese; poteri ispettivi e di richiesta documentazione; poteri di annullamento ai sensi dell'articolo 25 del C.C.; revisione e certificazione dei bilanci; sospensione degli organi di amministrazione e di controllo; commissariamenti; la revoca della concessione d'uso dei beni culturali conferiti.*

[53] Cfr. Manfredi, *op.cit.*

[54] *Ibidem*. Come sottolinea Baia Curioni, *op.cit.*, il dibattito si orienta su due prospettive: da un lato, viene osservato che l'attribuzione del patrimonio culturale pubblico ad un soggetto giuridico geneticamente e funzionalmente congegnato per gli apporti patrimoniali ulteriori e la rappresentanza di interessi nella *governance* di *stakeholders* privati forti (*donors*) costituirebbe una differenziazione inaccettabile stante la configurazione plurale, diffusa e egalitaria del patrimonio culturale (posizione espressa nella lettera di protesta di alcuni studiosi indirizzata al Capo dello Stato); dall'altro, in senso propriamente giuridico si sottolineava che gli strumenti giuridici previsti nel sistema delle fonti di raccordo delle relazioni istituzionali tra l'amministrazione nazionale del patrimonio culturale e le amministrazioni regionali e locali fossero del tutto insufficienti.

ISSN 2036-7821

gestione indiretta. In tal caso, le attività di promozione, coordinamento e gestione integrata sono realizzate con i nuovi poli museali regionali (lettera p).

Anche nel dm 23 dicembre 2014 sembrano profilarsi due tipologie di fondazioni museali (nazionali di diritto speciale e non nazionali di partecipazione di diritto comune). Le fondazioni museali statali sono riportate chiaramente allo *status* dei musei statali e sono previste nell'art. 5 (Forme di gestione) e 19 (Musei statali dotati di personalità giuridica)[55]: le norme del decreto di organizzazione e funzionamento si applicano «in quanto compatibili, anche ai *musei statali dotati di personalità giuridica*, *quali le fondazioni museali* o i consorzi». La Direzione generale Musei, «favorisce la costituzione, ai sensi degli articoli 112 e 115 del Codice, di consorzi e/o fondazioni museali con la partecipazione di soggetti pubblici e privati» e « individua, secondo gli indirizzi e i criteri dettati dal Ministro e sentiti i direttori dei Poli museali regionali, i musei e i luoghi della cultura da affidare in gestione indiretta a soggetti privati ai sensi dell'art. 115 del Codice».

La specialità delle fondazioni museali nazionali può essere rilevata osservando i singoli modelli organizzativi statutari, come quelli della Fondazione Museo delle Antichità Egizie di Torino, della Fondazione Museo nazionale dell'Ebraismo italiano di Ferrara e della Fondazione MAXXI di Roma.

Il primo prototipo in tal senso, come si è visto, attuativo dello schema del decreto ministeriale del 2001, è la fondazione Museo Egizio di Torino[56]. Lo Statuto prevede che il ministero conferisca in uso il bene museale, comprensivo delle dotazioni e collezioni, mentre gli altri fondatori debbono conferire «adeguate risorse finanziarie» per la costituzione del fondo di dotazione. Notevole importanza assume l'«atto convenzionale» richiamato dallo statuto, che stabilisce le modalità di conferimento da parte del ministero e, sotto altro profilo, deve definire le modalità con cui gli altri fondatori si impegnano a concorrere al finanziamento. La prima finalità della fondazione si desume proprio dalla disposizione appena richiamata: la necessità di reperire capitale per garantire al museo il «finanziamento delle spese di funzionamento e delle attività della Fondazione», le spese per la sede e l'allestimento del Museo[57]. Le finalità della fondazione sono precisate in «valorizzazione, promozione, gestione e adeguamento strutturale, funzionale ed espositivo del Museo, dei beni culturali ricevuti o acquisiti a qualsiasi titolo e della promozione e valorizzazione delle attività museali». Lo statuto sottolinea l'eterogeneità, ma la

[55] Sulla riforma in generale, *ex multis*, cfr. Forte, *I nuovi musei statali*, cit.; G. Sciullo, *La riforma dell'amministrazione periferica*, in *Aedon*, 1, 2015; L. Casini, *Il "nuovo" statuto giuridico dei musei italiani*, in *Aedon*, 3, 2014, il quale osserva che alla fattispecie dei Musei-fondazione «il regolamento accenna soltanto», e che si presenta «non priva di difficoltà in sede applicativa», in quanto non esisterebbe un modello unico adatto per tutte le fondazioni museali. Il modello della fondazione non sarebbe «positivo o negativo in sé», ma uno strumento organizzativo neutro, utilizzabile a determinate condizioni, anche ricordando le problematiche legate al regime giuridico del personale nel caso di fondazioni museali nate per trasformazione di musei preesistenti.

[56] Cfr. S. Foà, *Lo statuto-tipo della fondazione museale: il caso del Museo egizio di Torino*, in *Aedon*, 2, 2003.

[57] *Ibidem*.

ISSN 2036-7821

necessaria integrazione, delle attività di gestione e valorizzazione dei beni culturali e conferiti e delle «attività di gestione dei beni conferiti dagli altri partecipanti alla fondazione». Il modello della *doppelstiftung* viene ipotizzato laddove si precisano le modalità di espletamento delle *attività ausiliarie e strumentali*: si prevedono infatti le due ipotesi: a) di partenariati (accordi e contratti con soggetti pubblici e privati); b) di costituzione o partecipazione ad altre fondazioni, associazioni, comitati, società di capitali o «istituzioni pubbliche o private»[58]. Viene poi ribadita la natura eterogenea del patrimonio (diritti d'uso su beni conferiti dal Ministero; apporti dei fondatori; contribuzioni espressamente destinate al patrimonio)[59]. Con riferimento agli organi, lo statuto in esame rispetta la distinzione di cui all'art. 4 dm n. 491 del 2001 tra funzioni di indirizzo, di amministrazione, di controllo, di consulenza scientifica e di controllo contabile, e stabilisce per tutti la durata di quattro anni[60]. Il Collegio dei fondatori, quale organo di indirizzo, adotta il documento programmatico pluriennale, determinando le strategie, le priorità e gli obiettivi da perseguire. Secondo quanto previsto dal dm n. 491 del 2001, l'art. 10 dello statuto contempla la figura del Direttore, cui vengono affidate le funzioni di amministrazione ed i compiti di gestione. Tuttavia la programmazione annuale e il potere di nomina, controllo e indirizzo del Direttore è affidato al Consiglio di amministrazione, caratterizzato dalla assoluta prevalenza dei rappresentanti del ministero e degli altri fondatori pubblici rispetto agli altri fondatori. L'utilizzazione del personale del Museo deve essere, per espressa previsione, concordata tra la Fondazione e il Ministero. La norma di chiusura ribadisce i poteri del Ministero stabiliti dagli artt. 13 e 14 del dm del 2001. La specialità dei regimi di attività si palesa ancora più evidente negli Statuti delle fondazioni MAXXI e MEIS, sia in ordine alla *governance* che in ordine all'attività.

In Ambito regionale e locale, *ex multis* possono essere prese in considerazione la Fondazione Torino Musei, la Fondazione Prolo Museo nazionale del cinema di Torino, la Fondazione Museo della Shoah di Roma, La Fondazione Donnaregina per le arti contemporanee di Napoli.

Comparando i modelli statutari, si osserva che tali fattispecie sembrano più coerentemente realizzare il principio espresso nel comma 1 dell'art. 116 del Codice dei beni culturali, secondo cui gli organi istituzionalmente preposti alla tutela non partecipano agli organismi di gestione delle fondazioni. La natura di fondazioni di partecipazione di diritto comune si articola in eterogenei modelli di *governance*. Nella maggioranza dei casi, la nomina del Presidente, del Direttore e del Segretario

[58] Purché «perseguano finalità coerenti con le proprie e strumentali al raggiungimento degli scopi della Fondazione».

[59] Le contribuzioni, elargizioni, sovvenzioni e ogni altra liberalità da parte dei Fondatori e di terzi non destinate espressamente al patrimonio sono qualificate *risorse finanziarie* e costituiscono il fondo di dotazione disponibile per il conseguimento delle finalità statutarie.

[60] Le funzioni sono così ripartite tra Collegio dei Fondatori; Presidente; Consiglio di amministrazione; Comitato scientifico; Collegio dei revisori dei conti.

ISSN 2036-7821

vengono riservate espressamente al Consiglio. Solo in un caso, il Presidente è nominato dalla Regione, contestualmente alla nomina dei consiglieri di amministrazione. Nella metà dei casi, la *governance* contempla un modello dualistico della suddivisione dei compiti tra consiglio di amministrazione (consiglio direttivo, comitato di gestione) e collegio dei fondatori.

Tutti gli statuti prevedono, in seno al Consiglio di Amministrazione, la prevalenza dei componenti rappresentanti dei Fondatori (pubblici e privati) originari (Fondatori, primi fondatori, etc.)[61]. Nessun modello di *governance* prevede l'eterodeterminazione degli indirizzi di politica culturale o forme di controllo amministrativo sull'attività da parte delle autonomie regionali e locali nei regimi amministrativi o di indirizzo politico-amministrativo, né in capo agli organi politici né in capo agli apparati amministrativi (anche quelli preposti alle attività culturali). Le relazioni con le autonomie regionali e locali (ed i poteri) sono così riconducibili a tre fattispecie: a) la nomina dei componenti degli organi collegiali; b) i poteri e gli obblighi derivanti dalla fonte convenzionale di: b1) disciplina dei conferimenti di beni in uso e b2) disciplina dei servizi pubblici culturali; c) poteri in caso scioglimento.

Quasi tutti gli statuti sottolineano espressamente la riconduzione delle attività della fondazione (sia in ordine alla gestione dei servizi culturali, sia in ordine alle attività strumentali, imprenditoriali e commerciali) all'alveo dell'autonomia privata. Solo in alcuni, tuttavia, vi è la previsione espressa della possibilità di *holdings* con la costituzione di società per azioni, fondazioni e altre associazioni, come formula alternativa agli accordi e ai contratti di partenariato. Ma qui, come si è visto, è il tema interseca la disciplina del partenariato tra Codice dei beni culturali e Codice dei contratti.

In queste fattispecie, si osserva spesso il riscontro dell'impegno di fondazioni bancarie nella gestione di musei ovvero nel ruolo di fondatori *originari* di fondazioni museali. Nel primo caso, si può annoverare l'impegno della Compagnia di San Paolo nel progetto *Gallerie di'Italia*, nel secondo caso l'impegno congiunto della Compagnia di San paolo con gli enti pubblici che hanno dato vita alla Fondazione Centro per la conservazione e il restauro dei beni culturali "*La Venaria Reale*"[62] e costituzione della fondazione *Il Cartastorie* da parte della Fondazione Banco di Napoli. In tali casi, siamo al confine tra finalità di conservazione e valorizzazione dei beni culturali: negli statuti oltre ad attività di conservazione, studio, ricerca e formazione sono menzionate da attività di organizzazione di mostre, definite spesso attività strumentali (cfr. art. 2 dello Statuto della Fondazione "la Venaria Reale").

In sintesi, sembrano modelli perfezionandi *in itinere*, al guado tra vere e proprie fondazioni di partecipazione locale di diritto comune ed enti strumentali delle

[61] Le classi di soggetti diversi partecipanti alla fondazione sono denominate "Fondatori successivi", "enti partecipanti", "enti sostenitori", "Sostenitori", etc. e dispongono, in genere, del potere di nomina di 1-2 consiglieri.

[62] Sulla fondazione *La Venaria Reale*, cfr. Gardini, *op.cit.*

ISSN 2036-7821

autonomie regionali e locali. Una rilevante eccezione si può ritrovare nei casi della Fondazione Prolo Museo del cinema di Torino e della Fondazione Museo della Shoah di Roma, dove però la decisione fondazionale è *ab origine* pubblica-privata tra enti territoriali e associazioni private.

Nei modelli analizzati solo in un caso si è riscontrata in concreto la costituzione di società di capitali strumentali. Si è riscontrata, inoltre, la costituzione di una società strumentale da parte del soggetto pubblico fondatore ed il successivo collegamento della attività della Fondazione con quelle della società strumentale del soggetto fondatore[63]. Sugli obblighi di contenimento della spesa delle fondazioni museali, occorre sottolineare che alla divergenza tra l'elenco delle fondazioni vigilate dal Ministero contenuta nel dm 26 marzo 2015, l'elenco annuale ISTAT delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto consolidato e il quadro ricognitivo 2016 delle misure di *spending review* e degli enti soggetti ad esse della Ragioneria dello Stato, si aggiungono previsioni singolari di esenzione dagli obblighi contenute in leggi-provvedimento[64].

Sul tema dell'integrazione della disciplina di settore con la disciplina dei contratti pubblici, la disciplina oggi deve muovere, come si è visto, dalle previsioni degli artt. 143, 145ss. del D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, in tema di appalti nel settore dei beni e dei servizi culturali, presentandosi, ancora problematica.

Sul tema, occorre innanzitutto segnalare che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di pronunciarsi anche sui modelli organizzativi di *doppelstiftungen* applicati nel settore culturale con la costituzione di società strumentali, sulla loro riconduzione alla disciplina dell'*in house*, delle *holdings* e a quella degli organismi di diritto pubblico tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici[65].

---

[63] Nel primo caso ci si riferisce alla società Artissima srl, costituita dalla Fondazione Torino Musei. Nel secondo caso, alla società Scabec spa, la quale , per statuto, è società *in house* della Regione Campania, socio unico, a beneficio della quale «svolge prevalentemente le proprie attività». In realtà, l'oggetto sociale statutario menziona «la gestione e dei servizi e gli interventi di manutenzione finalizzati alla valorizzazione dei beni e delle attività culturali» di pertinenza della Regione Campania, nonché di pertinenza, tra gli altri, della Fondazione Donnaregina.

[64] Il riferimento è all'articolo 1, comma 981, della Legge di Stabilità 2016, che dispone «al fine di assicurare la piena ed efficace realizzazione degli obiettivi istituzionali perseguiti» che non si applichino alla Fondazione MAXXI le norme di contenimento delle spese previste a legislazione vigente a carico dei soggetti inclusi nell'elenco dell'ISTAT. Le norme oggetto della previsione sono quelle elencate nella Circolare del 7 maggio 2015, n. 19 del MEF. Per la ricognizione degli obblighi di contenimento della spesa vigenti per le amministrazioni contemplate nell'elenco annuale ISTAT, cfr. la circolare n. 12 del 23 marzo 2016 della Ragioneria dello Stato e V. Vecchi, *Il CdS boccia il c.d. effetto di «legificazione» e «cristallizzazione» dell'elenco ISTAT*, in *Amministrativamente*, 2015, 7-9, 2.

[65] Cfr. CdS, VI, 8 maggio 2014, n. 2362 e CdS, VI, 18 maggio 2015, n. 2515. La Fondazione la Triennale di Milano sottolineava che, con la costituzione nel 2002 della società unipersonale Tr. di Milano Servizi S.r.l., interamente posseduta e controllata e affidataria di attività commerciali, fosse divenuta una *holding* operante con strumenti di autonomia privata e che la struttura del bilancio fosse mutata, ricercando la Fondazione autonomamente il proprio equilibrio economico, pur continuando a fruire di contributi pubblici in misura del 30 per cento dei ricavi (assegnati periodicamente senza integrare alcun obbligo da parte del soggetto pubblico erogante). Contestava così l'inclusione nell'elenco annuale ISTAT e la soggezione agli obblighi di contenimento della spesa. Il CdS richiama i presupposti, da verificare cumulativamente, per l'inclusione delle istituzioni senza scopo di lucro nell'elenco ISTAT sulla base del Regolamento europeo SEC95: l'essere l'ente privo di scopo di lucro; l'essere dotato di

ISSN 2036-7821

Come è stato spesso sottolineato in dottrina e in precedenza in questo lavoro, qui la norma di chiusura sembra doversi rintracciare nel comma 3 dell'art. 151 del Codice dei Contratti. A commento della spesso richiamata Circolare del Ministero del 09.06.2016 sui nuovi strumenti messi a disposizione del Codice, si osserva la riconducibilità all'art. 151, c. 3, anche di alcuni istituti già disciplinati nel d.lgs. n. 42/2004, tra cui gli accordi con le fondazioni bancarie di cui all'art. 121, e che la disposizione rappresenta una «norma aperta che potra` man mano riempirsi di contenuti applicativi specifici»[66]. Si rileva così che « Possono essere promossi dall'amministrazione *iter* procedurali semplificati con la *ratio*, per un verso, di legittimare forme atipiche di *partnership* pubblico-privato, gia` da tempo utilizzate dalla PP.AA. con i privati»[67].

---

personalità giuridica; l'agire da produttore di beni o servizi 'non destinabili alla vendita'; l'essere controllato e finanziato in prevalenza da amministrazioni pubbliche. Il requisito della produzione di beni e servizi 'non destinabili alla vendita' deve essere inteso escludendo le ipotesi in cui i proventi delle 'vendite' coprono o meno una quota superiore del 50 per cento dei costi di produzione. Secondo il CdS, pur non pronunciandosi sulla controversa qualificabilità della Fondazione come 'holding' ai sensi del Regolamento SEC95, il rapporto con la società strumentale va classificato come fattispecie di *in house*, per cui i dati economico-finanziari riferibili alla società *in house* devono essere computati in modo unitario rispetto a quelli dell'ente o organismo controllante, escludendo l'iscrizione nell'elenco ISTAT sulla base del criterio della soglia del 50 per cento. Il CdS ritorna sul tema in CdS, VI, 10 dicembre 2015, n. 5617, su ricorso proposto dalla Fondazione Arena di Verona. Secondo la Fondazione, con la trasformazione degli enti nel settore musicale in fondazioni di diritto privato, la relativa disciplina, benché caratterizzata anche da aspetti pubblicistici, sarebbe sostanzialmente rimessa a norme di diritto civile, senza possibilità di inquadramento fra gli organismi pubblici. Sarebbe così venuto meno il requisito del controllo – inteso come "*capacità di determinare la politica generale o il programma di una unità istituzionale*" – da parte di altra pubblica amministrazione, poichè la Fondazione avrebbe piena libertà di autodeterminazione operativa e gestionale, per la programmazione e la produzione sia artistica che commerciale. L'assenza di controllo nel senso del Regolamento SEC 95 escluderebbe la possibilità di inserire la fondazione nell'elenco ISTAT. Il CdS ricostruisce la natura delle fondazioni liriche come enti a personalità giuridica «di ordine privatistico», ma da qualificare come organismi di diritto pubblico, in quanto le attività sono a)finalizzate istituzionale al soddisfacimento di specifiche *esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale e commerciale* e b)finanziate in percentuale maggioritaria "*dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*", o – *in alternativa* – "*la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri, dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali, o da altri organismi di diritto pubblico*", nulla rilevando al riguardo l'autonomia statutariamente prevista. L'autonomia «attiene alla fase attiva dell'esercizio delle funzioni affidate alla Fondazione, ma non esclude il controllo, quale relazione interorganica nell'ambito della quale l'operato degli organi attivi può essere sindacato per valutare la relativa rispondenza alla legge, o alla convenienza amministrativa, o a regole tecniche di varia natura, potendo il controllo essere finalizzato ad assicurare non solo la legittimità, ma anche l'economicità o l'efficacia della gestione operativa». Tuttavia, l*a mera qualificazione della fondazione come organismo di diritto pubblico non è sufficiente per l'inserimento nell'elenco ISTAT*. In tal senso, solo la verifica se ricavi realizzati, in condizioni di mercato, coprano o meno una quota superiore al 50 per cento dei costi di produzione può essere significativo, considerando la quota di finanziamento pubblico e i regimi di costo del personale.

[66] In tal senso, cfr. Sau, *op.cit.*

[67] Sui partenariati, oltre alle opere di Sau, Manfredi, Gardini e Carpentieri citate, cfr., *ex multis*, S. Antoniazzi, *Contratti pubblici e beni culturali: specialità della disciplina e obiettivi di tutela, di conservazione e valorizzazione* , in *GiustAmm.it*, 2019, 7, 14; C. Napolitano. *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una sua funzione sociale*, in *Diritti fondamentali*, 2019, 2, 28; G. Profeta. *La valorizzazione dei beni culturali quale terreno elettivo del partenariato pubblico-privato e, in particolare, pubblico-pubblico*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2019, 1, pp. 270-294; V. Sessa. *Il partenariato e la valorizzazione "condivisa" del patrimonio culturale: dalla conservazione dei beni alla rigenerazione del territorio*, in *GiustAmm.it*, 2019, 2, 17; P. Rossi, Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti, in federalismi.it, 2018, 2, 23; R. Spagnuolo Vigorita. *Il patrimonio culturale nelle disposizioni del codice dei contratti pubblici e nel codice del terzo settore*, in *Munus*, 2018, 1, 405; A. Iacopino, Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali, Napoli,

ISSN 2036-7821

Il delinearsi di due modelli paralleli auspicata dal codice del 2004 (fondazioni nazionali di diritto prevalentemente speciale e fondazioni di comunità regionali e cittadine di diritto comune) sembra il tratto proprio delle fondazioni museali.
La differenziazione delle soluzioni statutarie sollecita ad indagare sulla possibilità di tracciare coordinate per sciogliere alcuni nodi. Come è stato osservato[68], la caratterizzazione peculiare del patrimonio fondazionale non giustifica più la «soggezione a forti ingerenze pubblicistiche», retaggio più del modello liberale codicistico di immobilizzazione patrimoniale degli enti a struttura patrimoniale, ma piuttosto l'esplorazione, da un lato, dell'autonomia fondazionale e, dall'altro, modelli di vigilanza e modello che non si sovrappongano ai modelli di gestione, ma consentano l'esplorazione di tutte le potenzialità dei partenariati speciali.
Insomma, il momento genetico patrimoniale (costituzione del patrimonio per affidamento di collezioni museali pubbliche, o conferimento di beni in originaria appartenenza privata; per la dotazione di risorse, la costituzione iniziale adeguata e l'alimentazione periodica pubblica delle fondazioni nazionali di diritto speciale, o (alternativamente) la costituzione iniziale minima delle fondazioni di comunità di diritto comune e l'alimentazione successiva privatistica) non deve essere ricondotto in via principale all'esigenza di «unità» nazionale di tutela del patrimonio condizionante il momento funzionale (i regimi speciali delle relazioni intersoggettive con il Ministero, i Poli e le istituzioni pubbliche, la *governance*, le classi di *stakeholders*). Piuttosto, il fondamento patrimoniale di questi enti (entrambe le tipologie) va ricondotto al pluralismo civile e solidale di cui agli artt. 2, 4, comma 2 e 118 della Costituzione.
Ma alcune questioni dovranno essere risolte. Innanzitutto, l'equilibrio che preservi l'indirizzo di iniziativa fondazionale e la garanzia della considerazione degli apporti partecipativi successivi. Questo non significa necessariamente un principio di protezione dell'indirizzo dato dai soggetti pubblici rispetto all'estensione dell'indirizzo di governo a soggetti provati. Né può significare la sconfessione del portato del comma 1 dell'art. 116 del Codice dei beni culturali, secondo cui gli organi istituzionalmente preposti alla tutela non partecipano agli organismi di gestione delle fondazioni. Non nella unità della tutela dei beni possono essere ricercati i fondamenti della dicotomia tra fondazioni nazionali collegate all'apparato dell'amministrazione dei beni culturali e fondazioni di comunità regionali e locali.

Editoriale Scientifica, 2017; S. Cavaliere, La valorizzazione/gestione del patrimonio culturale in funzione dello sviluppo economico: l'esperienza degli strumenti collaborativi , in federalismi.it, 2020, 17.

[68] Cfr. P. Forte, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in Palma – Forte, *op.cit.*, 27ss., il quale osserva che «In sostanza, la combinazione delle previsioni degli art. 2 e 5 Cost., in ordine alla tutela dell'"autonomia delle formazioni sociali dal potere pubblico", dell'art. 4, secondo comma, Cost., in ordine ai doveri funzionali del cittadino, e dell'art. 118 Cost., ultimo comma, in ordine alla cd. sussidiarietà orizzontale, sembra colmare quella che ad alcuna dottrina era sembrata una mancanza dell'originario testo costituzionale, e cioè la scarsa attenzione ai meccanismi di partecipazione generalizzata alle funzioni pubbliche, e dunque una sorta di ridotto respiro democratico».

ISSN 2036-7821

Entrambi i modelli devono ritrovare il comune fondamento di essere *autonomie sociali*. La protezione dell'autonomia sociale deve anche ritrovarsi quale chiave di lettura del complesso di norme sui regimi delle attività tra diritto speciale e diritto comune, come si è visto in tema di obblighi di evidenza pubblica, contenimento della spesa, personale, attività imprenditoriali strumentali e accessorie, anticorruzione. La riforma del 2014 lascia ancora irrisolti molti nodi. Tra questi, la praticabilità futura (e secondo modelli omogenei) della trasformazione delle fondazioni in fondazioni *holdings* con società strumentali proprie secondo regole di *governance* di diritto comune, oppure l'espansione di modelli di costituzione di *holdings* tra fondazioni capofila e fondazioni strumentali, che governino i loro rapporti (e con il Ministero o le autonomie regionali e locali) sperimentando forme di partenariati speciali. Ma soprattutto l'applicazione della regola della distinzione degli apparati di tutela rispetto agli organi di governo.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La riscossa della partecipazione. Note brevi sulla decadenza dei vizi formali

di Ambrogio De Siano

(Professore associato di Diritto Amministrativo presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli.)

Sommario

1. 1. Premessa. – 2. I vizi cd. formali quale strumento di informalità amministrativa. – 3. Comunicazione di avvio del procedimento e revoche cd. improprie. – 4. Qualche osservazione conclusiva sulla riscossa della partecipazione.

Abstract

In spite of the importance that it is traditionally recognized in the world of law, in the contemporary Italian legal system the form seems to be going through a period that is not exactly happy: this is demonstrated by the fact that, although the legislator continues to be hypertrophic when dealing with the PA, it is all It is quite rare to come across provisions that assign prevalence to the content, leaving the technical-legal formalities to play an altogether marginal role.

* *Il presente saggio, destinato agli Scritti in onore della Professoressa Maria Immordino, è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. *Premessa.*

A dispetto della rilevanza che nel mondo del diritto tradizionalmente le si riconosce, nell'ordinamento italiano contemporaneo la forma pare attraversare un periodo non proprio felice: lo dimostra il fatto che, malgrado il legislatore perduri ad essere ipertrofico quando si occupa della P.A., è tutt'altro che raro imbattersi in disposizioni che assegnano prevalenza al contenuto, lasciando che le formalità tecnico-giuridiche ricoprano un ruolo tutto sommato marginale.

Il ridimensionamento dell'importanza della forma nel diritto amministrativo degli ultimi lustri è riconducibile a diverse ragioni. Quelle più significative sembrano sostanziarsi, più in generale, nell'atteggiamento critico nei confronti del cd. formalismo giuridico[1], atteggiamento che affonda le proprie radici, tra l'altro, nella convinzione che sia oramai sopravvenuta una certa inadeguatezza del diritto rispetto alle esigenze della società contemporanea; e, più in particolare, nell'affermarsi di una visione efficientistica dell'attività della P.A.[2], tendente a valorizzare (sotto il profilo procedimentale) la semplificazione e (sotto il profilo teleologico) il risultato[3].

Malgrado sia lecito nutrire dubbi sul fatto che un diritto più informale sia maggiormente in grado di assolvere al suo fine ultimo, che – giusta gli artt. 2 e 3 Cost. – (non) è quello (di semplicemente assegnare vantaggi e svantaggi, bensì) di consentire a ciascuno di esprimere la propria personalità garantendo al tempo stesso la sopravvivenza della comunità[4], la legislazione contemporanea, nella dicotomia forma-contenuto, continua a mostrare la propria preferenza per quest'ultimo, non di rado relativizzando l'importanza di quel che sembra potersi qualificare non solo come ciò che lo rende struttura giuridica percepibile e che dunque lo esteriorizza, ma anche come ciò che in qualche misura ne costituisce l'essenza, ossia la forma.

Questa tendenza legislativa si è però talvolta scontrata con una condotta piuttosto prudente da parte della giurisprudenza amministrativa, la quale, soprattutto negli ultimi anni, è parsa ben consapevole del fatto che una eccessiva dequotazione della forma, rendendo molto faticosa la verifica di conformità dell'esercizio del potere della P.A. (anche in considerazione della impossibilità di sindacare il merito in sede giurisdizionale), avrebbe comportato il ridimensionamento della carica garantista del diritto.

Di questa condotta v'è prova nell'elaborazione giurisprudenziale che ha riguardato l'art. 21 *octies*, co. 2, L. 7 agosto 1990, n. 241, il cui declino lascia per certi versi

---

[1] M. JORI, voce *Formalismo giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, vol. VIII, 1992, 425 ss.

[2] R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, *passim*, spec. 201 ss. e 337 ss.

[3] R. FERRARA, *Interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 31 ss., 52 ss.

[4] Dubbi che si è tentato di esprimere in A. DE SIANO, *Le forme della decisione della P.A.*, a cura di R. URSI - M. RENNA, *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 11 ss., cui sia consentito rinviare.

ISSN 2036-7821

sorpresi, visto che su di esso erano state riposte significative aspettative affinché contribuisse all'affermazione della informalità amministrativa.

2. *I vizi cd. formali quale strumento di informalità amministrativa.*

Il trattamento giuridico dei vizi cd. formali costituisce una questione molto rilevante per ciascun ordinamento[5], visto che il diritto, in particolare quello amministrativo, è essenzialmente forma[6].

Anche in Italia il dibattito è stato animato, soprattutto a seguito della L. 11 febbraio 2005, n. 15, che ha integrato la L. n. 241/1990 tramite l'art. 21 *octies*, co. 2, il quale contiene due eccezioni all'annullabilità dell'atto[7].

Nel primo periodo del co. 2 è stato previsto che «non 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 contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Il secondo periodo, di raggio più circoscritto, ha disposto che «il 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».

Di recente la portata di quest'ultima disposizione è stata limitata, prevedendosi che essa «non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'art. 10 bis»[8].

Con l'introduzione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l'area della illegittimità (verrebbe da dire: classica, ossia quella) che genera l'annullabilità è stata ridotta per effetto della presenza di ipotesi relativamente alle quali vi è divieto (per il G.A., ma pure per la P.A.[9]) di annullare il provvedimento, il che, dunque, ha provocato una scissione tra il concetto di illegittimità e quello di annullabilità[10]: recependo l'orientamento giurisprudenziale (radicatosi soprattutto sulla mancanza della comunicazione di avvio del procedimento) che riservava un diverso trattamento ai vizi cd. sostanziali rispetto a quelli cd. formali, il legislatore ha scelto di andare oltre l'impostazione

[5] Una panoramica comparata sul trattamento dei vizi formali la si può rinvenire in D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubb.*, 2007, 385 ss., 408 ss.

[6] E. SCHIMDT-ASSMAN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. pubb.*, 2011, 472 ss., 472.

[7] La bibliografia e la giurisprudenza sull'art. 21 *octies* sono vastissime. Per un quadro d'insieme v. R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 581 ss.

[8] Questa eccezione è stata introdotta dall'art. 12, co. 1, lett. i), D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120).

[9] A proposito della natura sostanziale e/o processuale della disposizione D. SORACE, *Il principio*, cit., 394 ss.

[10] D. SORACE, *Il principio*, cit., 396 s. Diversa è la posizione di G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2015, 346 s., per il quale non esiste una violazione di legge che non determina invalidità. Secondo l'A. l'art. 21 *octies* deve essere letto dalla prospettiva del privato, al quale l'annullamento dell'atto per motivi formali non servirebbe perché non gli consentirebbe di raggiungere il risultato sperato: per cui, applicando il principio giurisprudenziale della cd. prova di resistenza, il suo ricorso sarebbe dichiaro inammissibile; perciò il legislatore vieta l'annullamento per vizi procedimentali e di forma.

ISSN 2036-7821

tradizionale che attribuiva la stessa rilevanza ai vizi di legittimità, ridimensionando il peso di alcuni di loro, i quali, pur segnalando una difformità dell'atto dalla norma di riferimento, non ne comportano per forza l'annullamento.
Se è chiaro che all'interno della categoria dei vizi di legittimità ve ne sono alcuni che hanno una diversa valenza rispetto ad altri, viceversa la disposizione si è dimostrata oscura sotto numerosi punti di vista. Con ogni probabilità la principale ambiguità del comma 2 dell'art. 21 *octies* risiede nella difficoltà di individuarne la *ratio*, ciò che ha reso ancor più problematico trovare un criterio ermeneutico uniforme per comprenderne con sufficiente precisione l'ambito di applicazione.
La scelta legislativa è stata diversamente interpretata.
Nella ricostruzione giurisprudenziale la categoria delle difformità che non sfocia nell'annullamento viene ritenuta fondata sul principio generale di cui all'art. 156, co. 3, c.p.c. che contiene la regola del cd. raggiungimento dello scopo[11].
La maggior parte della dottrina, invece, ha sostenuto che la disposizione in esame tende a valorizzare il risultato (ovviamente quando questo è 'sostanzialmente' in linea con la legge), facendo recedere le garanzie procedurali e formali[12]. Altri hanno invece ritenuto che la soluzione legislativa sarebbe rispettosa del principio di ragionevolezza/proporzionalità, il quale verrebbe violato se si annullasse un provvedimento in grado di fornire un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco[13].
Di maggiore interesse appare l'opinione secondo cui il nuovo regime dell'invalidità dell'atto amministrativo risponde ad una logica di semplificazione, per assecondare la quale il legislatore avrebbe privato di sostanziale rilevanza (ritenendo comunque preferibile non abrogare) una disciplina giudicata per certi versi culturalmente superata[14].
Ad ogni modo, è evidente che le norme procedurali e quelle riguardanti la forma vengono avvertite come non coinvolte nella tutela del bene giuridico che l'ordinamento intende (sostanzialmente) proteggere: solo ragionando così, ossia riconoscendo al percorso procedimentale e alle modalità di manifestazione formale

[11] Per l'orientamento giurisprudenziale in parola v. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*¸ Torino, 1993, 55 ss., il quale si mostra scettico sul fatto che l'irregolarità possa farsi discendere dalle regole sulla invalidità di cui al diritto processuale civile (59 ss.). Che la *ratio* dell'art. 21 *octies*, co. 2, risieda nell'art. 156, co. 3, c.p.c., è escluso anche da D. SORACE, *Il principio*, cit., 404.

[12] In questo senso, sebbene con sfumature interpretative diverse, tra i vari autori, A. POLICE, voce *Annullabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, *Enc. dir.*, *Annali*, vol. I, 2007, 49 ss.; e, prima della L. n. 15/2005, V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, *Dir. pubb.*, n. 1, 2004, 187 ss., 187.

[13] R. CHIEPPA, *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativa*, *www.giustamm.it*, n. 12, 2015.

[14] D. SORACE, *Il principio*, cit., 405, il quale in precedenza aveva posto in evidenza come in astratto sia possibile distinguere i vizi riguardanti l'attività di produzione dell'atto e quelli riguardanti il prodotto, ossia l'atto, o meglio la decisione che in esso è contenuta (391). Sostanzialmente in linea è quanto sostenuto da G. CORSO, *Manuale*, cit., 347, secondo cui alla base dell'art. 21 *octies* vi sarebbero questioni di economia processuale – consistenti segnatamente nella cd. prova di resistenza – e di economia dell'attività amministrativa.

ISSN 2036-7821

dell'atto un ruolo (essenzialmente) servente rispetto al contenuto della decisione, si può spiegare la scelta legislativa, che comunque in generale è stata ritenuta conforme al principio di legalità, al diritto europeo e alla Costituzione[15], sebbene non sia mancato chi abbia etichettato come «inquietanti» le sue possibili implicazioni[16].

È dunque innegabile che la disposizione in parola abbia una vocazione efficientistica[17], rivolta com'è a rendere in qualche modo recessiva la legalità formale, intesa come mera conformità alla legge[18].

E proprio ragionando in questa ottica, tenendo altresì in considerazione la sua formulazione letterale – dalla quale è evidentissima la diversità dei piani su cui operano contenuto della decisione, da un lato, e forma/procedimento, dall'altro –, era a prima vista sembrato che il legislatore tramite il co. 2 dell'art. 21 *octies* avesse compiuto una vera e propria sterilizzazione delle regole riguardanti il procedimento e la forma degli atti.

Sterilizzazione che però di fatto non c'è mai stata, essenzialmente grazie al lavorio della giurisprudenza, che via via ha reso sempre più minuto l'ambito di applicazione della disposizione, aiutata dal fatto che la non annullabilità andrebbe a configurarsi solo nel caso in cui non vi sia il minimo dubbio sul contento della decisione, il che è obiettivamente piuttosto raro che accada.

Concentrandosi per un attimo solamente sul primo periodo del co. 2, a ben pensarci esso avrebbe potuto effettivamente contribuire alla informalità amministrativa soltanto se ritenuto applicabile alla motivazione. Ciò che attualmente è escluso dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria[19], la quale ha peraltro ricevuto l'avallo di quella costituzionale, che ha aderito all'orientamento secondo cui il difetto di motivazione «non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedimentali o ai vizi di forma»[20].

Insomma, il tentativo di deformalizzare l'attività amministrativa ha ricevuto tutto sommato una spinta piuttosto modesta dall'art. 21 *octies*, co. 2, soprattutto dal primo periodo di quest'ultimo, il cui impatto è stato probabilmente un po' sopravvalutato.

---

[15] D. SORACE, *Il principio*, cit., 418 ss.

[16] L'espressione è di G. CORSO, *Manuale*, cit., 347, secondo cui l'art. 21 *octies*, se portato a conseguenze estreme, potrebbe finire per legittimare la rinuncia a qualsiasi garanzia formale visto che il risultato sarebbe comunque lo stesso.

[17] Si è provato a dimostrarlo (all'interno di un quadro concettuale più ampio) in A. DE SIANO, *Spunti di riflessione sul concetto di efficienza dell'attività amministrativa*, *Dir. e proc. amm.*, n. 2, 2017, 711 ss., 725 ss.

[18] Le critiche rivolte alla inversione del rapporto tra esigenze di legalità e di efficienza non sono mancate. Le si trova riassunte in P. LAZZARA, *Articolo 21* octies. *Annullabilità del provvedimento*, a cura di A. ROMANO, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 838 ss., 851 ss.

[19] Tar Lazio - Roma, Sez. I, 6 febbraio 2020, n. 1572. Non manca però qualche sentenza in senso opposto, come Tar Toscana - Firenze, Sez. III, 7 gennaio 2020, n. 9, benché il numero sia ormai molto limitato, a differenza di quel che accadeva nel primo lustro successivo alla introduzione dell'art. 21 *octies*.

[20] Sentenziando proprio sull'art. 21 *octies*, co. 2, la Corte cost., 17 marzo 2017, n. 58, ha qualificato la motivazione come «un presidio di legalità sostanziale insostituibile».

ISSN 2036-7821

3. *Comunicazione di avvio del procedimento e revoche cd. Improprie*.

Un destino parzialmente diverso ha riguardato il secondo periodo del co. 2, anche perché la disposizione trovava origine nella giurisprudenza del G.A., il quale, a seguito di un decennio di applicazione dell'art. 7, L. n. 241/1990, ebbe a maturare la convinzione che fosse indispensabile individuare un punto di equilibrio fra le esigenze garantistiche e l'efficace svolgimento dell'attività amministrativa[21].

A tutt'oggi sono ancora molte le pronunce in cui il G.A. ritiene non annullabile il provvedimento impugnato nonostante sia stata omessa la comunicazione di avvio del procedimento: accade ad esempio in materia di abusi edilizi, in quanto, data la natura vincolata dei relativi provvedimenti, sarebbe da escludere la necessità della partecipazione dei soggetti interessati[22].

Eppure, anche il secondo periodo del co. 2 dell'art. 21 *octies* pare essere entrato in una fase di recessione, com'è dimostrato dalla giurisprudenza che si è occupata di recente della sua applicazione agli atti di natura vincolata.

Per il vero, all'inizio del nuovo secolo, accanto alla giurisprudenza ad avviso della quale la illegittimità formale assumerebbe rilievo ai fini dell'annullamento solo quando riverbera i propri effetti sul contenuto del provvedimento, si era fatto strada l'orientamento secondo cui l'obbligo di inviare la comunicazione di avvio sussiste anche nella ipotesi di provvedimenti dal contenuto totalmente vincolato, ciò sulla scorta della considerazione che la pretesa partecipativa andrebbe a riguardare non solo la fase di comparazione degli interessi, ma anche l'accertamento dei presupposti sui quali la decisione deve fondarsi[23].

Salvo che non si trattasse di accertamenti tecnici particolarmente complessi[24], questo orientamento tendeva a tenere esenti le revoche cd. improprie[25], ossia quegli atti che «solo approssimativamente le disposizioni chiamano revoche, trattandosi piuttosto di atti di decadenza, di rimozione e soprattutto di atti sanzionatori». Atti, dunque, «il cui presupposto è di volta in volta l'inattività o, meglio, un inadempimento, del destinatario del provvedimento revocando, rispetto all'esercizio di una facoltà o di un obbligo, posti dallo stesso provvedimento o dalla normativa di settore, oppure il venire meno di quei requisiti o di quelle condizioni alle quali era subordinata dalla legge la continuazione del rapporto, o la violazione di norme o di prescrizioni tecniche che il destinatario dell'atto era tenuto ad osservare, o, infine, la violazione di doveri istituzionali»[26].

---

[21] Consiglio di Stato, Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823.

[22] Tar Campania - Napoli, Sez. III, 2 agosto 2021, n. 5388; Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 aprile 2021, n. 2965.

[23] Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 aprile 2000, n. 2443; Sez. V, 22 aprile 2004, n. 2307.

[24] Tar Campania - Napoli, Sez. II, 14 aprile 2005, n. 5226.

[25] Tar Lazio - Roma, Sez. II, 1 aprile 2016, n. 4015, in tema di decadenza dell'autorizzazione per l'apertura di sale cinematografiche.

[26] La definizione degli atti di revoca cd. impropri è tratta da M. IMMORDINO - A. CONTIERI, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2783 ss., 2785.

ISSN 2036-7821

Nondimeno, più di recente, la giurisprudenza pare essersi convinta della indispensabilità della comunicazione di avvio del procedimento per tutti i provvedimenti di secondo grado, compresi quelli in cui non si intravede spazio discrezionale per la P.A.

Nell'ambito di un ripensamento nell'interpretare l'art. 21 *octies*, co. 2, si è sostenuto che «l'emanazione di un atto di secondo grado, annullamento d'ufficio, revoca o decadenza, incidente su posizioni giuridiche originate da un precedente atto, deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, salve ragioni di urgenza, adeguatamente motivate e salvi i casi in cui all'interessato sia stato consentito di evidenziare i fatti e gli argomenti»[27].

Che le esigenze partecipative garantite dalla comunicazione di avvio del procedimento siano (nuovamente) percepite come difficilmente eludibili si induce altresì da una giurisprudenza che, quantomeno a prima vista, si presenta con contenuti meno radicali rispetto a quella appena riportata.

La fattispecie sulla quale il G.A. ha avuto l'occasione di esprimersi ha ad oggetto un provvedimento di decadenza dell'autorizzazione all'apertura di una farmacia[28].

A seguito di un'articolata vicenda conclusasi con una sentenza di fallimento, la società titolare della farmacia è risultata priva dell'unico socio accomandatario e dell'amministratore unico, nonché legale rappresentante e, per ciò, impossibilitata ad agire.

L'ASL competente, dopo aver dettato disposizioni al fine di garantire l'assistenza farmaceutica e le prestazioni sanitarie connesse, ha dichiarato la decadenza dell'autorizzazione a causa della chiusura dell'esercizio per un periodo superiore a quindici giorni, ai sensi dell'art. 113, co. 1, lett. d, R.D. 27 luglio 1934, n. 1265.

La vicenda è giunta in Consiglio di Stato, davanti al quale la parte appellante ha dedotto la violazione dell'art. 7, L. n. 241/1990, sostenendo che l'ASL non avrebbe consentito il contraddittorio: ciò avrebbe viziato in maniera irrimediabile il provvedimento di decadenza, poiché avrebbe impedito al destinatario di evidenziare profili utili ai fini dell'adozione di atti aventi un contenuto diverso.

L'ASL si è difesa sostenendo che si sarebbe trattato di un provvedimento di natura vincolata per il quale avrebbe potuto omettersi sia la comunicazione dell'avvio del procedimento, sia il preavviso di rigetto: l'appellante, infatti, avrebbe chiuso la farmacia senza ottemperare alle prescrizioni che le imponevano di tenerla aperta; sicché l'esito del procedimento non avrebbe potuto mutare a seguito della partecipazione procedimentale.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello, ritenendo che la vicenda avrebbe reso necessario un approfondimento in contraddittorio tra le parti: l'appellante ha

[27] Consiglio giust. amm., Sez. giurisd., 5 ottobre 2020, n. 884.
[28] Consiglio di Stato, Sez. III, 14 settembre 2021, n. 6288.

ISSN 2036-7821

rappresentato che la decadenza dalla qualità di socio accomandatario e legale rappresentante avrebbe avuto ripercussioni sulla sua condizione di direttore tecnico della farmacia e sulla possibilità di provvedere alla nomina di un suo sostituto. In altre parole, gli atti con i quali l'ASL aveva ordinato di tenere aperta la farmacia si scontravano con la specifica condizione dell'*ex* socio accomandatario, il quale era impossibilitato ad ottemperarvi.
Insomma, tenuto conto della complessità della situazione e della gravità degli effetti derivanti dal provvedimento di decadenza, dovevano essere assicurate le garanzie partecipative, a cominciare dalla comunicazione d'avvio del procedimento.
Secondo il Collegio la natura vincolata degli atti impugnati non costituisce valido motivo per omettere il rispetto delle regole sulla partecipazione in situazioni peculiari e giuridicamente complesse: a suo avviso «non è rinvenibile alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all'amministrazione l'inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere unicamente in sede giudiziaria».
A ben vedere, la pronuncia in parola, negli effetti, non si presenta dissimile dall'orientamento più radicale prima riportato.
È vero che essa subordina l'indispensabilità della partecipazione alla complessità dell'istruttoria da svolgere. Tuttavia, l'unico modo per la P.A. di comprendere effettivamente se una vicenda sia complessa o meno è far partecipare il privato.
A ben riflettere, anche per una questione di economia processuale e procedimentale – e dunque per evitare di dover ripetere il procedimento a seguito di una sentenza che accerti che la fattispecie meritava di essere istruita con la partecipazione del privato – , una giurisprudenza simile non può che indurre le PP.AA. a comunicare l'avvio del procedimento molto frequentemente, se non addirittura sempre. Solo in questo modo si potrà appurare se per l'istruttoria da compiere sia realmente utile il coinvolgimento del privato, a fini non solo difensivi, ma anche collaborativi.
Pare così che pure il secondo periodo del co. 2 abbia subito un ridimensionamento in favore della partecipazione. D'altra parte, la recente modifica legislativa che ha introdotto la sua inapplicabilità qualora il provvedimento sia stato adottato in violazione dell'art. 10 *bis* sta lì a dimostrarlo.

4. *Qualche osservazione conclusiva sulla riscossa della partecipazione*
Insomma, sembrerebbe che la tendenza antiformalistica che bene o male continua a caratterizzare la legislazione italiana sulla P.A. di fatto si sia radicata meno di quanto si potesse pensare.

ISSN 2036-7821

Ed invero, negli ultimi anni si sta assistendo ad una sorta di riscossa della partecipazione, della quale nella giurisprudenza amministrativa viene valorizzata soprattutto la carica collaborativa.
Alle modalità di manifestazione formale del potere amministrativo viene riconosciuta particolare rilevanza anche dalla Corte costituzionale, che sempre più spesso si trova a vagliare la legittimità di leggi utilizzate per provvedere in luogo della P.A.
Tutti i casi recenti sono accomunati dal fatto che, nel sanzionare l'intervento legislativo, la Consulta non si sia limitata a prendere atto del contrasto con la legge statale – la quale prevedeva che si facesse uso dell'atto amministrativo –, dando piuttosto particolare risalto al ruolo svolto dal procedimento nella formazione della decisione finale.
Ad esempio, nella sentenza n. 28/2019 la Consulta si è occupata di una legge della Regione Abruzzo con cui è stato adottato il piano regionale di gestione integrata dei rifiuti *ex* art. 199, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.
A riguardo la Corte ha rilevato che «le norme statali che rimettono la definizione di interventi regionali ad atti di pianificazione devono intendersi prescrittive della forma dell'atto amministrativo»; solo così è possibile assicurare «le garanzie procedimentali per un giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco, […] con conseguente divieto per la regione di ricorrere ad una legge-provvedimento».
La preferenza mostrata per l'atto amministrativo è collegata al fatto che esso «costituisce il punto di approdo di un'adeguata attività istruttoria svolta nella sede procedimentale, aperta al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati interessati, e quindi preordinata all'apprezzamento e alla sintesi delle plurime istanze coinvolte».
Alle modalità formali tipiche dell'azione amministrativa viene assegnato significativo valore anche nella giurisprudenza successiva, come nella sentenza n. 116/2020, relativa all'art. 34 *bis*, D.L. 24 aprile 2017, n. 50, con cui è stato approvato il programma operativo straordinario in materia sanitaria per la Regione Molise.
Pure questa volta l'utilizzo dell'atto legislativo ha comportato il pregiudizio delle garanzie partecipative, che – ad avviso della Corte – nella materia sanitaria sono indispensabili: le «scelte da effettuare, destinate a riverberarsi sulla salute dei cittadini molisani, richiedevano […] al massimo grado un'adeguata conoscenza di dati di fatto complessi e di non facile lettura, dati che solo una istruttoria amministrativa approfondita, e arricchita dalla partecipazione degli enti interessati, poteva garantire».
Peraltro – aggiunge la Consulta – il ricorso all'atto amministrativo implica un rafforzamento della tutela per i soggetti pregiudicati dalla pianificazione: «se è vero che in linea di principio la tutela giudiziaria non viene meno per il trasferimento del contenzioso alla giurisdizione costituzionale […], è anche vero che non può non

ISSN 2036-7821

considerarsi che in casi come quello in esame vengano in rilievo mancanze, quali il difetto di partecipazione degli interessati, che non si potrebbero addebitare all'atto legislativo, in quanto fisiologicamente estranee al relativo procedimento»[29].

Insomma, la netta presa di posizione in favore della forma è tutt'altro che legata solo ad esigenze di mera conformità alla legge: le disposizioni che disciplinano le modalità formali di adozione di un atto amministrativo hanno una inevitabile e molto significativa ricaduta tanto nella fase di formazione della decisione, quanto nella fase successiva alla sua esternazione. In altre parole, esse stanno lì a garantire la sostanza.

Concludendo, pare proprio che la giurisprudenza (amministrativa e costituzionale) stia progressivamente prendendo le distanze dalla filosofia della legislazione contemporanea (quella propria – per intendersi – della L. n. 15/2005) riavvicinandosi a quella contenuta nella proposta della Commissione Nigro, la quale focalizzava l'attenzione fondamentalmente sull'*iter* di formazione della decisione[30], di cui parte significativa era il «contraddittorio»[31]. In questa ottica, l'atto amministrativo assume importanza non come elemento formale in sé per sé, bensì come espressione della decisione assunta all'esito di un peculiare processo formativo il cui momento decisivo è rappresentato dall'istruttoria. Nell'idea della Commissione Nigro, dunque, quel che più conta è regolare il farsi della decisione: le formalità del procedimento, di cui è parte il contraddittorio tra la P.A. e il destinatario dell'atto, avrebbero infatti assicurato tanto la giustizia della decisione, quanto la sua giustiziabilità.

[29] Secondo la Corte il controllo operato dal G.A. è di certo peculiare rispetto a quello condotto dal Giudice delle leggi, in quanto «centrato sul rispetto delle regole proprie del procedimento amministrativo e sulle relative mancanze».

[30] Per M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 5 ss., 17, «il procedimento si rivela come strumento di mediazione fra il fine di garanzia (realizzazione della imparzialità) e il fine di buona amministrazione (realizzazione dell'efficacia), entrambi propri della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)».

[31] Al quale nella proposta della Commissione presieduta da Nigro veniva dedicato il Titolo III. Per quel che attiene alla «comunicazione agli interessati», la proposta conteneva due testi. Nel secondo era stato previsto che qualora l'iniziativa procedimentale provenisse da un soggetto diverso dal destinatario dell'atto, la comunicazione di avvio nei confronti di quest'ultimo costituiva condizione di procedibilità dell'iniziativa stessa.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Brevi osservazioni in tema di tutela autoriale del web design

di Giuseppe Doria

(Ricercatore universitario in Diritto Commerciale e Professore Aggregato di Diritto della proprietà intellettuale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Federico II di Napoli.)

Sommario

1. – Nuove tipologie di opere dell'ingegno ed innovazione tecnologica; 2. – La frammentazione del concetto di creatività e la nuova sfida della Artificial Intelligence; 3. – Acquisto dei diritti d'autore, lavoro autonomo e subordinato; 4. – La home-page di un sito web fra aspetto grafico e prodotto multimediale; l'attività del cd. web-designer; 5. – Web-design, creatività ed interessi protetti.

Abstract

Technology has led to a process of continuous expansion of the application of intellectual property law. The creation of new tipes of intellectual work (also for the transposition of community directives), determines a fragmentation of the character of creativity. In this context, there is a question around the protection of a webdesign and the opening page of a website (homepage). The investigation focuses on the particularity of this new tipology, starting from the working activity of a webdesigner, to verify the protection spaces also in consideration of a possible instrumentality to business enterprise.

* *Il presente lavoro, destinato agli Studi in onore di Francesco Santoni, è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Nuove tipologie di opere dell'ingegno ed innovazione tecnologica.

Il processo di continuo ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione del diritto d'autore rappresenta una espansione fisiologica che è conseguenza diretta dell'incessante sviluppo tecnologico, e si traduce nell'identificazione di nuove fattispecie di opere dell'ingegno atipiche, in quanto non previste espressamente dall'art. 2 l.a.

In questo ambito, si colloca il dibattito in ordine alla protezione autoriale di un sito *web*[1] rispetto alla forma grafica ovvero multimediale della relativa pagina di apertura (cd. *home-page*). Fattispecie atipica, in genere inquadrata nell'ambito dell'opera multimediale ma con similitudini con il *design* sotto l'aspetto grafico, e quanto al contenuto con la banca dati.

Una questione che si intreccia con la criticità di una soluzione unitaria del concetto di creatività, in presenza di un prodotto intellettuale contraddistinto da una forte impronta tecnologica, e che normalmente è creato con il lavoro di un cd. *web-designer*[2] che per l'appunto si impegna – nell'ambito di un contratto di lavoro autonomo ovvero anche subordinato - alla creazione di un sito *web*[3].

Ed è proprio dal concetto generale di creatività che conviene partire per impostare l'argomento.

2. La frammentazione del concetto di creatività e la nuova sfida della Artificial Intelligence.

Presupposto di protezione dell'opera dell'ingegno è la creazione intellettuale: un prodotto intellettuale per assurgere alla tutela autoriale –qualunque ne sia il tipo, previsto o non dall'art. 2 l.aut.- deve essere esteriorizzato e cioè assumere una

[1] Sul tema in generale, vedi SPOLIDORO, *Il sito web*, in *AIDA*, 1998, 178 ss., BONELLI, *Il sito web quale opera dell'ingegno*, in *Dir.inf. e inform*. 2002, 199 ss.

[2] La creazione di un sito *web* segue allo svolgimento di una complessa attività lavorativa che può essere integrata in un'unica figura professionale, il cd. progettista multimediale, ovvero scorporata fra attività di programmazione dei *software*, sviluppo dei codici (HTML) e disegno della grafica *web*. Per una analisi tecnica, vedi TOSELLI, *Il progettista multimediale*, Torino, 1998, VAGLIASINDI, *L'arte del digital design: progettare per i nuovi media*, Milano, 2003.

Resta inteso che la tutela delle struttura del *software* utilizzata per la impostazione del sito *web* segue alla applicazione della relativa disciplina sui programmi per elaboratore di cui all'art. 2 n. 8, 12 *bis* e 64 *bis* ss. l.a.; ma l'aspetto grafico-estetico del sito dipende dallo svolgimento di un'ulteriore attività creativa di *web-design* che può attingere nella sua forma di rappresentazione ad un autonomo livello di tutela. Si tratta a questo punto di stabilire quale sia il livello di creatività da richiedere, atteso che nella disciplina autoriale si assiste ad una tendenza di relativizzazione del relativo concetto rispetto alle tipologie di opere dell'ingegno prese in considerazione.

[3] L'incarico di procedere alla creazione di un sito *web* può dunque rientrare nel contratto d'opera di cui all'art. 2222 c.c., con applicazione della relativa disciplina; ma non può escludersi che l'utilizzazione del sito venga concessa tramite una licenza d'uso, con la determinazione di un corrispettivo (anche in forma di canone) e la fissazione del termine temporale scaduto il quale il licenziatario perde il diritto all'uso del sito *web*: in tal modo, il *web-designer* non procede alla creazione del sito *web* sulla base di un rapporto di lavoro, ma acquisiti i diritti di sfruttamento economico, ne viene a disporre a titolo temporaneo; resta fermo che il contratto avente ad oggetto la disposizione dei diritti di utilizzazione debba essere provato per iscritto ex art. 110 l.a.; su questi aspetti, MAZZARO, *Il contratto di realizzazione del sito web*, in *Il civilista*, 2012, 33 ss.

ISSN 2036-7821

rappresentazione formale (cd. forma esterna) la quale a sua volta (secondo l'impostazione tradizionale[4]) sia espressione di una creatività: e cioè che –al di là del pregio particolare, maggiore o minore, possa avere l'opera- risulti identificabile una individualità creativa tale da essere riferibile a quell'autore e potersi differenziare dalle opere altrui (cd. forma interna) in quanto *originale*[5].

L'opera dell'ingegno trae così origine da una tensione intellettuale diretta alla formazione di un prodotto che se –ed in quanto- dotato di creatività è protetto dall'ordinamento giuridico come un autonomo bene giuridico (immateriale). Processo creativo che può essere di maggiore o minore intensità, ed anzi viene a prescindere dallo sforzo in termini sia quantitativi che qualitativi che ne siano a monte, proprio in quanto: ciò che conta è la creatività della forma esterna, in qualunque modo alla medesima si sia pervenuti ed a prescindere dalla novità della idea che ne sia a monte[6].

Questa impostazione si ispira (e risale) ad una concezione tradizionale a fondamento illuministico, che rappresenta il cuore storico del diritto d'autore. Su questa base, l'opera dell'ingegno viene a scindersi dalla valutazione del processo creativo che ne rappresenta il presupposto, proprio perché rileva ed acquista valore giuridico (quale autonomo bene tutelato) soltanto all'atto della sua estrinsecazione[7].

Da un lato si assiste ad una tendenza di relativizzazione della creatività in rapporto al tipo di prodotto dell'ingegno (e così agli interessi) da tutelare, che si sviluppa *in pendant* alle nuove tecnologie ed alla continua tipizzazione di nuove fattispecie nell'ordinamento autoriale: si pensi alle banche dati (art.1 II co e art. 2 n.9, l.a.) ove il livello di creatività è ai minimi termini, ed in termini diametralmente opposti al *design* industriale ove al contrario si richiede per attingere alla tutela autoriale non solo la "creatività" bensì un "valore artistico" (cfr. art. 2 n.10), nuove fattispecie tipiche in cui risalta la preminenza della funzione di protezione dell'investimento: qui si apre l'ampia problematica della linea di demarcazione con il diritto industriale sempre più labile e suscettibile di compromessi (come ad es. per la tutela del *software*, ex art. 2 n.8, l.a.; ma il discorso può essere esteso a macchia d'olio, con riferimento a fattispecie atipiche, la creazione pubblicitaria, l'opera multimediale, etc.).

---

[4] KOHLER, *Urheberrecht an Schiriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart, 1907.

[5] DE SANCTIS V.M., *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Milano, 1971, 38 ss.

[6] Su questi profili, per la distinzione classica fra il *corpus mysticum* ed il *corpus mechanicum*, ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1956, 453 ss.

[7] La funzione lavoristica, intesa come protezione dell'opera dell'ingegno quale frutto del lavoro individuale, finisce per soggiacere ad una regola di scissione della tutela autoriale del prodotto -siccome estrinsecato dal processo lavorativo che ne sia a monte- secondo una forma dotata di creatività. Diversamente, gli ordinamenti di *common law* richiedono in aggiunta alla originalità, che sussista "*skill, judgment and labour*", CORNISH – LLEWELYN, *Intellectual property*, Londra, 2007, 10, 4 ss., in modo tale che la tutela autoriale possa garantire un meccanismo premiale al merito dell'opera. Sul punto vedi AUTERI, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2016, 581 ss.

ISSN 2036-7821

Dall'altro lo stesso processo di formazione dell'opera dell'ingegno può distaccarsi – fino a prescindere del tutto- dal lavoro umano: si pensi alla cd. intelligenza artificiale ove il prodotto segue al procedimento di un *autonomo agente non umano*: sostituzione della macchina all'uomo, ove la scissione dell'opera dell'ingegno dalla tensione intellettuale del processo autoriale –come tradizionalmente inteso- diventa assoluta, tale da sollecitare l'esigenza di una riflessione di sistema[8].

Perciò la *creatività* non rappresenta più una categoria concettuale a stampo dogmatico e con un oggetto di protezione definito in senso statico ed unitario, ma si viene a *conformare* al tipo di opera dell'ingegno preso in considerazione, secondo un approccio di stampo pragmatico-empirico che a seconda dei diversi interessi da tutelare può spaziare con estrema elasticità nella modulazione fra la funzione lavoristica e quella produttivistica[9], fino alla soluzione estrema del risultato del

[8] Nuova rivoluzione industriale data dalla sostituzione assoluta della macchina all'uomo, che dal mondo della produzione e del lavoro si estende oramai alla proprietà intellettuale. Si veda in merito la risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante "*Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*", che ha aperto il dibattito in ambito europeo (già in corso in numerosi Paesi, come in Giappone: cfr. le linee guida approvate dalla JSAI, *Japanese Society for Artificial Intelligence*) sul riconoscimento della tutela autoriale all'opera dell'ingegno di *creazione robotica*; cfr. in particolare §18 ove si "rileva che non esistono disposizioni giuridiche che si applichino specificamente alla robotica, ma che ad essa possono essere facilmente applicati i regimi e le dottrine giuridiche esistenti, sebbene alcuni esperti richiedano una considerazioni specifica; invita la Commissione *a sostenere un approccio orizzontale e neutrale dal punto di vista tecnologico alla proprietà intellettuale applicabile ai vari settori in cui la robotica potrebbe essere impiegata*". Il punto è se possa riconoscersi una soggettività di carattere tecnologico al *robot* che diventi così titolare dell'opera dell'ingegno da lui creata ovvero se debba considerarsi autore il proprietario della macchina. Per l'inammissibilità di una tutela autoriale, nella giurisprudenza americana, in assenza di un soggetto creatore umano, FRANZOSI, *Chi è l'autore delle opere generate a computer?*, in *Dir.aut*. 2018, 168 ss.

Il punto è che con la previsione di un veloce avanzamento (si parla di un decennio) della robotica, v'è il concreto rischio di generare svantaggi concorrenziali in favore di quegli ordinamenti ove sia riconosciuta una qualche privativa ai prodotti di intelligenza artificiale, con indiretta protezione degli investimenti a monte di quel sistema produttivo. Si pensi già alle capacità del programma *Watson* di IBM, come rilevato da OLIVIERI, *Dal mercato delle cose al mercato delle idee*, in *Riv.soc*. 2017 p. 815 ss.; ovvero comunque ad "agenti dotati d'intelligenza artificiale di tipo "neurale" in grado di elaborare autonomamente outputs produttivi o comportamentali, da prescindere da inputs specifici delle persone fisiche che li hanno generati": così MUSSO, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o conessi*, in *Riv.trim.dir.proc.civ*. 2018, 471 ss.

Di certo il processo creativo da parte di un agente non umano, che risulti autonomo ed imprevedibile nel risultato, rappresenta una nuova realtà, su cui la dottrina è chiamata a riflettere anche in una logica *de iure condendo*, in quanto viene l'opera dell'ingegno viene definitivamente a scindersi dal lavoro umano: è l'ultimo passo della tecnologia che in un primo momento ha inciso sul processo creativo, così determinando un adattamento del concetto di creatività in rapporto agli interessi da tutelare, ed in una prospettiva non molto lontana si accinge a decretare la vera e propria sostituzione del *robot* (o *software* o *computer*) all'uomo. In favore di un aggravamento del livello di creatività, per l'accesso alla tutela di un'opera di intelligenza artificiale, SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, in corso di pubbl. in *Riv.dir.ind*. 2019, 253 ss.

In generale, sulla questione del riconoscimento di una soggettività virtuale, ai fini della imputazione della responsabilità civile, vedi TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo stato giuridico degli agenti software autonomi*, a cura di FEMIA, Napoli, 2019, 27 ss.

[9] Per l'analisi di queste due linee di sviluppo della tutela autoriale, l'una a carattere giusnaturalistico e l'altra "utilitaristica e funzionalistica", vedi LIBERTINI, *Tutela della promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2014, 299 ss., che evidenzia la prevalenza della concezione funzionalistica del

ISSN 2036-7821

processo tecnologico di una *machine* ove (non soltanto la prestazione lavorativa bensì) la stessa opera dell'ingegno non è più prodotto della mente umana.

3. Acquisto dei diritti d'autore, lavoro autonomo e subordinato.

La disciplina di diritto d'autore non prevede una norma generale in tema di opera dell'ingegno e rapporto di lavoro (autonomo o subordinato), e tuttavia gli art. 12 *bis* e 12 *ter* l.a. attribuiscono al datore di lavoro ("salvo patto contrario") i diritti esclusivi di utilizzazione economica del *software*, della banca dati e dell'opera di disegno industriale creata dal dipendente "nell'esercizio" (ovvero "nell'esecuzione") delle sue "mansioni". Disposto simile è previsto dall'art. 88 II co. l.a. con riferimento al diritto esclusivo di riproduzione, diffusione e spaccio della fotografia, che viene a competere al datore di lavoro "se l'opera è stata ottenuta nel corso e nell'adempimento di un contratto d'impiego o di lavoro, entro i *limiti dell'oggetto e delle finalità del contratto*"; mentre il III co. della medesima disposizione conferma la medesima regola a favore del committente solo laddove si sia trattato di fotografie a pagamento di "cose in possesso del committente medesimo".

Di qui la dottrina si è interrogata sulla portata di queste disposizioni, tendenzialmente riconoscendone un principio di competenza *oggettiva* del contratto di lavoro per cui -con o senza vincolo di subordinazione- la creazione dell'opera dell'ingegno per rientrare nel potere di sfruttamento economico del datore di lavoro o committente che sia, deve conseguire all'attuazione dell'oggetto del rapporto di lavoro (autonomo ovvero subordinato). E questa conclusione è suffragata da una recente disposizione normativa, l'art. 4 l. 22 maggio 2017 n. 81 riferita in generale al lavoro autonomo, secondo cui "*salvo il caso in cui l'attività inventiva sia prevista come oggetto del contratto di lavoro e a tale scopo compensata* i diritti di utilizzazione economica relativi ad apporti originali e a invenzioni realizzati nell'esecuzione del contratto stesso spettano al lavoratore autonomo, secondo le disposizioni di cui alla legge 22 aprile 1941 n. 633, e al codice della proprietà industriale, di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005 n. 30"[10].

E' che l'atto creativo conserva la preminenza della produzione dell'opera dell'ingegno come fonte di attribuzione *a titolo originario*, in capo all'autore, dei

diritto della proprietà intellettuale, senza perciò escludere che possano sussistere meccanismi di premio-incentivo, i quali tuttavia "si collocano piuttosto sul terreno della tutela del lavoro (autonomo e subordinato) nonché –per quanto attiene al profilo c.d. morale- sul terreno dei diritti fondamentali della persona umana".

[10] Si ritiene che l'acquisto dei diritti patrimoniali sorga comunque a titolo originario per effetto della creazione intellettuale in capo all'autore dell'opera, salvo poi a transitare nella sfera giuridica del datore di lavoro ovvero del committente in base al contratto di lavoro e così in via *derivativa*. Ma affinchè la trasmissione dei diritti di sfruttamento economico possa realizzarsi validamente risulta comunque necessaria la disamina dell'oggetto del contratto di lavoro, che dovrà peraltro osservare la forma scritta *ad probationem* richiesta dall'art. 110 l.a.; ferma restando ovviamente la titolarità dei diritti morali in capo all'autore dell'opera, stante la loro indisponibilità.

ISSN 2036-7821

relativi diritti morali e patrimoniali; ed è questa una forma speciale di tutela del "*lavoro autoriale*" su cui si fonda l'incentivo alla stessa creazione intellettuale, e la promozione della (libertà della) scienza e dell'arte sancita dall'art. 33 Cost.it.
Una tutela che è dotata di una sua specialità rispetto all'esecuzione del rapporto di lavoro (autonomo e subordinato) sol per la considerazione che la creazione opera viene a rappresentare atto *terminale* dell'adempimento contrattuale della prestazione lavorativa ed è (in quello stesso momento) la fonte *derivativa* di trasmissione dei diritti esclusivi di sfruttamento economico in capo al datore di lavoro o committente (semprechè –ed è questo il punto- la forma dell'opera dell'ingegno sia dotata di un'autonoma creatività).

4. La home-page di un sito web fra aspetto grafico e prodotto multimediale; l'attività del cd. web-designer.
In questo ambito si inquadra la questione della ammissibilità della tutela autoriale di un sito *web*, ed in particolare della forma strutturale della relativa pagina di apertura (cd. *home-page*), che può se del caso rappresentare un elemento di identificazione dello stesso sito.
Questa struttura può essere più o meno complessa, priva di connotazioni particolari (come nella maggior parte dei casi), ovvero –specie in funzione di promozione (dell'immagine) di un'attività economica- dotata di un aspetto grafico di *design* e presentare la congiunzione di diversi elementi di rappresentazione (scritti, disegni, musica, effetti) che vengono a creare un *unicum* multimediale.
Cosicchè a seconda della tipologia strutturale del sito, può se del caso rinviarsi per l'aspetto grafico all' "arte del disegno" (ex art. 2 n.4) ovvero (e nel caso dell'unione complessa di una molteplicità di elementi multimediali) a quella di un'opera collettiva dotata di autonoma unitarietà con attribuzione dei diritti d'autore al soggetto che ha scelto ed organizzato la fusione delle diverse componenti, ex art. 3 l.a.[11].
E' noto d'altra parte che la creazione del sito segue normalmente allo svolgimento di un'attività più o meno complessa, affidata all'opera di soggetti esperti del settore. Per *web-designer* si intende per l'appunto colui che si incarica della creazione del sito *web*, di curare –sulla base di un codice base fondato su di un *software*- l'aspetto grafico e l'assemblamento di elementi multimediali. Questo incarico è svolto normalmente dal *web-designer* in adempimento di un rapporto di lavoro autonomo e sulla base di un oggetto e condizioni contrattuali pattuite a monte con un committente (il titolare del sito); ma non può escludersi che l'attività venga svolta

[11] Sull'opera multimediale in generale, GUGLIELMETTI, *Le opere multimediali*, in *AIDA* 1998, 109 ss., NIVARRA, *Le opere multimediali in internet*, in *AIDA*, 1996, 131 ss., RICCIUTO, *Internet, l'opera multimediale ed il contenuto dei diritti connessi*, in *AIDA*, 1996, 102 ss.

ISSN 2036-7821

nell'ambito delle mansioni di un lavoro subordinato di un tecnico informatico a servizio di un'azienda di grandi dimensioni.
In tal modo, laddove l'opera del *web-designer* sia dotata nella sua rappresentazione formale –più o meno complessa, grafica o multimediale- di creatività, non sembrano sussistere ragioni per escludere l'accesso alla tutela autoriale, che può estendere tendenzialmente il suo campo di applicazione all'ambito tecnologico. Ed è chiaro che i diritti d'autore sono ripartiti secondo il criterio di imputazione proprio della creazione svolta nel corso del rapporto di lavoro: rientrandosi nell'oggetto a tale scopo compensato (ex art. 4 l. 22 maggio 2017, n.81), i diritti di sfruttamento economico vengono a transitare in via derivativa al committente, mentre il *web-designer* resta titolare dei diritti morali (inalienabili ed indisponibili)[12].

5. Web-design, creatività ed interessi protetti.
La questione vera da risolvere invece, è in che misura si possa propriamente parlare di una creatività rispetto alla forma di rappresentazione di un sito *web*, come si atteggi questo concetto rispetto alla rilevanza della fattispecie e così all'interesse da tutelare; proprio perchè nell'ordinamento autoriale non v'è una univocità, piuttosto un quadro frammentato in rapporto alla singola fattispecie. E diverse sono le fattispecie in assenza di una norma *ad hoc*, cui la *home-page* del sito *web* può in astratto farsi rientrare, per cui sembra opportuno evitare soluzioni aprioristiche. L'indagine non può dunque prescindere dalla verifica, se via sia una prevalenza dell'aspetto grafico e di disegno[13], ovvero se valga la riconduzione all'opera collettiva a carattere multimediale[14].
Su questa base non v'è dubbio che il riconoscimento di un carattere creativo al sito *web* debba ispirarsi ad una estrema cautela.
E' forse troppo pretendere che –in uno al carattere creativo- emerga un vero e proprio valore artistico, come invece richiesto dall'art. 2 n. 10 l.a. per il *design* industriale. In quest'ultima fattispecie, si tratta di forme destinate ad oggetti a fabbricazione industriale, per cui la rigidità della previsione si spiega in ragione della esigenza di evitare un effetto monopolistico del produttore (attingendo alla maggiore durata, dei settanta anni dalla morte dell'autore, dei diritti di sfruttamento economico dell'opera dell'ingegno, rispetto ai disegni ornamentali e modelli di utilità

[12] In modo chiaro, BONELLI, *Il sito web come opera dell'ingegno*, cit., 206; in generale, GRECO – VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Tratt. dir. civ*. diretto da Vassalli, Torino, 1974, 264 ss.
[13] Sembra tuttavia difficile ricondurre la tutela alla disciplina dei disegni e modelli ornamentali di cui all'art. 31 cod.propr.ind., come anche a quella autoriale del *design* industriale, in quanto il sito *web* non può di certo essere qualificato come un prodotto industriale. Non vi sono ragioni però per escludere che il *web-design* possa essere un'opera dell'ingegno rientrante nell'applicazione dell art. 2 n. 4 l.a., e quindi nell'arte del *disegno*, sia pure avente ad oggetto un prodotto *digitale*.
[14] In tal senso, BONELLI, *Il sito web come opera dell'ingegno*, cit. 207.

ISSN 2036-7821

protetti dalla disciplina di diritto industriale)[15]. E nemmeno sembra ci si possa appiattire su di un livello minimo di creatività: questo può valere per il contenuto dei dati inseriti nel sito, se del caso assimilabile ad una banca dati e così rientrante nella autonoma disciplina di cui all'art. 2 n.9 l.a.

Non sembra però nemmeno che la *home-page* possa essere di per sé esclusa dalla tutela autoriale, con una *deminutio capitis* sol per la connessione ad un profilo creativo connotato da un carattere prevalentemente tecnologico (se non del tutto artificiale), invece che umano-intellettuale.

E tuttavia la creatività deve emergere in senso pieno: e questo non significa soltanto che la *home page* possa rappresentare complessivamente un presupposto di differenziazione del sito rispetto ad altri; ma può anche valere ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza sleale per confusione, ex art. 2598 n.1 c.c.[16], laddove il sito *web* sia strumentale all'esercizio di un'attività d'impresa.

Sembra così ragionevole riservare (salvo a non optarsi *de iure condendo* per costituzione di un diritto connesso) la piena tutela dell'opera dell'ingegno ex art. 1 l.a. all'ipotesi (da verificare *cum grano salis*) in cui veramente risulti un complessivo *effetto identificativo* dalla visione dell'apertura del sito che sia rispondente ad una *originalità* di fondo e così ad una *personalità marcatamente creativa* che determini un risultato distintivo rispetto ai navigatori (e consumatori) del *web*[17].

[15] In generale, vedi AUTERI – SPADA, *Industrial design e opere d'arte applicate all'industria*, in *Riv.dir.civ*. 2002, 267 ss., BONELLI, *Industrial design e tutela del diritto d'autore*, in *Dir. aut*. 2003, 497 ss., CASELLI, *Le ultime tendenze sulla tutela autoriale del design e sul requisito del "valore artistico"*, in *Riv. dir. ind*. 2017, 333 ss., CRESTI, *La protezione dell'industrial design tra tutela brevettuale e diritto d'autore*, in *Contr.impr.eur*. 2005, 178 ss., FABBIO, *Disegni e modelli*, Padova, 2012, MAGGI, *La tutela della creatività e del design*, Milano, 2016.

[16] Senza considerare agli estremi, il fenomeno della capacità di orientamento dei consumatori indotta dai siti *web* degli *influencer*: persone private che -acquisita una certa notorietà *online*- sfruttano la propria capacità di influenza per orientare –tramite le immagini caricate sul proprio sito *web* o sul profilo di *social network*- le scelte, negli acquisti e servizi, di una moltitudine di *follower*; il più delle volte, senza che sia palesato l'intento promozionale del prodotto sponsorizzato (in forma occulta: tanto che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha avviato nel dicembre 2018 un'istruttoria sul fenomeno del cd. *influencer marketing*).

[17] E dunque "intendere con ragionevole rigore il requisito della originalità", AUTERI, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 583.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La rilevanza dell'interesse pubblico nel giudizio elettorale.

di Giuliano Taglianetti

(Ricercatore di Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Federico II di Napoli)

Sommario

1. Premessa generale 1.1. Il giudizio elettorale tra esigenze di interesse pubblico e garanzie di effettività della tutela giurisdizionale. 1.2. Delimitazione del campo di indagine. 2. Il giudizio «ordinario» avverso gli atti di proclamazione degli eletti. 2.1. L'interesse pubblico alla stabilità e alla certezza dei risultati elettorali. 2.2. L'interesse pubblico al ripristino della legalità violata e alla regolarità delle operazioni elettorali. 3. Il giudizio speciale avverso le operazioni elettorali preparatorie. 3.1. Profili di criticità connessi alla delimitazione dell'ambito oggettivo … 3.2. … e della legittimazione attiva. 3.3. La netta prevalenza del «fattore tempo» sulle esigenze di effettività della tutela e di «giusto processo». 4. La funzione, insieme oggettiva e soggettiva, della giustizia elettorale.

Abstract

This paper focuses on the essential lines of the litigation on elections by examining the main problematic profiles deriving from the need to bring together the different and non-converging needs of public interest and the effectiveness of judicial protection.

The ultimate aim of the research is to demonstrate that the profiles of accentuated specialty of electoral judgment are placed to protect not only, and not so much, the subjective legal situation deduced in court, but also, and above all, the multiple needs of public interest underlying such judgment.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa generale.

1.1. Il giudizio elettorale tra esigenze di interesse pubblico e garanzie di effettività della tutela giurisdizionale.

La speciale disciplina processuale attualmente delineata dal Titolo VI del Libro IV del Codice del processo amministrativo (artt. 126-132) è il frutto di una complessa evoluzione normativa dettata fondamentalmente dalla ricerca di un soddisfacente punto di equilibrio tra valori ed esigenze potenzialmente configgenti: garantire la legittimità e la correttezza delle operazioni elettorali, assicurando al contempo che esse si svolgano nelle date prestabilite a livello politico; garantire un certo grado di stabilità degli organi elettivi, assicurando al contempo, ai candidati e agli stessi elettori, una tutela giurisdizionale il più possibile piena ed effettiva.

Si tratta di obiettivi di natura diversa che convivono nello speciale rito elettorale e che si pongono in necessario rapporto dialettico.

Invero, il tema della giustizia elettorale[1] non può essere affrontato esclusivamente nella prospettiva delle situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio e degli strumenti di tutela giurisdizionale necessari ad assicurarne la piena ed effettiva garanzia in concreto, dovendo confrontarsi con le preminenti esigenze di interesse generale in esso immanenti.

In effetti, come è stato esattamente posto in evidenza, sarebbe assai difficile negare che proprio nei procedimenti elettorali, in cui si esprimono *maxime* il principio democratico e la sovranità popolare, emergano una molteplicità di esigenze di diritto «oggettivo» che, per quanto collegate, riferibili o comunque connesse con le posizioni soggettive sostanziali di cui agli artt. 48, 49 e 51 della Costituzione, assumono rilievo per l'appunto in termini «obiettivi» o comunque «adespoti», ossia indipendentemente e a prescindere da soggetti individuati o individuabili che ne costituiscano i titolari[2].

Tali esigenze, come si può facilmente arguire, affondano le proprie radici in alcuni dei fondamenti stessi del costituzionalismo: la «legalizzazione» del potere sovrano, da esercitarsi nelle forme e nei limiti della Costituzione; la correttezza dei processi di formazione della volontà democratica; l'autorevolezza, la solidità e forse anche la

[1] In relazione al quale si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività, alcuni tra i contributi più significativi a carattere monografico: G. SPADACCINI, *Ineleggibilità amministrative e ricorsi elettorali*, Roma, 1960; F. BOSCIA, *L'ordinamento elettorale*, Milano, 1976; G. DE FINA, *Diritto elettorale*, Torino, 1977; C. MIGNONE, *Giustizia elettorale amministrativa*, Milano, 1979; D. BORGHESI, *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, Milano, 1979; F. LIGUORI, *Azione popolare e tutela del diritto di voto nel processo amministrativo*, Napoli, 1993; O. MORCAVALLO, *I ricorsi elettorali*, Napoli, 2002; N. SAITTA, *I giudizi elettorali*, Milano, 2010; L. DONATO, *Ricorso elettorale tra interesse pubblico concreto e «meritevolezza» della tutela*, Torino, 2018.

[2] In questo senso cfr. le lucide riflessioni di M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale*, Napoli, 2013, p. 20.

ISSN 2036-7821

stessa «credibilità» delle istituzioni rappresentative quale risultato del legittimo esercizio della sovranità mediante i procedimenti elettorali[3].
Questi valori sono tenuti in primaria considerazione nel giudizio elettorale e assumono carattere preminente rispetto alla tutela della posizione giuridica soggettiva dell'elettore e dello stesso candidato.

1.2. Delimitazione del campo d'indagine.
Tanto premesso, la tematica impone alcune precisazioni preliminari atte a offrire una sufficiente delimitazione del campo di indagine e a consentire altresì di individuare, almeno nei suoi tratti fondamentali, la prospettiva della riflessione che qui si intende proporre.
L'analisi si concentrerà esclusivamente sul contenzioso elettorale rientrante nella giurisdizione (di merito[4]) del giudice amministrativo, i cui confini sono individuati dall'art. 126 del Codice («il giudice amministrativo ha giurisdizione in materia di operazioni elettorali relative al rinnovo degli organi elettivi dei comuni, delle province, delle regioni e all'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia»).
Nell'ambito del contenzioso elettorale così individuato, attraverso un metodo che procede dal generale al particolare, si esamineranno, rispettivamente, il giudizio avente a oggetto le operazioni di voto e di scrutinio che conducono all'atto di proclamazione degli eletti (cd. contenzioso elettorale «ordinario» o contenzioso amministrativo post-elettorale) e quello inerente al procedimento preparatorio per le elezioni (cd. contenzioso elettorale «speciale» o contenzioso amministrativo pre-elettorale).
Non saranno analizzate individualmente nel dettaglio le caratteristiche del rito pre-elettorale e di quello post-elettorale.
Saranno tracciate piuttosto le linee essenziali di tali giudizi, prendendo in esame i principali profili problematici sottesi alla necessità di far convivere in essi le diverse e non convergenti esigenze di pubblico interesse e di effettività della tutela giurisdizionale, di certezza e di giustizia.

[3] M. CECCHETTI, *Ibidem*.
[4] L'art. 134 c.p.a riconduce espressamente le controversie in materia elettorale nel novero della giurisdizione di merito: il giudice amministrativo, infatti, non si limita ad annullare le operazioni elettorali di cui accerti l'illegittimità, ma adotta altresì le necessarie determinazioni sostitutive. È opportuno tuttavia precisare che in subiecta materia il potere sostitutivo del giudice amministrativo ha natura vincolata, non essendo astrattamente configurabili in capo a quest'ultimo valutazioni di opportunità. Quella elettorale è infatti una materia in cui «ogni valutazione di opportunità sarebbe una aberrazione e dove di poteri discrezionali non si può scorgere neppure l'ombra: qui si tratta di registrare fedelmente la volontà del corpo elettorale, nell'ambito di un procedimento che non lascia margini valutativi ma impone l'esecuzione della legge agli uffici elettorali»: così F. LIGUORI, *Sulla sopravvivenza della giurisdizione di merito*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, p. 860.

ISSN 2036-7821

Senza volere anticipare alcune conclusioni che trarremo in forma più ampia all'esito della presente analisi, si vedrà che nel giudizio post-elettorale la condizione di maggiore stabilità dell'esito della consultazione - assicurata principalmente tramite la previsione di termini decadenziali ridotti per la proposizione del ricorso introduttivo e di quello incidentale, nonché tramite le particolari limitazioni che la giurisprudenza oppone al ricorso per motivi aggiunti - è in una certa misura compensata dalla sussistenza di una più ampia legittimazione ad agire avverso tali atti e da misure tese ad agevolare l'accesso alla giustizia, a loro volta strumentali rispetto all'interesse pubblico al ripristino della legalità violata; nel giudizio pre-elettorale, invece, l'interesse ad assicurare il rapido formarsi di una certezza definitiva in relazione alle questioni concernenti gli atti preliminari alle elezioni, in funzione della tempestiva chiusura della procedura elettorale, sembra prevalere nettamente sulle *esigenze* di effettività della tutela e di «giusto processo».

2. Il giudizio «ordinario» avverso gli atti di proclamazione degli eletti.

2.1. L'interesse pubblico alla stabilità e alla certezza dei risultati elettorali.

Nell'ambito del giudizio relativo alle procedure elettorali di Comuni, Province, Regioni e Parlamento europeo uno dei principali obiettivi che il legislatore ha inteso perseguire è quello di assicurare una condizione di maggiore stabilità agli atti delle suddette procedure, al fine di evitare che permanga una situazione di incertezza sull'assetto degli interessi, soggettivi e soprattutto istituzionali, sui quali la pronuncia giurisdizionale è destinata a incidere[5].

Il Codice ha assegnato preminenza a tale obiettivo mediante la previsione del rigoroso termine di decadenza di trenta giorni entro il quale l'interessato può contestare le operazioni elettorali[6]: decorso il predetto termine perentorio, i risultati diventano inoppugnabili (art. 130 c.p.a., comma 1, lettere a e b) [7].

---

[5] In tale ambito, come argutamente rilevato in dottrina, «la contestazione della legittimità delle operazioni elettorali si misura con l'esercizio di un potere pubblico che coinvolge le posizioni e gli interessi di tutti coloro che attendono di conoscere risultati stabili e definitivi dell'intera tornata elettorale»: così F. CINTIOLI, *L'azione popolare nel contenzioso elettorale amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 343.

[6] Come da sempre insegna la dottrina più avveduta, la *ratio* del termine di decadenza è quella «di assicurare il rapido formarsi di una certezza definitiva in relazione ai rapporti amministrativi»: cfr. A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, p. 233.

[7] Occorre avvertire che nel giudizio elettorale il termine per ricorrere deve essere inteso come il giorno ultimo non già per la notifica del ricorso, bensì per il deposito del ricorso stesso presso la segreteria del giudice amministrativo. Sull'inderogabilità e la funzione dei termini decadenziali previsti nel rito elettorale cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2014, n. 755, in *Foro amm.*, 2014, p. 460 ss.: «nelle controversie aventi ad oggetto la regolarità del procedimento elettorale devono essere rispettati inderogabilmente i termini decadenziali sanciti a salvaguardia della stabilità del risultato elettorale, decorrenti, indipendentemente dalla conoscenza di elementi di fatto sopravvenuti (legittimanti eventualmente la proposizione di motivi aggiunti), dalla proclamazione degli eletti (trenta giorni per il ricorso principale), ovvero dalla notificazione del ricorso principale (quindici giorni per il ricorso incidentale)»; TAR Calabria, sez. stacc. di Reggio Calabria, 10 giugno 2021, n. 515, in www.giustizia-

ISSN 2036-7821

Nella stessa prospettiva, non è ammessa la proposizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (art. 128 c.p.a.): evidentemente i tempi della decisione assai più lunghi di questo rimedio sono stati ritenuti incompatibili con l'esigenza, particolarmente avvertita nel settore in esame, di tempestività della risposta giudiziaria.

La disciplina specifica del giudizio elettorale è inoltre connotata da una marcata celerità, anch'essa funzionale alla superiore esigenza di certezza e stabilità del risultato elettorale: in base all'art. 130 c.p.a., l'udienza di discussione della causa deve essere fissata in via di urgenza, con assoluta precedenza sui processi ordinari (comma 2, lett. a); la sentenza deve essere pronunciata all'esito dell'udienza di discussione e la pubblicazione della stessa deve essere eseguita entro il giorno successivo alla decisione della causa, salvo che per la complessità della motivazione la pubblicazione slitti nel termine di dieci giorni dalla pronuncia (si vedano i successivi commi 6 e 7) [8].

Tale speditezza custodisce l'interesse della comunità territoriale allo svolgimento delle elezioni nei tempi designati e alla continuità dell'azione amministrativa preordinata alla formazione degli organi elettorali, ma dispiega decisiva incidenza anche ai fini dell'effettività e pienezza della tutela giurisdizionale [9].

Altre volte è la giurisprudenza che, pur in assenza di copertura legislativa, ovvero di una chiara e specifica indicazione normativa, attribuisce rilievo preminente all'interesse a garantire un maggiore grado di certezza e di stabilità agli atti delle

amministrativa.it: «il legislatore, anche al fine di contemperare tutti gli interessi in conflitto, ha inteso dare rilievo al principio di certezza dei rapporti di diritto pubblico (che ha uno specifico rilievo nella materia elettorale), prevedendo la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo e il rigoroso termine di decadenza di trenta giorni, entro il quale gli atti vanno posti in contestazione e decorso inutilmente il quale i risultati elettorali diventano inattaccabili (per la parte che non è stata oggetto di tempestiva contestazione)».

[8] Sugli obiettivi sottesi alla speditezza del rito elettorale cfr. G.A. PRIMERANO, *Il contenzioso elettorale davanti al giudice amministrativo nella recente evoluzione normativa e giurisprudenziale (a margine di Adunanza Plenaria n. 22 del 2013)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 913 ss., spec. p. 921, il quale osserva come la particolare disciplina dei ricorsi elettorali sia spiegabile «alla luce del perseguimento dell'interesse pubblico primario allo svolgimento delle elezioni nei tempi prestabiliti, nonché alla stabilità ed alla certezza dei risultati elettorali».

[9] Rende bene il legame esistente tra la rapida definizione dei processi e l'effettività della tutela giurisdizionale la celebre affermazione di Montesquieu, secondo la quale «giustizia ritardata è giustizia negata». Per una compiuta analisi del rapporto di connessione esistente tra speditezza processuale ed effettività della tutela giurisdizionale cfr. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivistaaic.it*, n. 4/2014, p. 41, ove si sostiene che un «processo lento [...] non è soltanto incapace di soddisfare nel migliore dei modi l'aspirazione ad ottenere un certo bene della vita, ma è anche un disincentivo agli investimenti ed ostacola l'attrazione di capitali stranieri nel nostro Paese»; R. CHIEPPA, *Il giudice amministrativo e il mercato: verso una nuova dimensione economica del processo amministrativo*?, in G. PELLEGRINO - A. STERPA (a cura di) *Giustizia amministrativa e crisi economica*. *Serve ancora un giudice sul potere?*, Roma, 2014, p. 192, secondo cui «l'effettività della tutela e la certezza del diritto vengono vanificate se la decisione del giudice arriva oltre un ragionevole tempo di attesa». Sulla rilevanza del «fattore tempo» nel giudizio amministrativo, cfr. M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *www.federalismi.it*, n. 18/2014; M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017, *passim*; G. ROMEO, *Il tempo e il giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 429 ss.

ISSN 2036-7821

procedure elettorali, attraverso statuizioni configurabili come vere e proprie «barriere»[10] all'iniziativa giudiziale che accentuano la specialità del rito.

A questo proposito, è particolarmente interessante ai fini della nostra indagine la questione relativa alla proponibilità dei motivi aggiunti.

Il linea di principio, la giurisprudenza ammette anche nel corso del giudizio elettorale la proposizione di motivi aggiunti: dato che il ricorrente raramente possiede sin dall'inizio tutti gli atti delle operazioni elettorali, è necessario che, una volta espletata l'istruttoria, possa eventualmente puntualizzare e specificare i profili di illegittimità dedotti nel ricorso introduttivo, ovvero presentarne di nuovi, nell'osservanza del termine decadenziale di trenta giorni, decorrente dalla data di completa conoscenza delle circostanze o dei documenti considerati rilevanti.

Dunque, è pacifico che nel rito elettorale possano essere formulate ulteriori argomentazioni fattuali e giuridiche rispetto a quelle prospettate nel ricorso introduttivo del giudizio che siano rivolte a sostenere e a rafforzare l'originaria domanda di correzione dei risultati della competizione.

Analogamente, nel giudizio *de quo* si ammette la possibilità di impugnare con motivi aggiunti un atto diverso da quello contestato con l'atto introduttivo: a titolo meramente esemplificativo, si pensi alla proclamazione degli eletti intervenuta successivamente all'impugnazione di un provvedimento di esclusione dalle competizioni elettorali[11], ovvero successivamente al ballottaggio tra i due candidati più votati nella prima tornata.

Viceversa, pur in assenza di un'esplicita preclusione, la giurisprudenza prevalente tende ad escludere la possibilità di proporre motivi aggiunti nell'ambito del giudizio in esame quando, ormai scaduto il termine di decadenza di trenta giorni decorrente dalla proclamazione degli eletti, il ricorrente deduce di aver conosciuto ulteriori e nuovi vizi delle operazioni elettorali per effetto delle verifiche istruttorie disposte dal giudice amministrativo.

A sostegno di tale soluzione interpretativa la giurisprudenza richiama il «principio di certezza dei rapporti pubblici concernenti la costituzione e il funzionamento delle istituzioni rappresentative» e quello, ad esso strettamente collegato, di

[10] In questi termini si esprime F. CINTIOLI, *op. cit.*, pp. 346 e 361. Quest'ultimo A. - coerentemente con quanto si sta tentando di dimostrare - osserva come il giudice amministrativo si prenda carico «accanto all'interesse di colui che faccia valere l'irregolarità delle operazioni, dell'interesse di quanti vogliono poter confidare in esiti stabili e certi della competizione elettorale» (pp. 366-367).

[11] In proposito, la giurisprudenza prevalente ritiene che l'eventuale riconoscimento dell'illegittimità di atti elettorali endoprocedimentali (quali sono quelli di ammissione o di esclusione di una lista o di un candidato) non comporti di per sé automatici effetti caducatori dei successivi atti del procedimento, ma solo la possibilità di annullamento, per illegittimità derivata, di tali atti: detto altrimenti, l'annullamento di un atto elettorale endoprocedimentale ha un efficacia non già caducante, bensì soltanto viziante, rispetto all'atto di proclamazione degli eletti. Discende da ciò che, qualora venga impugnata la ricusazione di una lista elettorale, la mancata impugnazione del successivo atto di proclamazione degli eletti comporta l'improcedibilità del ricorso originario: per tutte, cfr. TAR Cagliari, sez. II, 30 novembre 2006, n. 2573, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 3686.

ISSN 2036-7821

«immutabilità»[12] dei risultati elettorali non tempestivamente impugnati, a cui il legislatore avrebbe inteso dare rilievo prevedendo il rigoroso termine di decadenza di trenta giorni entro il quale l'interessato può contestare le operazioni elettorali.
I due principi testé richiamati, secondo questa corrente di pensiero, risponderebbero all'esigenza «di assicurare la corretta funzionalità degli organi elettivi delle autonomie locali, espressione del modello costituzionale della democrazia rappresentativa, tanto più significativa in relazione ad istituzioni (come quelle comunali) che presentano una stretta correlazione con la realtà territoriale autoamministrata, esprimendone tutti gli interessi (generali ancorché localizzati)»[13].
L'orientamento in parola si basa inoltre sulla esistenza di una minuziosa disciplina della contestazione immediata dei voti, incentrata sulla deduzione a verbale delle pretese irregolarità manifestatesi nel corso delle espressioni degli stessi voti e sulla formazione di appositi plichi in cui conservare le schede contestate, che mira ad assicurare una certa forma di contraddittorio nelle operazioni elettorali e ad agevolare l'individuazione del materiale istruttorio e quindi dei motivi di diritto da dedurre nel caso di impugnativa giurisdizionale.
Attraverso tale strategia argomentativa, il giudice amministrativo giunge a sostenere che «i motivi aggiunti risultano ammissibili solo se riguardano le stesse operazioni originariamente contestate, se le censure successivamente dedotte costituiscono un sostanziale sviluppo logico delle prime e se queste ultime si sono rivelate significativamente serie e fondate»[14].
In altre parole, la giurisprudenza ritiene che nel ricorso elettorale, a fronte di sopravvenienze istruttorie, sia possibile unicamente suffragare - con argomenti più approfonditi, richiami dottrinari e giurisprudenziali - i motivi già prospettati con il ricorso introduttivo, essendo preclusa la possibilità di dedurre ulteriori motivi di ricorso («nuove ragioni») rispetto a quelli proposti *ab origine*.
Tal indirizzo interpretativo trova emblematica espressione in una pronuncia della quinta sezione del Consiglio di Stato, che - con una motivazione che non si contraddistingue certo per linearità e coerenza logica - ha escluso perentoriamente che il «*thema decidendum* del giudizio elettorale [possa] essere esteso oltre le domande e i vizi posti a fondamento delle stesse, dedotti originariamente nel ricorso introduttivo», ritenendo che affinché i motivi aggiunti possano trovare ingresso nel giudizio amministrativo essi debbano «riguardare non solo le stesse Sezioni, ma anche le stesse schede, le stesse operazioni elettorali e le stesse irregolarità già

[12] Una compiuta elaborazione di tali principi è rinvenibile rispettivamente in Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2002, n. 4715, in *Foro amm. CdS*, 2002, p. 2063, e in Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 1998, n. 146, in *Foro amm.*, 1998, p. 406.

[13] Cons. Stato, sez. IV, 16 ottobre 2002, n. 5608, in *Foro amm. CdS*, 2002, p. 2450.

[14] Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2002, n. 6811, in *Foro amm. CdS*, 2002, p. 3205. Per ulteriori approfondimenti cfr. F. SAITTA, *Giudizio in materia di operazioni elettorali ed onere della prova: attenuazione o ...aggravamento?*, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 2825 ss.

ISSN 2036-7821

oggetto di censura, e quindi essere specificazione soltanto di vizi già dedotti nel ricorso originale, e ciò al fine di non eludere la regola della immutabilità dei risultati elettorali non tempestivamente impugnati ed evitare che i motivi aggiunti possano prestarsi ad una impropria funzione di revisione oggettiva e totale delle operazioni elettorali»[15].

Tale pronuncia, pur declamando, in linea puramente astratta e teorica, l'ammissibilità dei motivi aggiunti nel giudizio elettorale anche in una fase successiva alla proclamazione degli eletti, tuttavia, di fatto, ne svuota completamente la portata.

Essa, in effetti, non circoscrive l'ambito di applicazione dei motivi aggiunti, bensì adotta un'interpretazione ad effetto parzialmente abrogativo dell'istituto[16].

Sostenere che i motivi aggiunti devono essere obbligatoriamente uno svolgimento di quelli originari equivale infatti a limitare oltremodo la presentazione dei motivi aggiunti, i quali, per definizione, sono appunto nuovi[17].

Inoltre, rappresenta un *nonsense* prospettare la proponibilità di motivi aggiunti che non comportano un ampliamento del *thema decidendum*.

Invero, com'è noto, l'art. 43 del d.lgs. n. 104/2010 disciplina due tipologie di motivi aggiunti[18]: i motivi aggiunti «propri», attraverso i quali si possono prospettare vizi, diversi e ulteriori rispetto a quelli già dedotti, avverso lo stesso provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo; i motivi aggiunti «impropri», attraverso i quali è invece possibile impugnare un atto emanato in pendenza di giudizio, diverso da

---

[15] Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2003, n. 7320, in *Foro amm. CdS*, 2003, p. 3383. Posizione ribadita più recentemente da Cons Stato, sez. V, 15 febbraio 2016, n. 623, in *Foro amm.*, 2016, p. 332; 16 marzo 2016, n. 1059, in *Foro amm.* 2016, p. 595; 13 aprile 2016, n. 1477, in *Foro amm.*, 2016, p. 810; CGARS, 3 giugno 2020, n. 380, in www.giustiziainsieme.it, 2020, con nota di G.A. PRIMERANO, *Specificità dei motivi e motivi aggiunti in materia elettorale: effettività della tutela versus celerità processuale?*.

[16] In tal senso, v. C.E. GALLO, *L'ambito del giudizio elettorale nella decisione dell'adunanza plenaria n. 10 del 2005*, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 3244 ss.

[17] Su tale aspetto, cfr. A. SAPORITO, *I motivi aggiunti nel ricorso incidentale*, in www.giustamm.it, n. 7/2016, § 2.1.

[18] Tra i lavori dedicati specificamente all'istituto cfr. C. MIGNONE, *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Padova, 1984; ID., *Il ricorso integrativo (ovvero i falsi motivi aggiunti) nel processo dinanzi ai Tribunali Amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 4174 ss.; C.E. GALLO, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, Torino, 1985, spec. p. 30 ss. e p. 59 ss.; P.M. VIPIANA, *Motivi aggiunti e doppio grado nel processo amministrativo in una recente decisione dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, p. 91 ss.; F. FRACCHIA, *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del* petitum, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 683 ss.; F. FIGORILLI, *I motivi aggiunti*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino, 2001, p. 111 ss.; M. RAMAJOLI, *Impugnazione dei provvedimenti sopravvenuti nel corso del giudizio e connessi con quello già impugnato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, p. 567 ss.; P. DIVIZIA, *Considerazioni in tema di motivi aggiunti nel giudizio amministrativo: profili teorici e tecnica giudiziale*, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 1427 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge Tar, come modificato dalla legge n. 205/2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 181 ss.; M. TRIMARCHI, *I motivi aggiunti nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, p. 945 ss.; S. CASTRO, *Il ricorso per motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Milano, 2011; G. TAGLIANETTI, *Considerazioni in tema di motivi aggiunti e contributo unificato nel processo amministrativo. Come dare un senso compiuto al criterio del «considerevole ampliamento dell'oggetto della controversia già pendente»*, in www.federalismi.it, n. 6/2019.

ISSN 2036-7821

quello già contestato con il ricorso introduttivo, purché la nuova domanda sia connessa a quella già proposta.

Entrambe le tipologie di motivi aggiunti incidono sul *thema decidendum*, ampliandolo: la prima sul solo fronte della *causa petendi*; la seconda invece sul fronte della *causa petendi* e su quello del *petitum*[19].

Alla luce di tali considerazioni, il rigore giurisprudenziale, pur dettato dalla necessità di assicurare le condizioni minime di certezza e di stabilità nei delicati rapporti giuridici che si correlano agli esiti delle consultazioni elettorali, risulta essere eccessivamente limitativo del diritto del cittadino ad una tutela piena ed effettiva.

Ciò soprattutto se si considera che le disposizioni del codice debbono essere interpretate in modo da realizzare i «principi generali» del Codice (c.d. interpretazione conforme, o costituzionalmente orientata), tra i quali riveste un ruolo di assoluta preminenza quello di effettività della tutela giurisdizionale.

In una prospettiva *de iure condito*, sarebbe senz'altro auspicabile che il giudice, a fronte di una maggiore apertura verso l'effettiva ammissibilità di motivi aggiunti, valutasse con più intenso rigore la specificità delle censure dedotte con il ricorso introduttivo al fine di evitare che doglianze generiche, o di natura meramente esplorativa, conducano ad un ampliamento eccessivo dell'istruttoria[20].

La persistente inclinazione del giudice amministrativo ad ascrivere un particolare rilievo alla tutela dell'interesse pubblico allo svolgimento delle elezioni nei tempi prestabiliti e alla celere formazione dei risultati è desumibile anche dalle pronunce in tema di ricorso incidentale.

Invero, in assenza di una espressa disposizione di legge che preveda e disciplini il ricorso incidentale in materia di contenzioso elettorale, l'interpretazione giurisprudenziale prevalente ritiene che quest'ultimo debba essere proposto dai controinteressati, alla stessa stregua delle controdeduzioni, entro il termine perentorio di «quindici giorni successivi a quello in cui la notificazione si è perfezionata nei loro confronti», *ex* art. 130, comma 5., c.p.a.

---

[19] Seguendo l'insegnamento della dottrina processualcivilista, la *causa petendi* può essere considerata come «la ragione obiettiva su cui la domanda si fonda (…) il diritto sostanziale affermato in forza del quale viene chiesto il *petitum*»: così, C. MANDRIOLI, A. CARATTA, *Corso di diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2018, p. 99. Riferita al processo amministrativo, si ritiene che essa «sia data dai vizi di legittimità dell'atto censurati dal ricorrente»: così, A. POLICE, *Il cumulo di domande nei «riti speciali» e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 1223, dove si cita S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto del processo amministrativo*, Milano, 1956, p. 341. Quanto al *petitum* esso «è, come dice la parola, ciò che si chiede con la domanda» (così, C. MANDRIOLI, A. CARATTA, *op. cit.*, p. 98), ovvero «ciò che si chiede al giudice per mezzo del ricorso giurisdizionale» (E. MELE, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, p. 343).

[20] Viceversa, in base all'orientamento invalso nella giurisprudenza prevalente si ritiene che l'inammissibilità del ricorso elettorale per genericità dei motivi sussista solo quando il giudice non sia posto in grado di comprendere quali vizi il ricorrente deduca per sostenere l'invalidità del provvedimento impugnato; così che, fuori da questi stretti limiti, si ritiene che sia dovere del giudice stesso interpretare il gravame ed esaminare le censure ancorché non organicamente articolate, ricavandole dal contesto del ricorso e della richiesta avanzata: in tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2011, n. 5345, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

È da ritenersi che nel richiamato termine di quindici giorni il ricorso incidentale debba essere prima notificato e poi depositato.
In tal senso sembra peraltro disporre il successivo comma 10, in base al quale «tutti i termini processuali diversi da quelli indicati nel presente articolo e nell'articolo 131 sono dimezzati rispetto ai termini del processo ordinario», con la conseguenza che il ricorso incidentale deve essere depositato, previa notifica dello stesso, entro il predetto termine di quindici giorni.
La determinazione in quindici giorni del termine della proposizione del ricorso incidentale è stata ritenuta giustificata dall'esigenza di «definire rapidamente l'ambito delle censure proposte avverso le operazioni elettorali»[21], nonché dall'argomentazione, di carattere sistematico, che il controinteressato «gode di termini ragionevolmente più lunghi, rispetto al ricorrente principale, per la verificazione, dopo la proclamazione degli eletti, della correttezza dei risultati elettorali, sommandosi al termine per la notificazione del ricorso fruito dal ricorrente principale quello per la proposizione del ricorso incidentale»[22].
Coerentemente con tale impostazione, la stessa giurisprudenza ha ritenuto che l'abbreviazione del termine per la presentazione del ricorso incidentale (e quindi l'estensione a questa forma di impugnazione del termine per le controdeduzioni) non presentasse profili di illegittimità costituzionale[23].
L'idea di fondo di quest'ultimo indirizzo interpretativo è che l'interesse pubblico allo svolgimento delle elezioni nei tempi prestabiliti, alla rapida formazione di certezza e stabilità dei risultati elettorali, riveste un'importanza tale da poter senz'altro incidere in senso limitativo sul diritto di difesa e sull'effettività della tutela giurisdizionale[24].

2.2. L'interesse pubblico al ripristino della legalità violata e alla regolarità delle operazioni elettorali.

[21] Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 1999, n. 908, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 1151.

[22] Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 1999, n. 519, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 857. È pur vero che l'opportunità di proporre ricorso incidentale viene valutata dal controinteressato solamente alla luce dei motivi di ricorso principale e non prima, anche perché è verosimile che, a risultati favorevoli acquisiti, il controinteressato non abbia interesse a controllare l'esattezza delle operazioni elettorali ancor prima che la stessa venga messa in discussione dal ricorrente: così, persuasivamente, N. SAITTA, *op. cit.*, p. 72.

[23] Cons. Stato, n. 908/1999, cit., che ha dichiarato la manifesta infondatezza delle relative questioni di costituzionalità sollevate dall'appellante.

[24] Su tale aspetto cfr. C. MIGNONE, *Giustizia elettorale amministrativa*, Milano, 1979, *passim* e spec. pp. 14, 25 e 225-235, secondo il quale tutto il procedimento elettorale e tutta la giustizia elettorale ruoterebbero intorno all'obiettivo fondamentale di garantire l'interesse pubblico alla regolare composizione degli organi elettivi, con conseguente drastica *deminutio* della natura, del peso e degli strumenti di tutela delle posizioni soggettive e degli interessi ascrivibili tanto all'elettorato attivo quanto all'elettorato passivo.

ISSN 2036-7821

Emerge da quanto sopra che l'interesse pubblico alla stabilità e alla certezza dei risultati elettorali è considerato un valore centrale sia dalla normativa che disciplina il rito elettorale sia dalla giurisprudenza chiamata a interpretare tale normativa[25].
La condizione di maggiore stabilità degli atti delle procedure elettorali e dell'esito della consultazione - assicurata principalmente tramite la previsione di termini decadenziali ridotti per la proposizione del ricorso introduttivo e di quello incidentale, nonché tramite le particolari limitazioni che la giurisprudenza oppone al ricorso per motivi aggiunti - è in una certa misura compensata dalla sussistenza di una più ampia legittimazione ad agire avverso tali atti e da misure tese ad agevolare l'accesso alla giustizia, a loro volta strumentali rispetto all'interesse pubblico al ripristino della legalità violata.
Tale interesse assume nel giudizio elettorale una particolare rilevanza in quanto coincide con l'interesse a garantire il regolare processo di formazione della volontà del corpo elettorale.
E questo non è soltanto un interesse della collettività, bensì anche un interesse dell'ordinamento, perché costituisce la sostanza assiologica dello stesso principio democratico e dell'appartenenza della sovranità al popolo[26].
Invero, come evidenziato in dottrina, i concetti di elezione e democrazia sono profondamente connessi: l'elezione si configura come uno strumento avente sostanzialmente una finalità teleologica, atta, cioè, a ribadire con forza il carattere democratico di un regime politico; mentre la democrazia è il fine, l'elezione è il mezzo per attribuirle vitalità, contribuendo a veicolare la volontà elettorale e dare piena linfa al principio della sovranità popolare affermatosi nel corso del tempo e a istituzionalizzare il potere[27].
In considerazione della centralità attribuita all'interesse pubblico al regolare svolgimento delle operazioni elettorali, è previsto che il ricorso amministrativo in primo grado possa essere proposto da qualunque «elettore dell'ente della cui elezione si tratta», oltre che (naturalmente) dal candidato (art. 130, comma 1, lettere a e b) [28].

[25] In quest'ottica appare condivisibile quanto sostenuto da L. DONATO, *op. cit.*, p. 112, secondo il quale i tratti di accentuata specialità del giudizio elettorale «sembrano confermare lo spostamento dell'asse della funzione giurisdizionale dalla giustizia alla certezza».

[26] Sulla distinzione tra interessi collettivi e interessi ordinamentali cfr. L. DONATO, *op. cit.*, p. 109 ss. Questi ultimi rappresentano, nella concezione dell' A., interessi generali particolarmente qualificati in quanto afferenti alla tutela di principi fondamentali e di valori apicali dell'ordinamento, individuati in primo luogo dalla Costituzione.

[27] P. MARTELLI, *Elezioni e democrazia rappresentativa: un'introduzione teorica*, Roma-Bari, 1999, p. 3 ss.

[28] Le azioni a legittimazione allargata sono state inquadrate dalla dottrina tradizionale nell'ambito di un modello oggettivo di tutela e considerate uno strumento per il ripristino della legalità violata piuttosto che come rimedio per la tutela di posizioni giuridiche soggettive: cfr. V. CRISAFULLI, *Azione popolare*, in *Nov. dig. it.*, II, Torino, 1937, p. 138 ss. Sul tema in generale dell'azione popolare, ma con attenzione anche all'azione elettorale, sempre citata come esempio paradigmatico di azione popolare, cfr. L. PALADIN, *Azione popolare*, in *Nov. dig. it.*,

ISSN 2036-7821

La previsione di un'azione a legittimazione allargata sembra configurare una forma di tutela oggettiva volta al ripristino della legalità violata nell'interesse generale piuttosto che nell'interesse del singolo ricorrente[29].

Tale soluzione interpretativa è avvalorata dalla tendenza normativa e giurisprudenziale ad attribuire centralità agli interessi pubblici sottesi al giudizio in parola, ammettendo rilevanti temperamenti del diritto di difesa e del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale[30]: se partissimo dal presupposto che in subiecta materia l'azione è basata sulla titolarità di un diritto soggettivo pubblico, dovremmo trarre le dovute conseguenze e censurare i limiti all'introduzione del giudizio elettorale imposti dalla legge e dal giudice amministrativo, al fine di ottenerne l'eliminazione o quantomeno il ridimensionamento[31].

Ma ciò rischierebbe di compromettere quegli obiettivi di certezza e di stabilità che il giudizio in parola mira a realizzare (v., *supra*, il paragrafo immediatamente precedente).

Parte della dottrina[32] ha inquadrato questa forma di azione tra le azioni popolari di tipo correttivo (vale a dire tra quelle azioni finalizzate a rimediare a illegittimità poste in essere dalla stessa amministrazione), in considerazione della sua funzionalità e strumentalità al valore obiettivo della «genuinità»[33] della competizione elettorale.

II, Torino, 1958, p. 58 ss.; A. LUGO, *Azione popolare*, in *Enc. dir*., IV, Milano, 1959, p. 861 ss.; D. BORGHESI, *Diritto soggettivo e azione popolare nella legge 23 dicembre 1966, n. 1147*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1972, p. 552 ss., a cui si rinvia anche per la distinzione tra azioni popolari correttive e azioni popolari suppletive; ID., *Azione popolare*, in *Enc. giur*., IV, Roma, 1988, p. 7 ss.; C. MIGNONE, *Azione popolare*, in *Dig. disc. pubbl*., II, 1987, p. 145 ss.; A. SACCOCCIO, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e* 'class actions', in L. GAROFALO (a cura di), "Actio in rem" *e* "Actio in personam" *in ricordo di Mario Talamanca*, Padova, 2011, p. 713 ss.

[29] Sulle diverse concezioni e ricostruzioni che hanno caratterizzato e tutt'ora caratterizzano il dibattito sull'istituto dell'azione popolare in materia elettorale come legittimazione diffusa da ritenersi collegata o meno all'esistenza di una specifica situazione soggettiva derivante dalla sovranità popolare attribuita a ciascun cittadino si rinvia a E. LEHNER, *Le garanzie dei diritti elettorali*, Roma, 2012, *passim* e spec. pp. 290-293 (le coordinate fondamentali della ricostruzione sono reperibili anche in ID., *Azione popolare e giustizia elettorale*, in E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale,* cit., p. 95 ss.). Per una serrata critica alla ricostruzione in termini di diritto soggettivo dell'azione popolare elettorale v. L. DONATO, *op. cit*., pp. 16-20. Quest'ultimo A. osserva che il cittadino elettore, in linea di principio, non ricava dalla proposizione del giudizio «alcun vantaggio concretamente apprezzabile, se non sul piano dell'appagamento personale o morale»; viceversa, ciò che lo induce ad attivarsi è la «cura dell'interesse al corretto svolgimento della competizione elettorale».

[30] Ci si riferisce, in particolare, alla previsione normativa di termini decadenziali ridotti, talvolta ridottissimi (come si verifica nello speciale giudizio avverso le operazioni elettorali preparatorie, su cui ci soffermeremo più avanti), per la proposizione del ricorso introduttivo, nonché alle significative limitazioni poste dalla giurisprudenza alla proposizione dei motivi aggiunti e del ricorso incidentale (su cui v., *retro*, il paragrafo precedente) preordinate a garantire l'interesse pubblico alla certezza e alla stabilità del risultato elettorale.

[31] Una simile linea di ragionamento è seguita da F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 372.

[32] Cfr. N. SAITTA, *op. cit.*, p. 19; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2021, pp. 201 e 384.

[33] Sulla «genuinità della competizione elettorale» come «valore costituzionale» o «bene costituzionalmente protetto», cfr., soprattutto, le sentenze della Corte costituzionale nn. 344 del 1993 (par. 5 del Considerato in diritto), in *Quad. reg*., 1993, p. 1520, 84 del 1997 (par. 6 del Considerato in diritto), in *Giur. cost*., 1997, p. 837, con

ISSN 2036-7821

Una delle peculiarità della disciplina del contenzioso elettorale risiede, dunque, nell'ampio e generalizzato accesso alla giustizia che essa riconosce: il ricorso viene consentito non solo a quegli elettori che ritengono violato un proprio diritto, ma anche a coloro che intendono agire nell'interesse pubblico alla regolare formazione della volontà elettorale.

In ragione di tale previsione si ritiene da parte di taluni - secondo quanto qui si è mostrato di preferire - che nella specie la giurisdizione sia caratterizzata da tratti di diritto oggettivo[34]: questa ricostruzione si associa a visioni complessive della giustizia elettorale tendenti a far prevalere la tutela dell'interesse pubblico sugli altri interessi coinvolti nei procedimenti elettorali[35].

Coerentemente con l'impostazione prospettata, il giudice amministrativo è giunto a sostenere che l'appello possa essere promosso anche da colui che non sia stato parte nel processo di primo grado: la ragione per la quale è consentito all'attore popolare la facoltà di proporre l'impugnazione ancorché non sia stato parte nella precedente fase di giudizio, risiede evidentemente nell'interesse pubblico alla correzione del risultato elettorale di cui egli è portatore per la generalità dei consociati e che giustifica la «fungibilità processuale» [36] dei soggetti nei diversi gradi di giudizio.

---

nota di M. RUOTOLO, *Un caso di «irragionevole» ragionevolezza*, e 84 del 2006 (par. 5 del Considerato in diritto), in *Dir. e giust.*, 2006, p. 81.

[34] Cfr. F. CINTIOLI, *op.cit.*, p. 348, secondo il quale «l'azione elettorale non presuppone necessariamente che si faccia valere una situazione soggettiva del singolo, bensì tutela l'interesse collettivo alla regolarità di tali operazioni». In tema di legittimazione attiva nel giudizio elettorale, cfr. altresì la diversa prospettazione di F. GOISIS, *Pretesa sostanziale del cittadino elettore nel contenzioso elettorale avanti al giudice amministrativo e profili di incostituzionalità dell'art. 129 c.p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 147 ss., e di E. LEHNER *Azione popolare e giustizia elettorale*, cit., i quali ricostruiscono l'azione popolare come mezzo di tutela dei diritti garantiti dagli artt. 24 e 48 Cost. e non come strumento atto a far valere l'interesse generale alla regolare composizione delle assemblee elettive.

[35] Sulla *ratio* pubblicistica sottesa alla previsione di una legittimazione a ricorrere diffusa cfr. CGAS, 1° marzo 1993, n. 83, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 429: «l'interesse pubblico che sta a fondamento della proponibilità dell'azione popolare in materia elettorale non è costituito dal semplice ripristino della legalità in ipotesi violata dagli atti che vengono impugnati, ma è quello di garantire la genuinità del risultato elettorale, legittimando soggetti non direttamente interessati alla competizione elettorale a far valere in giudizio vizi che possano aver alterato il risultato elettorale, che è genuino se e quando realizza la corrispondenza tra le scelte del corpo elettorale e la composizione dell'organo elettivo»; Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2001, 73, in *Mass. Giur. it.*, 2001: «in tema di contenzioso elettorale il processo può essere promosso da qualsiasi cittadino elettore del Comune e da chiunque vi abbia interesse, il che configura una legittimazione diffusa e fungibile, accordata dall'ordinamento in funzione di un interesse pubblico alla regolare composizione ed al retto funzionamento degli organi collegiali degli enti pubblici territoriali e che trova la sua ragion d'essere nell'opportunità di utilizzare l'iniziativa di qualsiasi cittadino elettore, diretta ad eliminare eventuali illegittimità verificatesi in materia di elettorato amministrativo»; Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 2001, n. 1342, in *Foro amm.*, 2001, p. 494: «l'azione popolare correttiva, nella quale rientra l'impugnazione delle operazioni elettorali, è preordinata, in definitiva, alla tutela del valore primario dell'ordinamento democratico consistente nella stretta coerenza tra manifestazione della volontà popolare e affidamento di funzioni di rappresentanza e governo della comunità»; Ad. Plen. n. 10/2005, cit.: «i ricorsi elettorali proposti dal cittadino elettore risultano rivolti al mero soddisfacimento di un interesse pubblico».

[36] Così Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2013, n. 1968, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui in materia di contenzioso elettorale l'attore popolare ha facoltà di proporre gravame anche quando non sia stato

ISSN 2036-7821

In linea con le rilevanti finalità di interesse pubblico sottese al giudizio elettorale, l'art. 127 c.p.a. prevede l'esenzione dal contributo unificato: la *ratio* di questa disposizione normativa va individuata nell'esigenza di evitare che, in questo delicato settore, simili oneri possano in qualche misura disincentivare la tutela giurisdizionale ostacolando il ripristino della legalità violata.
Sempre nell'ottica di semplificazione e agevolazione dell'accesso alla giustizia deve essere letta la deroga al generale obbligo della difesa tecnica sia per il ricorrente sia per l'amministrazione (art. 23 c.p.a.).
Con riferimento a quest'ultimo aspetto, tuttavia, nel passare dal piano di analisi teorico a quello pratico, deve registrarsi come i casi nei quali il cittadino decida di stare in giudizio senza il patrocinio di un difensore rappresentano una assoluta eccezione.
A ben vedere, se il legislatore avesse davvero voluto indurre il cittadino a stare in giudizio personalmente sarebbe dovuto, piuttosto, intervenire sulla normativa processuale, implementandone il livello di informalità.
Ciò non è avvenuto e, sebbene non particolarmente complesso, il rispetto delle regole processuali resta comunque ostico per il *quisque de populo* che preferirà rivolgersi ad un avvocato, non essendo verosimilmente in grado di confezionare efficacemente e correttamente il ricorso (ad esempio, notificandolo al controinteressato; computando esattamente i termini; individuando opportunamente i vizi da eccepire; proponendo un ricorso incidentale)[37].

3. Il giudizio speciale avverso le operazioni elettorali preparatorie.

3.1. Profili di criticità connessi alla delimitazione dell'ambito oggettivo …
Un approfondimento a parte merita il rito previsto dall'art. 129 c.p.a., nel quale assume rilievo centrale l'interesse ad assicurare il rapido formarsi di una certezza definitiva in relazione alle questioni concernenti la validità delle ammissioni e delle esclusioni di liste e candidati in funzione della tempestiva chiusura della procedura elettorale.
Tale rito disciplina i giudizi aventi a oggetto «i provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali e per il rinnovo dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia».

parte nella precedente fase di giudizio, proprio perché colui che sperimenta l'azione popolare agisce *uti civis* e non *uti singulus*, ossia nell'interesse generale del buon andamento della pubblica amministrazione.

[37] Lo stesso discorso vale per gli altri giudizi elencati dall'art. 23 c.p.a.: con specifico riferimento al giudizio in materia di accesso v. M. CALABRO', *Diritti di accesso e profili rimediali. Spunti di riflessione per l'introduzione di una ipotesi di giurisdizione condizionata*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, cit., p. 131 ss., spec. p. 139.

ISSN 2036-7821

Dalla stessa formulazione letterale della normativa qui in argomento emerge già una sua prima criticità: l'art. 129 c.p.a. appare di scarsa chiarezza in quanto, pur senza imporre esplicitamente limiti all'ambito oggettivo del contenzioso amministrativo pre-elettorale (come nella previgente versione[38]), ne circoscrive l'oggetto ai soli provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale.

Non è invece contemplata la generale possibilità di impugnare immediatamente gli atti preparatori immediatamente lesivi, tra i quali sono annoverabili quelli di ammissione delle liste e dei candidati concorrenti.

Anzi, il comma 2 dell'articolo in parola precisa che «gli atti diversi da quelli di cui al comma 1 sono impugnati alla conclusione del procedimento unitamente all'atto di proclamazione degli eletti».

Tuttavia, occorre ricordare che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 236 del 7 luglio 2010, ribaltando il diverso orientamento espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 10 del 2005, ha dichiarato l'incostituzionalità del previgente art. 83-*undecies* del d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570 (articolo confermato nell'originaria versione dell'art. 129 c.p.a), proprio nella parte in cui escludeva un'autonoma e immediata impugnativa degli atti del procedimento elettorale preparatorio ancorché immediatamente lesivi[39].

Secondo la Consulta, «una simile compressione della tutela giurisdizionale non può trovare giustificazione nelle peculiari esigenze di interesse pubblico che caratterizzano il procedimento in materia elettorale».

In seguito a tale pronuncia, è invalsa in giurisprudenza un'interpretazione «adeguatrice»[40] della norma, che ha esteso l'ambito oggettivo del contenzioso pre-elettorale anche ai provvedimenti di ammissione di liste e candidati[41].

---

[38] L'art. 129 c.p.a., nel suo testo originario, aveva sostanzialmente recepito l'art. 83-*undecies* del d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, restringendo espressamente l'oggetto del giudizio pre-elettorale ai soli provvedimenti concernenti l'esclusione di liste o di candidati. Il d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160 ha esteso l'ambito oggettivo della disposizione a tutti i «provvedimenti immediatamente lesivi del diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio», pur lasciando invariata la rubrica (verosimilmente per un difetto di coordinamento con la normativa novellata), che tuttora riferisce l'art. 129 ai giudizi proposti «avverso gli atti di esclusione dal procedimento preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali».

[39] La sentenza è consultabile in *Giur. cost*., 2010, p. 2905 ss., con note di E. LEHNER, *Finalmente sancita l'immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni locali e regionali* e R. CHIEPPA, *Riflessi della sent. n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico).*

[40] Sulla tematica dell'interpretazione adeguatrice si rinvia a M.R. MORELLI, *Il ruolo del giudice tra interpretazione e corretto accesso al giudizio incidentale di costituzionalità*, in *Corr. Giur*., 1994, p. 1397 ss., nonché a G. AMOROSO, *L'interpretazione «adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato*, in *Foro. it*, V, 1998, p. 89 ss.

[41] Per un'interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata dell'ambito oggettivo dell'art. 129 c.p.a., cfr. TAR Piemonte, Torino, sez. II, 10 ottobre 2013, n. 1073, in *Guida al diritto*, 2013, p. 80, secondo cui i provvedimenti di ammissione di candidati e liste «devono ritenersi atti immediatamente lesivi del diritto del candidato del pari ammesso a partecipare al procedimento elettorale in un quadro di potenziali concorrenti definito ed immune da

ISSN 2036-7821

Si tratta di una soluzione conforme alla Costituzione, che appare peraltro funzionale all'obiettivo di evitare che gli elettori determinino ed esprimano le proprie scelte su offerte elettorali illegittime, inquinate da irregolarità e quindi incerte nella loro stabilità.

In virtù dell'ambigua formulazione letterale dell'attuale disciplina normativa, una parte rilevante della giurisprudenza continua però a ritenere che, al di fuori dei provvedimenti di esclusione dalla procedura elettorale, ogni atto relativo al procedimento elettorale, tra cui quello di ammissione dei candidati, sia impugnabile soltanto alla conclusione del procedimento stesso unitamente all'atto di proclamazione degli eletti[42].

---

possibili contestazioni all'esito del procedimento elettorale costituito dalla proclamazione degli eletti»; sez. I, 25 febbraio 2015, n. 352 che, nell'argomentare la tesi dell'immediata impugnabilità dell'ammissione di liste concorrenti, sottolinea l'effetto «perturbatore» derivante da tale ammissione; Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2011, n. 2551, in www.giustizia-amministrativa.it, che propugna l'immediata impugnabilità del provvedimento di ammissione di una lista alla competizione elettorale in ragione dell'«astratto pericolo di confusione nell'elettorato» determinato dall'uso da parte della predetta lista di un contrassegno asseritamente confondibile con quello utilizzato dalla lista ricorrente. In dottrina, nello stesso senso G. PELLEGRINO, *sub Art. 129*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il Processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010,* Milano, 2011, p. 1056, il quale fa opportunamente notare come nella materia elettorale - a differenza di quanto accade nelle procedure di evidenza pubblica - «la stessa illegittima presenza di una lista o un candidato risulta di per sé immediatamente lesiva per gli altri concorrenti, attesa l'idoneità di ciascun candidato a occupare spazi di campagna elettorale e ad incidere sulla formazione della volontà dell'elettore»; P. QUINTO, *Il giudizio elettorale*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo (Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010)*, Napoli, 2011, p. 289, il quale osserva come la partecipazione alla competizione elettorale con candidature o liste formate e presentate in modo del tutto irregolare possa comunque avere «una influenza decisiva sul risultato elettorale, determinandolo nel suo esito finale»; S. MEZZACAPO, *Consultazioni europee: impugnativa ad ampio raggio*, in *Guida al diritto (Focus on line*), *Processo amministrativo: le innovazioni al Codice*, 2012, p. 32, il quale sostiene che «l'atto endoprocedimentale effettivamente non impugnabile è solo quello non idoneo a incidere sull'interesse del ricorrente, la cui concreta lesione scaturisce solo dal provvedimento conclusivo» e che, pertanto, «immaginare che l'esclusione di una lista (ma del pari la asseritamente illegittima ammissione di altra lista concorrente) non sia idonea a incidere sulla sfera giuridica della stessa appare non aderente al dato reale».

[42] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 novembre 2015, n. 5069, in *Foro Amm*., 2015, p. 2781, secondo cui «l'elemento di lesività sul quale la nuova formulazione del comma 1 dell'art. 129 è incentrata deve pur sempre investire il "diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale"». «E questa condizione di lesività», proseguono i Giudici della quinta sezione, «si profila unicamente in presenza di un'esclusione della lista interessata, laddove l'ammissione altrui non incide, per converso, sul "diritto a partecipare al procedimento", situazione di natura strumentale che rimane impregiudicata e intatta, ma può solo dispiegare un'eventuale influenza sfavorevole sul futuro esito dell'elezione, riverberandosi quindi su un interesse di natura sostanziale che solo, però, alla luce del concreto risultato elettorale registrato potrebbe dirsi leso». In termini, cfr. sez. III, 24 maggio 2016, n. 2210, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui l'art. 129, comma 1, c.p.a. «deve ritenersi di stretta interpretazione per la peculiare deroga alle regole ordinarie del processo (secondo le quali può essere impugnato il provvedimento conclusivo del procedimento) e non può applicarsi, pertanto, estensivamente all'impugnazione di atti di ammissione di liste e candidature, atti che non possono considerarsi "immediatamente lesivi" dell'elettorato passivo». Una conferma di ordine sistematico a tale interpretazione, proseguono i giudici della terza sezione, «si trae anche dalla rubrica dell'articolo 129 c.p.a., rimasta inalterata anche dopo la sostituzione del comma 1, disposta dall'art. 1, lett. s), d.lgs. 14 settembre 2012 n. 160 e, significativamente, anche dalla circostanza che il Capo II del Titolo VI, in cui è inserito l'art. 129, si intitola "Tutela anticipata avverso gli atti di esclusione dai procedimenti elettorali preparatori per le elezioni comunali, provinciali e regionali"».

ISSN 2036-7821

Tale ultimo orientamento si associa all'idea di una complessiva prevalenza dell'interesse allo svolgimento delle elezioni nei tempi prestabiliti, prevalenza che la stessa giurisprudenza considera atta a giustificare l'affievolimento del diritto a una tutela giurisdizionale piena e tempestiva.
Stante il contrasto giurisprudenziale appena delineato, appare necessario un intervento legislativo, innanzitutto per ovvie ragioni di certezza del diritto: uno dei criteri di certezza del diritto è sicuramente l'esistenza di una legislazione dotata di formulazione chiara e univoca.
In un'ottica *de iure condendo*, sarebbe forse opportuno che il legislatore prevedesse espressamente la possibilità di impugnare immediatamente tutti i provvedimenti relativi al procedimento elettorale preparatorio allorché essi si rivelino lesivi[43].
Una siffatta soluzione consentirebbe, in primo luogo, di risolvere *in limine* e prima del voto le questioni relative al procedimento preparatorio, con conseguente e tendenziale incremento della stabilità dei rapporti giuridici correlati agli esiti delle consultazioni elettorali.
Al contempo, sarebbe una scelta coerente con un'ulteriore finalità di interesse pubblico che il giudizio in parola mira a perseguire, ossia quella di evitare il più possibile che i vizi della fase preparatoria si riverberino sull'esito del voto, in tal modo compromettendo la correttezza e la genuinità dei risultati elettorali.
Da ultimo, non per importanza, la soluzione prospettata offrirebbe maggiori garanzie per il raggiungimento di quegli obiettivi di pienezza, tempestività ed effettività della tutela giurisdizionale cui la stessa Consulta, con la citata sentenza n. 236 del 7 luglio 2010, ha fatto riferimento.

3.2. … e della legittimazione attiva.

Profili di incongruenza e incertezza emergono anche sul piano della legittimazione ad agire e, segnatamente, in merito alla non esperibilità dell'azione popolare: se è vero che l'attuale formulazione dell'art. 129 c.p.a. non menziona nominativamente i legittimati attivi, tuttavia è anche vero che il confine della legittimazione è ricavabile dalla menzione dell'unica situazione soggettiva in grado di costituire la *causa petendi* dell'impugnazione, ovverosia il «diritto del ricorrente a partecipare al procedimento elettorale preparatorio».
Stante la natura eccezionale dell'azione popolare, sembra che la legittimazione attiva spetti esclusivamente a coloro che lamentino la lesione del proprio diritto a

[43] Si pensi, a titolo di esempio, al provvedimento con il quale si ammettono illegittimamente liste e candidati che possono ingenerare confusione tra nomi o simboli; al provvedimento che concluda in modo illegittimo il sub-procedimento di assegnazione degli spazi sulla scheda elettorale; al provvedimento che rinvii senza motivo le operazioni di voto: non è revocabile in dubbio che si tratta di atti caratterizzati da un'immediata attitudine lesiva che rende percepibile l'attualità dell'interesse ad agire contro di essi.

ISSN 2036-7821

partecipare al procedimento elettorale e, dunque, solo ai singoli candidati e ai delegati di lista in rappresentanza della lista nel suo insieme[44].
Sarebbe risultato forse più appropriato riconoscere la legittimazione a ricorrere a tutti i candidati o cittadini elettori, data l'immanenza nel giudizio elettorale dell'interesse al ripristino della legalità violata e alla regolarità delle operazioni di voto[45].
L'interesse pubblico ad assicurare un controllo generalizzato sulla regolarità delle operazioni elettorali sussiste in egual misura nella fase pre-elettorale e in quella post-elettorale.
Anzi, l'esigenza di un siffatto controllo appare più pregnante nella fase pre-elettorale rispetto a quella post-elettorale, poiché la regolarità della prima è un presupposto imprescindibile della regolarità della seconda.
La generalizzazione della legittimazione attiva appare opportuna anche nella prospettiva dell'effettività della tutela giurisdizionale: alla stessa stregua di come gli atti del procedimento elettorale possono essere pregiudizievoli per l'elettore che lamenti la lesione di interessi connessi con il proprio diritto di elettorato attivo, così, possono esserlo anche gli atti del procedimento preparatorio.
In buona sostanza, appare doveroso tutelare in maniera uniforme l'interesse ad essere amministrati da persone elette in base ad operazioni elettorali corrette e quello ad essere amministrati da persone eleggibili.

3.3. La netta prevalenza del «*fattore tempo*» sulle esigenze *di effettività della tutela e di «giusto processo».*

Tanto premesso in merito alle problematiche connesse alla delimitazione dell'ambito oggettivo e soggettivo del rito pre-elettorale, occorre adesso soffermarsi sui suoi

[44] Una timida apertura all'esperibilità dell'azione popolare sembra essere stata prospettata in qualche isolata pronuncia dal giudice amministrativo, allorquando si è sostenuto che la previsione di cui all'art. 130, comma 1, c.p.a. «appare ricognitiva di un principio generale che postula e presuppone la legittimazione dei singoli elettori anche in relazione agli atti precedenti - e tuttavia strumentalmente necessari - allo svolgimento del procedimento elettorale fino alla sua conclusione»: così TAR Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 12 novembre 2012, n. 9280, in www.giustizia-amministrativa.it, da cui è tratto il virgolettato; la sentenza è stata confermata da Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, in *Foro it*., 2013, 2, III, p. 70, secondo cui «si deve ritenere che l'elettore, legittimato, *ex* art. 130 del codice del processo amministrativo, a dedurre l'illegittimità degli atti del procedimento elettorale, sia a fortiori facultizzato - secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata sensibile ai principi di pienezza, effettività e tempestività della tutela giurisdizionale - a contrastare le condotte che illegittimamente impediscono o ritardano lo stesso avvio del procedimento elettorale».

[45] Per una serrata e argomentata critica all'attuale formulazione dell'art. 129 c.p.a., cfr. F. GOISIS, *Pretesa sostanziale del cittadino elettore nel contenzioso elettorale avanti al giudice amministrativo e profili di incostituzionalità dell'art. 129 c.p.a.*, cit., ove si propone un'interpretazione correttiva dell'ambigua formulazione dell'art. 129 c.p.a., nel senso della massima estensione della portata soggettiva ed oggettiva della tutela giurisdizionale amministrativa in relazione alla fase elettorale preparatoria. Anche M. CECCHETTI, *op. cit*., spec. p. 38 ss., evidenzia le numerose criticità del sistema di tutela pre-elettorale offerto dal nostro ordinamento e l'inadeguatezza dello stesso rispetto ai principi costituzionali che rilevano in materia.

ISSN 2036-7821

caratteri essenziali e, in particolare, sulle disposizioni marcatamente acceleratorie presenti in tale rito.

Nelle intenzioni del legislatore il giudizio pre-elettorale, consentendo di risolvere *in limine* ed entro tempi assai rapidi le questioni concernenti gli atti preliminari alle elezioni, mira a ridurre la probabilità che le decisioni adottate successivamente alla fase di controllo dei requisiti di ammissione possano essere annullate per illegittimità derivata, in tal modo consolidando il provvedimento di proclamazione degli eletti[46].

In buona sostanza, si è inteso ridurre gli spazi entro i quali quest'ultimo provvedimento possa essere contestato dagli interessati, assicurando a esso una maggiore stabilità in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni.

Ciò nell'ottica di scongiurare il rischio di rinnovazione delle elezioni, anche in considerazione dei costi che ne deriverebbero per la finanza pubblica.

A tal fine, il giudizio si caratterizza per i ritmi serratissimi e per una «velocità inusuale»[47], che lo rendono speciale sia rispetto al paradigma del processo ordinario di cognizione sia rispetto allo stesso rito che governa il contenzioso elettorale amministrativo «ordinario» (quello cioè attivato in occasione dell'impugnativa dell'atto di proclamazione degli eletti, su cui ci si è soffermati nei precedenti paragrafi).

È un rito che prevede un termine di tre giorni per la notifica (il ricorso deve essere notificato all'ufficio che ha emanato l'atto impugnato, alla Prefettura e, ove possibile, agli eventuali controinteressati[48]) e il deposito del ricorso, nonché un ulteriore termine di tre giorni (decorrente dal deposito del ricorso) per la celebrazione dell'udienza di discussione anche in presenza di ricorso incidentale (alla notifica del quale si provvede con le forme previste per il ricorso principale), «senza possibilità di rinvio»[49].

Il divieto di rinvio dell'udienza di trattazione del ricorso rappresenta un ulteriore e chiaro indizio del fatto che le regole processuali nel contenzioso elettorale

---

[46] Sul rapporto intercorrente tra l'impugnazione dell'atto elettorale preparatorio e dell'atto di proclamazione degli eletti v., *retro*, nt. 11.

[47] M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e «precontenziosa» nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it, n. 10/2016, p. 22.

[48] Con riferimento alla previsione contenuta nella lett. a) del comma 3 dell'art. 129 c.p.a. (in base alla quale il ricorso deve essere notificato all'ufficio che ha emanato l'atto e alla Prefettura) cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2011, n. 2559, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui si tratta di una disposizione «coerente con la *ratio* acceleratoria cui è ispirato il giudizio elettorale», dettata in particolare dalla ristrettezza dei termini imposti dal legislatore e «dagli specifici compiti cui deve adempiere, proprio secondo il citato articolo 129 c.p.a., l'ufficio che ha emanato l'atto impugnato».

[49] Quest'ultima previsione è stata giustificata fondamentalmente mediante la circostanza che «il sistema elettorale non può tollerare segmentazioni e interruzioni se non a pena di frustrare il raggiungimento dello scopo voluto dal legislatore, ossia di consentire lo svolgimento della consultazione alla data stabilita con il decreto di convocazione dei comizi» (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/2005, cit.).

ISSN 2036-7821

disciplinato dall'art. 129 c.p.a. siano funzionalmente orientate al conseguimento dell'interesse pubblico, prima ancora che alla tutela della posizione del ricorrente[50].
Nella stessa prospettiva si ritiene che nel giudizio in esame non sia ammissibile la proposizione di motivi aggiunti[51].
Il giudizio è quindi deciso con sentenza in forma semplificata e la relativa motivazione può anche richiamare *per relationem* le argomentazioni contenute negli scritti difensivi delle parti (oltre che, ovviamente, in precedenti giurisprudenziali) che il giudice abbia ritenuto di accogliere e fare proprie.
Ugualmente accelerato è il giudizio di appello: il ricorso di appello nel termine di due giorni dalla pubblicazione della sentenza deve essere notificato (direttamente dal ricorrente o dal suo difensore, esclusivamente mediante consegna diretta, posta elettronica certificata o fax, all'ufficio che ha emanato l'atto impugnato, alla Prefettura e, ove possibile, agli eventuali controinteressati) e depositato presso il TAR che ha emesso la sentenza di primo grado, nonché presso la segreteria del Consiglio di Stato, che provvede a pubblicarlo nel sito internet della giustizia amministrativa e ad affiggerlo in appositi spazi accessibili al pubblico.
La *ratio* della previsione di termini di decadenza così brevi è quella di garantire l'interesse pubblico primario allo svolgimento delle elezioni nei tempi prestabiliti, evitando l'accertamento successivo alle operazioni di voto di eventuali illegittimità o irregolarità delle fasi preparatorie del procedimento, dal quale potrebbero discendere gli ancor più gravi effetti dell'annullamento radicale dell'elezione viziata o dell'intera competizione elettorale[52].
Il rito disciplinato dall'art. 129 c.p.a. appare dunque funzionale, nel suo insieme, al perseguimento dell'interesse ordinamentale alla conservazione del risultato elettorale[53].

---

[50] La sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 9 ottobre 2013, n. 22 (in *Dir. proc. amm*., 2014, p. 908 ss., con commento di A. PRIMERANO, *Il contenzioso elettorale davanti al giudice amministrativo nella recente evoluzione normativa e giurisprudenziale*) ha chiarito che in un giudizio instaurato a norma dell'art. 129 c.p.a. esigenze di massima celerità di definizione della controversia rendono incompatibile qualsiasi tipo di fase incidentale idonea a determinare un differimento dell'udienza o una sospensione processuale. In termini analoghi si è espresso anche Cons. Stato, sez. III, 9 maggio 2019, n. 3031, in *Foro amm*., 2019, p. 799.

[51] Come rilevato in dottrina, da specifiche ricerche non risultano casi di motivi aggiunti presentati nell'ambito del giudizio disciplinato dall'art. 129 c.p.a.: cfr. A. SAPORITO, *op. cit*., § 3.

[52] Sul punto, cfr. M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e «precontenziosa» nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 22: «il sistema di cui all'art. 129 c.p.a. è congegnato in modo da garantire che il contenzioso sulle esclusioni delle liste, originato dalla lesione del diritto alla partecipazione alla competizione elettorale, sia definito in tempo utile per lo svolgimento puntuale della competizione elettorale e la realizzazione di tutte le relative attività preparatorie (schede, manifesti …), consentendo ai candidati e agli elettori il pieno esercizio delle rispettive facoltà e agli uffici amministrativi l'effettuazione corretta delle operazioni».

[53] In questo senso è stata letta la possibilità di impugnare i soli provvedimenti «immeditamente lesivi del diritto di partecipare», il cui scopo è parso essere soprattutto quello di limitare l'uso del rito pre-elettorale a quei casi che potrebbero condurre alla riedizione della competizione elettorale: cfr. L. DONATO, *op. cit*., p. 38.

ISSN 2036-7821

Pur non essendo discutibili le esigenze di particolare celerità dei tempi di svolgimento del giudizio cui deve rispondere la tutela giurisdizionale pre-elettorale, una simile contrazione dei termini processuali desta non poche perplessità legate agli effetti collaterali che essa potrebbe avere sul diritto di difesa (vale a dire sulla possibilità per le parti di articolare compiutamente le proprie difese) e sulla qualità della risposta giudiziaria (l'estrema riduzione dei termini processuali comporta che non sempre le sentenze possono essere adottate con i necessari tempi di maturazione e riflessione)[54]: il riferimento è in particolare alla previsione di tre giorni per la proposizione del ricorso (che divengono addirittura due per l'appello) e a quella che impone al giudice di pubblicare la sentenza lo stesso giorno dell'udienza[55].
Tali criticità sono peraltro aggravate dalla mancanza di termini a difesa a fronte di un eventuale ricorso incidentale - per la cui proposizione non è neppure previsto un preciso termine - e dalla carenza di una disciplina dei motivi aggiunti: un sistema incentrato sulla rapida decorrenza del termine decadenziale può funzionare efficacemente, senza compromettere il diritto di difesa, solo se si basa su disposizioni chiare e trasparenti.
D'altronde, non è attraverso la soppressione di fasi processuali, potenzialmente essenziali ai fini di una decisione sostanzialmente giusta, che si consegue l'obiettivo di garantire la celerità dei processi.
Emerge chiaramente la subordinazione del momento soggettivo della tutela del ricorrente rispetto a quello oggettivo della salvaguardia dell'interesse pubblico alla rapida definizione delle controversie, alla stabilità degli organi elettivi e alla certezza dei risultati elettorali[56].

---

[54] Sui rischi derivanti da un'eccessiva riduzione dei termini processuali e, più in generale, sul «rapporto tra effettività e tempo nel codice del processo amministrativo», v. approfonditamente M. SINISI, *op. cit.*, spec. p. 183 ss. Su queste tematiche e sulla deriva verso una prevalenza del processo breve sul processo giusto si vedano altresì M.A. SANDULLI, *op. cit.*, *passim*, e V. BONTEMPI, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela in Italia e in Germania*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 2020, p. 679 ss., spec. p. 690 ss. Quest'ultimo A. sottolinea come ogni processo abbia bisogno del giusto tempo per essere celebrato: «il problema relativo al rapporto tra processo e tempo è antico. Un processo immediato non è ammissibile se si vuole garantire il rispetto di alcuni suoi elementi strutturali, quali un'istruttoria adeguata e il contraddittorio, che ontologicamente necessitano di svilupparsi su di un asse diacronico» (p. 690). Nella stessa prospettiva R. CARANTA, *The interplay between EU legislation and effectiveness, effective judicial protection and the right to an effective remedy in EU public procurement law,* in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 92, osserva criticamente che la tendenza del legislatore a dettare misure eccessivamente acceleratorie del processo «*is [expression of] a misconstrued understanding of the aims of the remedies directives, for which 'speed' is instrumental to effective judicial protection rather than an end unto itself*».

[55] In tal senso si vedano i concordi rilievi di M. CECCHETTI, *op. cit.*, p. 48: «una disciplina processuale dai termini così ridotti – ancorché costruita su due gradi di giudizio a cognizione piena – suscita più di qualche perplessità in ordine al rispetto non solo dei canoni generali del diritto di difesa e del giusto processo ma anche, precipuamente, di quei princìpi di pienezza e di effettività della tutela giurisdizionale espressamente evocati dal Giudice costituzionale nella sent. n. 236 del 2010».

[56] Opinione condivisa anche da L. DONATO, *op. cit.*, p. 51, secondo il quale l'art. 129 c.p.a. lascia sullo sfondo la tutela del ricorrente, «preoccupandosi piuttosto di giungere in tempo utile ad una decisione che possa mantenersi stabile tra i consociati».

ISSN 2036-7821

4. La funzione, insieme oggettiva e soggettiva, della giustizia elettorale.

All'esito di quanto sin qui osservato, è possibile sostenere che il giudizio elettorale, pur non trascurando la necessità di fornire una tutela giurisdizionale adeguata alle situazioni giuridiche soggettive, ruota essenzialmente intorno a due obiettivi di preminente interesse pubblico: garantire la regolarità dei risultati elettorali assicurando, al contempo, la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici a essi correlati.

Si tratta di interessi aventi entrambi natura pubblica e potenzialmente confliggenti tra loro: il primo viene assicurato principalmente tramite la previsione di un ampio e generalizzato accesso alla giustizia, il secondo soprattutto attraverso la previsione di termini decadenziali ridotti per proporre ricorso[57].

In forza di questa consistente ed ineliminabile presenza dell'interesse pubblico, è rinvenibile nel giudizio elettorale una funzione oggettiva[58].

Il giudizio in parola si caratterizza, infatti, per la presenza in capo al giudice amministrativo di poteri diversi e ulteriori rispetto a quelli ordinari, tra cui quello,

[57] Anche la giurisprudenza è ben consapevole della dialettica degli interessi che caratterizza il rito elettorale: cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 febbraio 2016, n. 610, in *Foro amm*., 2016, p. 310 ss., secondo cui le regole applicabili al giudizio elettorale sono la sintesi tra l'esigenza di garantire «un ampio accesso alla giustizia mediante l'azione popolare» e quella di assicurare l'interesse pubblico «alla stabilità e certezza del risultato elettorale»; 19 maggio 2016, n. 2087, in www.giustizia-amministrativa.it, che definisce il rito elettorale come un giudizio «in cui è massima l'esigenza di bilanciare il diritto costituzionale di azione in giudizio con la stabilità dei risultati elettorali e degli organi a legittimazione democratica». La potenziale contrapposizione tra gli interessi pubblici in gioco nel giudizio elettorale è stata colta anche dalla dottrina più attenta: cfr. L. DONATO, *op. cit*., p. 38, secondo il quale il legislatore, nel disciplinare il giudizio elettorale, «sembra avere orientato le proprie scelte al fine di conseguire un accettabile bilanciamento tra l'interesse alla corretta composizione delle assemblee elettive (nel quale è ricompreso anche quello al corretto svolgimento della composizione elettorale) e quello parimenti generale alla stabilità del risultato elettorale»; E. LEHNER, *Azione popolare e giustizia elettorale*, cit., p. 101, che fa riferimento al rischio incombente sulla stabilità e certezza dei risultati elettorali derivante dalla «legittimazione aperta a ciascun elettore». Quest'ultima A., tuttavia, sminuisce la portata di tale rischio, rilevando che «l'azione popolare difficilmente viene esperita da un elettore estraneo alla competizione elettorale, trattandosi normalmente di un prestanome del candidato (quando costui non vuole esporsi con ricorsi pretestuosi) o del candidato stesso che ricorre nella doppia veste di diretto interessato e di attore popolare». Pertanto, conclude l'A., «è assai arduo sostenere che oggi l'azione popolare possa ingolfare e quindi mettere a repentaglio il funzionamento della giustizia elettorale» (p. 104).

[58] Come osserva in proposito F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Conc. Merc*., 2013, p. 112, quando la giurisdizione di diritto oggettivo si afferma con pienezza presenta i seguenti caratteri: «il primo e più importante sta nel fatto che il giudice non tutela unicamente situazioni soggettive individuali, bensì un interesse generale, ad esempio quello alla legalità, o al buon andamento e all'imparzialità dell'azione amministrativa … ; in altri termini, non viene più in gioco un interesse legittimo, bensì è come se rilevasse un interesse di mero fatto, ossia proprio quell'interesse del *quivis de populo*, disseminato tra tutti i cittadini, alla realizzazione di un interesse pubblico generale, che sappiamo essere ammesso invece eccezionalmente nei soli casi tassativi di azione popolare e pressoché esclusivamente nel caso del contenzioso elettorale; (ii) il giudice non si pronuncia necessariamente solo sullo specifico vizio-motivo dedotto dal ricorrente, ma spazia sino a ponderare l'interesse generale che viene in gioco secondo la volontà dell'ordinamento; (iii) la sentenza del giudice non produce un effetto che si limiti alla sfera giuridica del ricorrente, perché si espande anche verso i terzi».

ISSN 2036-7821

espressamente previsto dalla legge, di sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione degli atti, mediante la correzione di risultati elettorali e la proclamazione degli eletti[59].

Tali poteri sono talvolta amplificati dalla giurisprudenza che tende ad ammettere la possibilità che lo stesso giudice amministrativo si pronunci su profili ulteriori rispetto a quelli dedotti dal ricorrente[60].

Si pensi, con riferimento a quest'ultimo aspetto, all'orientamento pretorio che, attribuendo prevalenza all'«interesse generale alla veridicità del risultato elettorale» rispetto allo «specifico interesse dell'attore privato», ammette la possibilità di rilevare officiosamente, a seguito della verificazione, l'invalidità delle schede favorevoli al ricorrente, a prescindere dalla proposizione del ricorso incidentale da parte del controinteressato[61].

La natura tendenzialmente oggettiva del giudizio elettorale emerge inoltre dalla previsione di una legittimazione a ricorrere diffusa che, come è stato ampiamente argomentato e dimostrato, è strumentale all'esigenza di tutelare l'interesse pubblico alla regolarità delle operazioni elettorali e al ripristino della legalità violata.

I tratti di accentuata specialità del giudizio elettorale sono dunque posti a tutela delle rilevanti finalità di interesse pubblico sottese a tale giudizio[62].

Si tratta di specifici interessi, ritenuti meritevoli di particolare protezione da parte dell'ordinamento, che trascendono quelli particolari e concreti delle parti; interessi che, proprio alla luce delle loro caratteristiche, giustificano la vigenza di regole processuali differenziate e rivolte direttamente alla loro tutela, piuttosto che a quella della pretesa dei ricorrenti.

Dunque, siamo di fronte a un processo per molti aspetti antitetico rispetto al generale giudizio di legittimità, quest'ultimo sempre più improntato a offrire una tutela piena ed effettiva alle situazioni giuridiche soggettive.

Da questo punto di vista, rimane ancora valido il pensiero di chi ritiene che il contenzioso elettorale sia un «microsistema rimasto pressoché indenne ai profondi cambiamenti subiti dal processo amministrativo»[63].

---

[59] In proposito v., *supra*, nt. 4.

[60] Cfr. N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. poc. amm.*, 2020, p. 239, il quale osserva che «nei processi a contenuto oggettivo le parti non hanno il potere di subordinare l'esercizio della *potestas iudicandi* alla proposizione della domanda».

[61] TAR Lecce, sez. I, 19 marzo 2008, n. 799, in www.giustizia-amministrativa.it., che propugna apertamente la natura «tendenzialmente oggettiva» del giudizio elettorale.

[62] Anche A. CARBONE, *Pienezza della tutela e modelli processuali differenziati*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, p. 130, ha posto in evidenza, con dovizia di argomentazioni, la funzione insieme oggettiva e soggettiva della giustizia elettorale.

[63] È questa l'opinione risalente, ma ancora attuale, di P.M. VIPIANA, *Contenzioso elettorale amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino 1989, p. 14, da cui è tratto il virgolettato.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Concessioni demaniali: le "relazioni pericolose" tra illegittimità comunitaria e il giudicato amministrativo sui rapporti di durata. Spunti a margine delle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nn. 17 e 18/2021

di Andrea Marco Colarusso

(Dottore di ricerca e già Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".)

Sommario

1. Premessa. L'iter processuale e la decisione dell'Adunanza Plenaria. – 2. I rapporti tra illegittimità comunitaria e giudicato amministrativo nelle concessioni demaniali marittime. – 3. L'influenza dell'illegittimità comunitaria sul rapporto concessorio. – 4. Conclusioni.–

Abstract

The paper, taking the cue from the analysis of the decision of the Supreme Administrative Court no. 17/2021 and 18/2021, aims to assess the "dangerous liaisons" between the res judicata regarding the concessions of State-owned maritime property for touristic and recreational purposes and the supervening illegitimacy, pursuant to EU law, of the national legal framework of the grants of the same concessions.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa. L'iter processuale e la decisione dell'Adunanza Plenaria.

1.0. Ai fini che qui ci occupano, pare opportuno effettuare una preliminare analisi dell'*iter* processuale e delle statuizioni dell'Adunanza Plenaria.

1.1. Una società titolare di una concessione demaniale marittima aveva impugnato, innanzi al T.A.R. Sicilia-Catania, il decreto del Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale n. 115/2020, con cui era stata rigettata la sua istanza di estendere la validità della concessione, in applicazione della legge 30 dicembre 2018, n. 145.

In altro giudizio, avente oggetto analogo, un soggetto titolare di concessione demaniale marittima aveva proposto impugnativa innanzi al T.A.R. Puglia-Lecce avverso i provvedimenti con cui il Comune di Lecce aveva respinto l'istanza di proroga *ex lege* n. 145/2018, rivolgendo al concessionario formale interpello al fine di conoscere se lo stesso intendeva avvalersi della facoltà di prosecuzione dell'attività ai sensi dell'art. 182 del D.L. n. 34/2020, con contestuale pagamento del canone per l'anno 2021 ovvero, in via alternativa, di non avvalersi di tale facoltà e di accettare una proroga tecnica della concessione per la durata di anni tre.

L'adito giudice amministrativo aveva respinto entrambi i ricorsi.

1.2. Le sentenze dei Tribunali siciliano e pugliese erano state gravate in appello, rispettivamente, innanzi al C.G.A.R.S. e al Consiglio di Stato e, conseguentemente, il Presidente del Consiglio di Stato, con Decreto n. 160/2021, avendo rilevato la particolare importanza della questione anche per i suoi riflessi economico-sociali, e al fine di garantire uniformità di orientamento nelle varie amministrazioni, aveva deferito d'ufficio la questione all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 2, c.p.a., enunciando i seguenti quesiti di diritto:

1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-excuting, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva;

2) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva self-

ISSN 2036-7821

excuting, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva;

3) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio;

4) *se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali «aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, mail cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145.*

1.3. L'Adunanza Plenaria, con le sentenze nn. 17 e 18 del 09/11/2021, ha risolto i quesiti proposti mediante l'enunciazione dei seguenti principi di diritto:

"le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n.77/2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione;

ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari. Non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, *senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto;*

al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio

ISSN 2036-7821

che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E".

1.4. Il Collegio, dunque, ha compiuto un'indagine sull'eventuale contrasto tra le norme nazionali regolanti la materia delle concessioni demaniali e quelle dell'ordinamento comunitario, direttamente applicabili alla fattispecie.

1.5. Nessuno degli argomenti addotti dai giudici di prime cure, che hanno sancito l'illegittimità della proroga automatica *ope legis* delle concessioni di beni demaniali, è stato smentito dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria, di tal che può dirsi che essa si è posta in continuità con dette pronunce, arricchendole e rafforzandole con ulteriori argomenti portati a sostegno del *decisum*.

1.6. Ed infatti, il Supremo Collegio ha, dapprima, enunciato le norme nazionali regolanti la materia delle concessioni demaniali (in particolare l'art. 1, commi 682 e 683, legge n. 145 del 2018, che dispone la proroga automatica e generalizzata fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni demaniali in essere), indi ha compiuto l'indagine sull'eventuale contrasto tra questa norma e quelle dell'ordinamento comunitario direttamente applicabili alla fattispecie, prendendo le mosse dalla sentenza della Corte di Giustizia UE del 14 luglio (in cause riunite C-458/14 eC-67/15, *Promoimpresa*), che si era già occupata della questione.

Il Collegio è pervenuto alle seguenti affermazioni:

a) l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati;

b) l'articolo 49 TFUE – norma questa non considerata dal primo giudice – deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, *"nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo"*.

1.7. Il Giudice ha, poi, adottato ampia motivazione, in ordine all'ulteriore argomento fondato sulla violazione dell'art. 49 TFUE, rilevando il contrasto anche tra detta norma e le norme interne di proroga, con riguardo alle concessioni per cui la direttiva non può trovare applicazione.

ISSN 2036-7821

È stato chiarito, infatti, che l'art. 49 TFUE ha l'obiettivo di consentire ai lavoratori autonomi, professionisti e persone giuridiche (articolo 54 TFUE), legalmente operanti in uno degli Stati membri, di esercitare, in maniera libera e concreta, un'attività economica in un altro Stato membro, su base stabile e continuativa (libertà di stabilimento), e, quindi, di fornire servizi in altri Stati membri su base temporanea pur restando nel loro paese d'origine (libera prestazione dei servizi, ai sensi dell'articolo 56 del TFUE), senza subire discriminazioni basate sulla nazionalità.
Di conseguenza, in forza della citata norma del TFUE e della sentenza della CGUE del 07/12/2000 (in causa C-324/98, *Telaustria* e *Telefonadress*), qualsiasi Stato dell'Unione, all'atto di stabilire le condizioni alle quali subordinare la prestazione di un'attività economica, è tenuto al rispetto dei principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento tra i soggetti appartenenti alla comunità, nonché dell'obbligo di trasparenza e di adeguata pubblicità, onde assicurare ad ogni potenziale offerente la possibilità di inserimento nel mercato dei servizi in regime di concorrenza.
1.8. Sempre con riguardo all'art. 49 TFUE, l'A.P. ha definito il concetto di "*interesse pubblico transfrontaliero*", assunto come requisito di applicabilità della norma e la cui sussistenza è stata dalla Corte di Giustizia rimessa alla valutazione del giudice nazionale.
Secondo l'Adunanza Plenaria le ragioni di fondo poste a base della giurisprudenza europea (in particolare della sentenza del 14 luglio 2016, *Promoimpresa),* sono estensibili ad ogni attività economica autonoma o di impresa, laddove il contratto da stipulare (di concessione o di appalto) presenti un "*interesse transfrontaliero*", definito come "*capacità di una commessa pubblica o, più in generale, di una opportunità di guadagno offerta dall'Amministrazione attraverso provvedimenti che non necessariamente portano alla conclusione di un contratto di attrarre operatori economici di altri Stati membri*".
L'obbligo dell'evidenza pubblica, discendente non solo dall'art. 12 della Direttiva n. 123/2006, potrebbe quindi applicarsi anche agli appalti c.d. sottosoglia e alle concessioni non rientranti nell'ambito applicativo della direttiva medesima, in quanto l'interesse transfrontaliero potrebbe essere ravvisato anche in essi, in aderenza alla giurisprudenza europea[1] che ne ha elaborato alcuni indici identificativi della sussistenza.
1.9. Ed invero, per quanto più specificamente riguarda le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative, il Collegio ha avvertito che l'interesse degli operatori deve essere valutato non tanto in base al valore del corrispettivo, o in maniera isolata e parcellizzata, bensì nell'ambito di un rapporto non isolato e di durata, considerando il complesso dei beni che l'Amministrazione mette a disposizione degli

[1] Cfr. C.G.U.E., 15/05/2008 in C-147/06; *id.* 21/07/2005 in C-231/03.

ISSN 2036-7821

operatori/concessionari e l'appetibilità della concessione connessa alla rinomanza dell'oggetto (ad es.: il patrimonio costiero italiano).
Con ciò tenendosi anche conto della possibilità di affidare l'attività in subconcessione, allo stato consentita in via generalizzata dall'art. 10, comma 2, della Legge 16 marzo 2001 n. 18, che ha modificato l'art. 45-bis del Codice della navigazione[2].
1.10. Inoltre, è stato sottolineato che la Corte di Giustizia aveva espressamente ritenuto l'applicabilità della Direttiva n. 123/2006 – e, quindi, la necessità della previa procedura ad evidenza pubblica – non solo ai prestatori che si intendono stabilirsi in altro Stato membro, ma anche a quelli che intendono stabilirsi nel proprio Stato (richiamando la sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C-360/15 e C-31/16, punto 103).
Il Collegio ha altresì osservato che la sottrazione alla concorrenza del complessivo patrimonio concedibile, potenzialmente idoneo a generare profitti ragguardevoli per gli operatori, si porrebbe in contrasto anche con i principi costituzionali interni della libera iniziativa economica (art. 41, comma 1) e della ragionevolezza, che resterebbero frustrati dalle proroghe generalizzate.
1.11. Di seguito l'A.P. ha dato atto che, nonostante la pronuncia del 2016 della Corte di Giustizia, peraltro recepita anche dalla giurisprudenza nazionale e da altre sentenze della stessa CGUE, il contrasto giurisprudenziale in ordine alla compatibilità comunitaria delle proroghe *ex lege* delle concessioni non è cessato, laddove si è negato l'obbligo di far precedere da procedure ad evidenza pubblica le concessioni di beni demaniali marittimi per finalità turistico-ricreative, giungendosi a mettere in dubbio i principi comunitari della concorrenza stabiliti sia dall'art. 49 TFUE, sia dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.
La sentenza, al riguardo, si è data carico di confutare le obiezioni contrarie, sia in relazione all'assenza delle risorse naturali scarse (il cui accertamento è stato ancora una volta rimesso al giudice nazionale), sia a quella, che si pone in più radicale contrasto con l'arresto del giudice europeo, secondo la quale le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative non rientrerebbero nel campo dell'autorizzazione di servizi costituenti l'oggetto dell'art. 12 della Direttiva europea, da cui si fa derivare l'obbligo di evidenza pubblica.
1.12. Il Collegio ha premesso che la stessa Corte UE, con la sentenza *Promoimpresa*, ha ritenuto la immediata applicabilità della Direttiva di che trattasi e la sua vigenza nel campo delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative.

[2] Che così dispone: *"Il concessionario[, in casi eccezionali e per periodi determinati,] previa autorizzazione dell'autorità competente, può affidare ad altri soggetti la gestione delle attività oggetto della concessione. Previa autorizzazione dell'autorità competente, può essere altresì affidata ad altri soggetti la gestione di attività secondarie nell'ambito della concessione"*.

ISSN 2036-7821

La sentenza ha proseguito nella critica degli argomenti contrari all'applicazione della Direttiva nella materia delle concessioni di che trattasi.

All'obiezione che la direttiva, approvata a maggioranza, mirerebbe ad armonizzare i disparati ordinamenti degli Stati membri, in assenza di previsioni di armonizzazione e coordinamento adottate all'unanimità ai sensi dell'art. 115 TFUE, il Collegio ha opposto che la Direttiva n. 2006/123, la cui base giuridica è rinvenibile nel Capo II e nel Capo IV del TFUE medesimo, mira non alla armonizzazione, bensì alla liberalizzazione, nel senso di eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio per garantire l'implementazione del mercato interno e la salvaguardia del principio concorrenziale ad esso sotteso.

Ciò al fine, appunto, di rendere possibile l'attuazione della libera circolazione dei servizi nel mercato interno, come sancito dalla CGUE, laddove ha affermato che "*la piena realizzazione del mercato interno dei servizi richiede anzitutto che vengano soppressi gli ostacoli incontrati dai prestatori per stabilirsi negli Stati membri*".

Quanto detto consente anche di superare l'obiezione relativa all'assenza di competenza dell'U.E. ad adottare norme di armonizzazione in materia di turismo.

1.13. Riferendosi all'altra obiezione secondo la quale la concessione di beni demaniali marittimi non rientrerebbe comunque nella nozione di autorizzazione di servizi ai sensi dell'art. 12 della Direttiva 2006/123, posto che essa si limita a consentire soltanto l'occupazione del bene di proprietà pubblica per uso turistico-ricreativo, senza autorizzare l'attività di servizio prestata dall'impresa turistico-balneare, il Consiglio di Stato ha osservato quanto segue.

Di norma, lo stabilimento balneare è esercitato su un suolo demaniale oggetto di concessione, che ne costituisce il presupposto, dovendo rifuggirsi una impostazione meramente formalistica che valorizza la distinzione, propria del diritto nazionale, tra concessione di beni e autorizzazione di attività.

Si rende necessario, dunque, rivisitare siffatta impostazione formalistica, nell'ottica funzionale e pragmatica del diritto dell'Unione, e in una chiave sostanzialistica, attenta piuttosto all'effetto economico del provvedimento di concessione.

Detto provvedimento, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata per svolgervi un'attività economica, di cui costituisce una precondizione, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi.

Alla luce della Direttiva (art. 4, punto 1) nel concetto di servizio va compresa qualsiasi attività economica non salariata, di cui all'articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione. In particolare, "*un'attività di locazione di un bene immobile […], esercitata da una persona giuridica o da una persona fisica a titolo individuale,*

ISSN 2036-7821

rientra nella nozione di «servizio», ai sensi dell'articolo 4, punto 1, della direttiva 2006/123" (cfr. Corte di Giustizia, Grande sezione, 22/09/2020, in C-724/2018 e C-727/2018, punto 34).

Del resto, è stata la stessa sentenza *Promoimpresa*, più volte citata, ad affermare chiaramente che le concessioni in parola "*possono quindi essere qualificate come autorizzazioni, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica*".

E, dunque, il provvedimento che riserva in via esclusiva un'area demaniale (marittima, lacuale o fluviale) ad un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo come *asset* aziendale e di svolgere, grazie ad esso, un'attività d'impresa erogando servizi turistico-ricreativi deve essere fatto rientrare nel campo applicativo della Direttiva 2006/123.

1.14. Con riguardo alla ulteriore obiezione secondo cui le aree demaniali marittime, fluviali o lacuali non potrebbero in ogni caso considerarsi risorse scarse, per il che mancherebbe, anche in fatto, il presupposto per applicare la norma della direttiva servizi, il Collegio ha fatto richiamo ancora una volta alla sentenza *Promoimpresa*, la quale ha rilevato che le concessioni sono rilasciate a livello non nazionale, bensì comunale, fatto che deve "*essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato*".

Secondo l'Adunanza Plenaria il concetto di "*scarsità*" va interpretato non in termini assoluti, tenendo conto non solo della quantità del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, quindi, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che, tramite il bene, viene immesso sul mercato, non omettendo di considerare, altresì, la quantità delle aree non ancora oggetto di concessione, ma potenzialmente concedibili.

1.15. In ordine all'obiezione per cui la Direttiva non potrebbe considerarsi *self executing*, perché carente di dettagliata specificità tale da consentirne il puntuale recepimento, l'A.P. ha puntualizzato che il livello di dettaglio di una direttiva va riguardato sotto il profilo del risultato che essa si propone e del tipo di prescrizioni necessarie per realizzarlo.

Pertanto, secondo il Collegio, se la normazione sovranazionale ha incontestabilmente lo scopo di aprire il mercato delle concessioni che ne occupano, sostituendo al sistema di assegnazione/rinnovo/proroga automatico e generalizzato quello della partecipazione concorrente, senza discriminazioni, dei soggetti interessati, appare chiaro che essa ha un sufficiente grado di dettaglio, laddove impone l'esperimento della procedura di evidenza pubblica per assicurare la *par condicio* dei soggetti medesimi a mezzo di una gara trasparente, aperta e imparziale.

Ha, inoltre, soggiunto che i principi guida della Direttiva, peraltro, affermati dalla giurisprudenza europea e nazionale, forniscono all'Amministrazione tutti gli

ISSN 2036-7821

elementi per sostituire il regime delle proroghe *ex lege* con quello della gara rispettosa dei principi medesimi.

1.16. Al punto 28 della sentenza, il Consiglio di Stato ha inferito dalle sopra esposte considerazioni l'incompatibilità comunitaria anche della moratoria emergenziale prevista dall'art. 182, comma 2, del D.L. n. 34/2020, evidenziando inoltre che è priva di giustificazione la proroga fondata sul manifestato intento di contenere *"le conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica"* e sottolineando che non si coglie nessuna ragionevole connessione tra la pandemia e le proroghe fino alla cessazione dello stato emergenziale.

Inoltre – come segnalato dalla Commissione Europea nella lettera di messa in mora all'Italia – ha rilevato che la reiterata proroga potrebbe scoraggiare gli investimenti innovativi nella materia delle concessioni e sortire addirittura effetti deleteri, impedendo la modernizzazione di un settore cruciale per l'economia nazionale e l'ingresso nel mercato di nuovi operatori, anziché essere funzionale all'obiettivo dichiaratamente perseguito attraverso la conferma di situazioni acquisite e cristallizzatesi nel tempo.

1.17 L'Adunanza Plenaria, inoltre, sulla base della c.d. *"giurisprudenza Cilfit"*[3] ha ritenuto di non dover operare un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, atteso che la questione controversa era stata già esaminata dalla stessa Corte soprattutto nella sentenza *Promoimpresa*, i cui principi risultavano peraltro ampiamente recepiti dai giudici nazionali, non sussistendo elementi ragionevoli per ipotizzare il loro superamento.

1.18. Acclarato, come sopra, il conflitto tra la normativa nazionale che autorizza le proroghe automatiche e la normativa comunitaria, l'Adunanza Plenaria ha rilevato che, sia in campo europeo[4], che in campo nazionale[5], l'Amministrazione, in ogni sua articolazione, anche territoriale, come tutti i soggetti dell'ordinamento, è tenuta a disapplicare le norme interne incompatibili con quelle comunitarie (comprese le Direttive *self executing*), o con l'interpretazione datane dalla CGUE, riconoscendo queste ultime come diritto certo e vincolante.

Il Collegio ha ribadito che non possono sussistere incertezze sul carattere auto-esecutivo della Direttiva, affermato, peraltro, dalla più volte menzionata sentenza *Promoimpresa* e da numerose pronunzie conformi dei giudici nazionali, non essendo, peraltro, dato di immaginare – operandosi una distinzione, priva di riscontri nella giurisprudenza, tra Direttive e Regolamenti – una categoria di norme europee direttamente applicabili (nei rapporti verticali) solo da parte del giudice e non della Pubblica Amministrazione.

[3] Da ultimo, CGUE, Grande Camera, sentenza 06/10/2021, C-569/19.
[4] C.G.U.E., *F.lli Costanzo*, 22/06/1989, in C-103/88.
[5] Corte costituzionale, 11/07/1989, n. 389; nonché Cons. Stato, sez. V, 06/04/1991, n. 452.

ISSN 2036-7821

Una tale distinzione, ove mai possibile, porterebbe all'assurdo che l'atto emesso dall'Amministrazione in ossequio della (ed applicando la) legge nazionale confliggente con le regole europee sarebbe soggetto ad annullamento da parte del giudice, venendosi, a creare, in tal modo, contraddizioni ed inconvenienti pratici nel sistema e dubbi sulla certezza del diritto.

1.19 Nel risolvere i problemi connessi alla prima parte del secondo quesito, il Collegio ha premesso dapprima i principi che regolano l'intervento di secondo grado dell'Amministrazione sui rapporti già in essere creati da provvedimenti amministrativi.

Ha evidenziato che il potere di autotutela, inteso a regolamentare una seconda (e ulteriore) volta il rapporto di diritto pubblico, e l'interesse pubblico ad esso sotteso, presuppone l'esercizio precedente di un potere sfociato in un atto, creativo del rapporto, da assoggettare a nuova regolamentazione.

Ciò non avviene laddove il potere di regolare e creare il rapporto originario (*id est:* la concessione prorogata) sia espressione della *voluntas legis*, sulla quale, ovviamente, non è immaginabile l'esercizio dell'autotutela da parte della P.A.

Nella specie, infatti, non si rinviene l'atto autoritativo fonte del rapporto pubblicistico, in quanto la proroga deriva direttamente dalla legge, senza l'intermediazione del potere pubblico (agisce il meccanismo norma-fatto-potere, anziché quello norma-potere-fatto), così che l'atto concessivo di proroga ha natura meramente ricognitiva, atteso che l'effetto automatico è stato prodotto direttamente dalla legge che si inscrive nella categoria delle c.d. leggi-provvedimento, in quanto non dispone in via generale e astratta, ma interviene a regolare un numero limitato e già conosciuto di casi già preesistenti.

La P.A., quindi, esercita sul rapporto voluto dalla legge non già un potere autoritativo, ma può limitarsi alla presa d'atto (potere ricognitivo) di una situazione in cui il rapporto, siccome originato da un atto legislativo che, essendo in contrasto con la normativa europea, non poteva e non può (nel presente) essere applicato, deve essere considerato come *tamquam non esset.*

1.20. E, tuttavia, l'Amministrazione, una volta che abbia preso atto della situazione giuridica in essere, pur non avendo spazio per l'esercizio dell'autotutela, non può rimanere inerte, ma, al fine di creare certezze giuridicamente rilevanti per i terzi estranei al rapporto, deve renderne pubblica l'inconsistenza di questo nei sensi sopra detti e comunicarla anche al soggetto che ne è titolare.

L'A.P. ha richiamato la giurisprudenza comunitaria (sent. *Khune,* in C-453/04, sent. *Kempter,* in C-2/06) per segnalare che la P.A. può intervenire in autotutela sull'atto comunitariamente invalido solo alle seguenti condizioni: a) quando l'amministrazione disponga secondo il diritto nazionale del potere di riesame; b) quando l'atto amministrativo sia divenuto definitivo a seguito di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza; c) quando tale sentenza, alla luce di una

ISSN 2036-7821

giurisprudenza della C.G.U.E. successiva, risulti fondata su una interpretazione errata del diritto adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale.

1.21. Sulla stessa falsariga e sulla base degli stessi principi, l'Adunanza Plenaria ha, poi, risolto il ben più arduo problema della sorte e dell'efficacia del giudicato che abbia sancito la legittimità della proroga della concessione demaniale (seconda parte del secondo quesito).

Partendo dal presupposto che è sempre la legge ad essere fonte del rapporto, ha evidenziato che l'istituto della cosa giudicata è preposto a garanzia della certezza del diritto e della stabilità dei rapporti giuridici e che il principio di autorità della *res judicata* è stato recepito in tutti gli ordinamenti degli stati membri, per cui la giurisprudenza comunitaria ne riconosce l'intangibilità anche quando il superamento dello stesso potrebbe rimediare ad una violazione del diritto europeo[6].

Tuttavia, nel caso delle concessioni demaniali, vi è una particolarità a cui va adattato il principio del giudicato, siccome esso incide su un rapporto di durata.

Pertanto, deve ritenersi che una eventuale sentenza della C.G.U.E. interpretativa di una norma – e, come tale, avente lo stesso potere vincolante della norma interpretata – allorché venga ad incidere su rapporti in corso di svolgimento, come le concessioni in atto, qualora il giudicato abbia riconosciuto la legittimità (originaria) del rapporto concessorio, non ne copre l'ulteriore ed attuale svolgimento.

Sicché, la sentenza agisce come fonte regolatrice del rapporto, *rectius* di quella parte di rapporto che si svolge dopo il formarsi del giudicato, alla stessa stregua dello *jus superveniens* e, pertanto, trova immediata attuazione agendo sulla parte del rapporto non coperta dal giudicato che, quindi, non è più sorretto da una valida fonte normativa ed è, anzi, assoggettato alla nuova regola comunitaria, incompatibile con la legge nazionale che ha disposto la proroga.

1.22. L'Adunanza Plenaria si è, infine, preoccupata dell'impatto socio-economico del suo *decisum* che, se attuato, finirebbe per comportare la decadenza immediata di tutte le concessioni in essere, creando un vuoto nelle attività di servizio ad esse connesse.

Quindi, in considerazione dei tempi tecnici necessari alla predisposizione delle procedure di gara dopo lunghi periodi di proroga, ha ritenuto, in applicazione dei principi analoghi a quelli espressi dall'A.P. n. 13/2017[7], di modulare gli effetti temporali della propria decisione in considerazione del quadro di incertezza normativa ad essa sotteso, dell'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle

[6] C.G.U.E., sent. 11/09/2019, in C-676/07; 16/03/2006 in C-234/2004; Cons. Stato, A.P. n. 6/2021; Cass. Civ., Sez. V, 27/01/2017, n. 246.

[7] Secondo cui, per quanto qui di interesse: *"L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato può modulare la portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni:) un'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche"*.

ISSN 2036-7821

norme da interpretare e della necessità di tutelare principi costituzionali o di evitare gravi ripercussioni economiche.
In altre parole, si è ritenuto di graduare gli effetti della decisione, e dell'effetto caducatorio da essa derivante, derogando alla retroattività della stessa e in considerazione dell'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa.
Si è, dunque, stabilito un periodo (ritenuto congruo) di moratoria, stabilendo che le concessioni in atto abbiano effetto fino del 31/12/2023, scaduto il quale le stesse devono considerarsi prive di effetto, indipendentemente dal subentro, o meno, nella concessione, con l'illegittimità e inapplicabilità di ulteriori proroghe normative.
Tale intervallo potrebbe altresì consentire al legislatore un riordino della disciplina del sistema di rilascio delle concessioni demaniali, in senso conforme all'ordinamento comunitario.
Il Collegio ha dettato anche alcuni principi che devono ispirare lo svolgimento delle successive procedure di evidenza pubblica, ulteriori a quelli già sanciti dall'art. 12 della Direttiva, mediante l'auspicabile previsione nella *lex specialis* di criteri che valorizzino la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica, l'esperienza e il *know-how*, gli *standard* qualitativi, di sostenibilità sociale e ambientale, di durata ragionevole e di competizione effettiva anche sulla misura dei canoni concessori).
1.23. Si è specificato, inoltre, che, anche rispetto ai rapporti oggetto di sentenza passata in giudicato favorevole per il concessionario ai sensi della L. n. 145/2018, gli effetti della non applicazione della normativa in esame si sarebbero prodotti al termine del periodo transitorio sopra menzionato (sebbene la sentenza del 2016 della CGUE, in quanto antecedente alla proroga del 2018, non costituisca tecnicamente una sopravvenienza tale da incidere sul giudicato formatosi successivamente).
La graduazione degli effetti, anche in questo caso, si impone al fine di perseguire ragioni di certezza e garanzia dell'applicazione in sede amministrativa del principio di diritto enunciato, consentendo al legislatore le opportune previsioni di adattamento, nonché di evitare disparità di trattamento.
I.24. Orbene, le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 2021, così riassunte nei loro tratti essenziali, costituiscono l'occasione per sviluppare alcune riflessioni in ordine ai rapporti tra l'illegittimità comunitaria e il giudicato amministrativo relativo alle concessioni demaniali marittime.

2. I rapporti tra illegittimità comunitaria e giudicato amministrativo nelle concessioni demaniali marittime.

2.1. Come detto, il Consiglio di Stato si è soffermato sul valore vincolante, alla stessa stregua delle norme europee, delle sentenze interpretative delle norme medesime

ISSN 2036-7821

emesse dalla C.G.U.E., sia per il giudice che per i funzionari dell'amministrazione degli Stati membri[8].

L'Adunanza Plenaria ha acclarato il contrasto delle proroghe automatiche delle concessioni effettuate dalla normativa nazionale di cui alla L. n. 145/2018, non precedute da una selezione tra potenziali aspiranti, con la normativa europea, come interpretata dalla C.G.U.E., e, precisamente, dalla sentenza del 14 luglio 2016, in C-458/14 e 67/15, che ha affermato il contrasto con l'art. 12, parr. 1 e 2, della Direttiva 123/2006/CE (c.d. "*Direttiva Bolkestein*") e con l'art. 49 del TFUE.

Le sentenze della C.G.U.E., interpretative delle norme comunitarie, sono state individuate quale *ius superveniens* incidente sulle proroghe delle concessioni dei beni demaniali turistico-ricreative e il Consiglio di Stato ha altresì esaminato l'effetto sul giudicato delle norme sopravvenute.

Procedendo nell'*iter* argomentativo, l'Adunanza Plenaria ha qualificato la concessione come rapporto di durata e, per poter far agire lo *ius superveniens* (delle norme/sentenze comunitarie) sul perdurare della concessione, ha operato una scissione del tempo di durata delle concessioni in due frazioni, corrispondenti, l'una, al tempo decorso *ante* norma europea/sentenza e, l'altra, al periodo successivo *post* norma/sentenza, in cui la concessione prorogata in forza di norme nazionali contrastanti con quelle europee, resta priva di valida copertura normativa, divenendo *tamquam non esset*, stante il vigore, in questo secondo periodo, della norma europea (*ius superveniens*) che ne sanziona la illegittimità[9].

2.2. Al fine di rispondere al quesito posto nell'ordinanza di rimessione, si è posto a premessa il formarsi del giudicato sulla legittimità della concessione sul bene demaniale e non pare potersi negare che, parlando di giudicato, deve farsi riferimento al giudicato in senso sostanziale, la cui definizione, che manca nel diritto amministrativo, va rinvenuta nell'art. 2909 del Codice civile, ove è stabilito che *"l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa"*.

Si tratta, quindi, non del giudicato formale di cui all'art. 327 c.p.c. (che ne è la premessa), ma di quello sostanziale, che fissa in maniera definitiva e irretrattabile un diritto, una posizione, uno *status* o un rapporto, producendo sia un effetto positivo o conformativo, sia un effetto negativo, nel senso di impedire ogni ulteriore contestazione o, per il principio del *ne bis in idem*, ogni futuro processo sulla situazione accertata, ponendosi come legge tra le parti.

Non v'è dubbio che anche nel processo amministrativo, come in quello civile o penale, una sentenza può acquistare autorità di cosa giudicata, divenendo, perciò, immutabile, allorché si tratti di una sentenza del T.A.R. non impugnata oppure di

[8] Sul punto, Cons. Stato ,Ad. Plen., 09/06/2016, n. 11; Cass. Civ., 03/03/2000, n. 2433; Cass. Civ., 28/04/1998, n. 4327; Cons. Stato Ad. Plen., n. 9/1998; id. n. 8/98; 39/1998; nonché, Cons. Stato, Sez. IV, 06/11/1998, n. 1439.

[9] Cfr. parr. 39 e ss. delle sentenze dell'A.P. nn. 17 e 18 del 2021.

ISSN 2036-7821

una pronuncia resa in grado di appello dal Consiglio di Stato, se non assoggettata al ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione[10].

Delle sentenze del giudice amministrativo, in quanto emesse nell'esercizio di una funzione giurisdizionale, può essere dunque predicato sia il giudicato formale che il giudicato sostanziale, che è quello da prendere in considerazione in questa sede.

Per quanto concerne il giudicato sostanziale, poi, bisogna, in primo luogo, distinguere il giudicato di rigetto, che non produce alcun effetto sostanziale sul rapporto controverso, in quanto esso continua ad essere regolato dall'atto amministrativo non annullato, perché giudicato legittimo, col solo effetto preclusivo per la parte che abbia proposto ricorso, la quale non può proporne un secondo contro il medesimo atto e per i profili di illegittimità già ritenuti infondati.

Invece, nel caso in cui il giudicato si sia formato su una sentenza di accoglimento del ricorso, occorre differenziarne gli effetti a seconda che esso si sia formato su una sentenza emessa all'esito di un giudizio di legittimità di un atto amministrativo o nell'ambito in un giudizio di merito o, infine, in sede di giurisdizione esclusiva.

2.3. Senza indugiare nell'indagine delle differenze testé postulate, basti rilevare che, nel caso di specie, si è di fronte alla giurisdizione in materia di concessione di beni demaniali, in merito alla quale gli approdi della giurisprudenza sono ben noti e possono dirsi stabilizzati, dopo le iniziali oscillazioni, anteriori alla sentenza n. 204/04 della Corte costituzionale e all'entrata in vigore del dell'art. 133, comma 1, lett. b), del c.p.a., che ha recepito le osservazioni del giudice delle leggi e ha individuato detta materia tra quelle rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[11].

Tali premesse paiono importanti perché:

1) in linea generale, deve condividersi la tesi anticipatrice di un'autorevole dottrina[12] e si condividono i successivi approdi della dottrina e della giurisprudenza prevalenti sviluppatesi sul nuovo Codice del Processo Amministrativo, che danno per acquisito che il processo amministrativo, sebbene formalmente strutturato come impugnazione di un atto dell'amministrazione, ha ad oggetto il rapporto di natura pubblicistica che intercorre tra il privato e la Pubblica amministrazione, con la conseguenza che le prescrizioni del giudicato non sono limitate all'atto impugnato, ma involgono la

[10] Sulle peculiarità del giudicato amministrativo, in dottrina, cfr. C. CALABRÒ, voce *Giudicato(diritto processuale amministrativo)*, in *Enc.giur. Treccani*, Roma, XV, 1989; F. BENVENUTI, *voce Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. del Dir.*, Vol. XVIII, Milano, 1969; A. PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro Amm.*, Vol. I, 1987, p. 1645 e ss.; M: NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983; A.M. SANDULLI, *Il problema dell'esecuzione del giudicato amministrativo*, in Dir. Soc., 1982, pp. 22 e ss.; M. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della P.A.*, Milano, 1971; V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Milano, 1976, pp. 451 e ss..; C. CALABRÒ, *Il giudizio di ottemperanza*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981.

[11] Per gli approdi della giurisprudenza in materia, cfr. Cass. Civ. SS.UU., 12/10/2011 n. 20939; Cass. Civ., SS.UU.,13/03/2015, n. 5074; id. 09/06/2016, n. 11852; Cons. Stato, sez. VI, 11/12/2013, n. 5964; Cons. Stato, sez. V, 30/11/2012, n. 6110; id. 06/07/2012, n. 3963; C.G.A.R.S., 24/10/2011, n. 682.

[12] V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Milano, 1976, pp. 454 e ss.

ISSN 2036-7821

spettanza di un bene della vita, fissando definitivamente l'ambito sostanziale del rapporto controverso nella sua esistenza, validità e contenuti tipici.
2) a maggior ragione, quindi, se il rapporto è coinvolto nel processo, lo è anche dal giudicato che si forma su una sentenza emessa in sede di giurisdizione di legittimità e, vieppiù, di giurisdizione esclusiva o di merito.
2.4. Ed allora, sembra corretto affermare che se la sentenza passata in giudicato coinvolge, nel senso suddetto, anche il rapporto concessorio, di esso, come meglio vedremo in seguito, è parte essenziale la durata, che non può essere in alcun modo intaccata dallo *ius superveniens*.
Ciò in coerenza con la nuova impostazione del processo amministrativo, di cui si è appena detto, dalla quale traspare chiaramente il suo evolversi verso l'indagine sul rapporto, laddove al giudice è concesso di andare oltre l'atto per indagare sull'effettiva spettanza al privato di un bene della vita, in ordine al quale sussiste una posizione di vantaggio del privato rispetto al potere amministrativo[13].
Come detto, secondo la tesi oggi maggioritaria, le conseguenze del giudicato amministrativo non sono soltanto quelle demolitorie e conformative (in cui la P.A. si deve adeguare al *dictum* del giudice), oppure ordinatorie (verso la P.A. che è tenuta alla esecuzione alla sentenza), o anche inibitorie (di una nuova indagine sulla stessa fattispecie giudicata secondo il *petitum*), ma anche di merito sul rapporto che deve essere qualificato e regolato così come dettato dalla sentenza.
2.5 Tra i tipi di sentenza classificati dalla dottrina tradizionale non v'ha dubbio che quelle di condanna o costitutive sono suscettibili di passare in cosa giudicata.

[13] A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, pp. 89 e ss., F. BENVENUTI, *Il giudicato,* in *Enc. Dir.*, Milano, 1969; P. VIRGA, *La Tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione,* Milano, *1971,* che sono fautori della teoria tradizionale, ma con scritti anteriori al c.p.a. e V. CAIANIELLO che, sia pure con scritto anteriore, muove critiche penetranti alla teoria del Benvenuti e anticipa la visione di quel che è il processo amministrativo come attualmente configurato. Ed ancora, oltre a V. CAIANIELLO, si v. R. DE NICTOLIS, *La Giustizia amministrativa*, Roma, 2006, p. 313; I. PAGNI, *Processo amministrativo «sull'atto» e processo civile a confronto. Considerazioni di un processualcivilista*, in *Riv. Dir. Proc.*, n. 4/2020; C. COMMANDATORE, *Il giudicato a formazione progressiva: problema o risorsa?,* in *Giur. It.*, n. 12/2016; R. GAROFOLI, *Codice Amministrativo Ragionato*, Roma, 2021, p. 412, *sub* art. 63; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2001; M. MAZZAMUTO, *L'interesse legittimo, profili di teoria generale,* in *Dir. e processo amministrativo,* n. 4/2017; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, Torino, 2017; G. GRECO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, p. 344 e ss.
Per la giurisprudenza, si vedano: T.A.R. Lazio-Roma, sez. I bis, 01/02/2021, n. 1304; Cons, Stato VI, 10.2.2020 n. 1001 e, per quanto concerne la *"unità e inscindibilità"* tra atto a monte e contratto a valle, sottoposto alla giurisdizione esclusiva del G.A. si veda Cons. Stato, 20/10/2010, n. 7578, stante la preordinazione funzionale tra tali atti. Si vedano, inoltre, Corte cost. 13/12/2019, n. 271, punto 11.2; T.A.R. Campania-Napoli, sez. V, 09/06/2021, n. 3909; Cons. Stato, sez. VI, 10/02/2020, n. 1001; sez. IV, 26/09/2019, n. 6443; sez. VI, 16/07/2012, n. 4174; A.P. 23/03/2011, n. 3; Sez. VI, 10/07/2001, n. 3803; sez. V, 14/05/2001, n. 2634; T.A.R. Campania-Napoli, sez. V, 09/06/2021, n. 3909; T.A.R. Lazio-Roma, sez. III quater, 19/07/2019, n. 9682; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 31/03/2015, n. 167; T.A.R. Veneto-Venezia, sez. III, 04/08/2011, n. 1346; T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 10/05/2011, n. 4078; id., sez. IV, 04/11/2009, n. 6884; Cons. Stato, A.P., 22/12/1982, n. 19.

ISSN 2036-7821

Ma anche le sentenze di mero accertamento o dichiarative, che sono le sentenze prive di effetti innovativi nel senso che non producono effetti costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni o rapporti giuridici – come quella che abbia accertato la legittimità di una concessione – sono tuttavia suscettibili di passare in *rem judicatam*[14]. Orbene, la pronunzia del G.A. che abbia riconosciuto la legittimità della concessione ha natura di sentenza di mero accertamento, secondo quanto traspare dallo sviluppo dell'*iter* motivazionale delle sentenze dell'Adunanza Plenaria.

Come detto, è indubbia l'attitudine delle sentenze amministrative di mero accertamento di passare in cosa giudicata, alla stregua delle altre sentenze della stessa natura.

Queste, infatti, hanno la stessa attitudine ad eliminare l'insicurezza attorno ad una realtà giuridica oppure a un rapporto giuridico, dichiarandoli come realmente sussistenti e certi e/o legittimi, nei termini del giudicato, in forza del quale tale certezza, si afferma come definitiva, in coerenza con la definitività che caratterizza il giudicato.

E tale certezza non può essere resa provvisoria – come pure vedremo in seguito – neppure da una norma successiva che, ove mai rimuovesse o modificasse gli effetti cristallizzati nel giudicato sul rapporto, incorrerebbe, sicuramente incorrerebbe negli strali della Corte costituzionale[15].

2.6. Tuttavia, l'apparato argomentativo della sentenza in esame, per giungere al *decisum* finale, prende spunto dal rilievo che la concessione si realizza in un rapporto di durata (tipica dei contratti c.d. di utilizzazione o di godimento[16]), premessa che è certamente da condividere, atteso che gli obblighi delle parti nascenti dal contratto di concessione e gli effetti del contratto stesso si protraggono uniformemente nel tempo senza possibilità di frazionamento, come è proprio dei contratti ad esecuzione periodica.

Ma, se così è, nel contratto di concessione di un bene demaniale è connaturato il perdurare nel tempo, con la indicazione della durata e/o del termine di scadenza, a meno che non si voglia ipotizzare una concessione 'a tempo indeterminato', la cui praticabilità concreta sarebbe da porre fortemente in dubbio e, comunque, non parrebbe corrispondente alla realtà del caso esaminato.

---

[14] Sul passaggio in giudicato delle sentenze di mero accertamento o dichiarative, come quelle che si limitano ad accertare l'*an debeatur*, o una nullità, la qualificazione giuridica di un contratto, una inopponibilità, ovvero l'usucapione di un bene la giurisprudenza è sterminata. In particolare, si vedano, a titolo esemplificativo: Cass. Civ., sez. III, 20/02/2013, n. 4241;dichiarativa di responsabilità; id. sez. II, 25/07/2011, n. 16238, che dichiara la proprietà; id., sez. I, 01/02/2010, n. 23325, che dichiara l'obbligo del terzo nell'espropriazione presso terzi; sez. I, 24/09/2019, n. 23973, di accertamento negativo sul rapporto biologico di filiazione; sez. VI, Ord., 21/07/2021, n. 20882, che accerta la non autenticità della sottoscrizione di un documento; Tribunale Napoli, sez. IV, sent. 04/06/2021, che accerta l'autenticità e la trascrivibilità del documento.

[15] Cfr., *ex multis*, Corte Cost., 07/11/2007, con nota di R. CAPONI; Corte Cost., 04/07/2013, n. 179.

[16] G. IUDICA, P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, 2010, cap. 2.

ISSN 2036-7821

Del resto, l'ordinamento non conosce una concessione che non sia perdurante nel tempo ed in cui non sia indicato il termine finale (ed anche iniziale, espressamente o per implicito) o la scadenza, per cui si potrebbe dire che l'indicazione della durata/scadenza faccia parte di quelle che si sogliono definire gli *essentialia o naturalia negoti*.

Non a caso, il contratto di durata paradigmatico per eccellenza è il contratto di locazione, dal codice civile (art. 1571), definito come *"il contratto col quale una parte si obbliga a far godere all'altra parte una cosa mobile o immobile "per un dato tempo", verso il pagamento di un corrispettivo"*.

Ebbene, il contratto di concessione di bene demaniale[17] è quello che, sebbene sorga e sia disciplinato come rapporto di diritto pubblico, maggiormente è assimilabile al contratto di locazione, poiché in entrambi i casi il proprietario del bene trae da esso una utilità indiretta, concedendone l'utilizzazione ad altro soggetto dietro pagamento di un canone.

Ne deriva che, come per il contratto di locazione, anche nel rapporto/contratto di concessione, l'indicazione della durata, se non un elemento essenziale del negozio, come sopra cennato[18], ne rappresenta almeno la *"condizione essenziale"*, o un *"elemento fisionomico"*[19], un carattere peculiare ed *"essenziale per ambo le parti"*, oppure un *"elemento causale"*[20], una *"connotazione quasi causale"*[21], o la *"intrinseca componente"*[22].

Pertanto, qualunque sia la funzione che si voglia attribuire all'elemento della durata nell'economia della concessione - anche se chi scrive propende per la componente causale - si tratta, in ogni caso, di un elemento (o componente) originario intimamente legato al rapporto, non scindibile da esso, né frazionabile.

2.7. In definitiva, il contratto di concessione, come quello di locazione – e gli altri a questo assimilabili, quali, ad esempio, il contratto di somministrazione, di affitto di fondo rustico o di azienda, i contratti di associazione, quali la società in nome collettivo e la società per azioni[23], per le quali l'indicazione della durata del rapporto nell'atto costitutivo è obbligatoria – non possono esistere senza la determinazione del tempo, tanto che se le parti hanno omesso di indicare il tempo di durata del contratto (di locazione o di affitto), a tanto provvede la legge (artt. 1474 e 1630 c.c.).

---

[17] G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, p. 228.

[18] A. BUCCI, E. MALPICA, R. REDIVO, *Manuale delle locazioni*, Padova, 1989; M. DOGLIOTTI, A. FIGONE, *La Locazione*. *Disciplina generale.*, Milano, 1993.

[19] A. TABET, *La Locazione-conduzione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1972, XXV.

[20] F. MESSINEO, *Enc. del Dir.*, voce *Contratto (dir. priv.)*, Milano, 1961, vol. IX, p. 927.

[21] M. BESSONE, *Lineamenti di diritto privato*, Torino, 2004, p. 421.

[22] R. MICCIO, *La Locazione*, Milano, 1961, XII, 61; S. COCO, *voce Locazione (dir. priv.)*, in *Enc. del Dir.*, Milano, 1974, XXIV.

[23] È un tipico contratto di durata. Si veda G. FERRI, *Della societe*, in *Commentario c.c. Scialoja e Branca*, Bologna, 1955, p. 221.

ISSN 2036-7821

Ne deriva che, come non può concepirsi un rapporto di durata senza la determinazione del suo permanere per un dato tempo, che si iscrive nel profilo causale in quanto concilia l'interesse delle parti sotteso all'operazione economica, il giudicato sulla concessione non può immaginarsi distinto dal suo elemento causale, cioè dalla durata di essa, quale risulta dal provvedimento amministrativo che precede il contratto, nonché del contratto stesso[24].

Con ciò si vuol dire che la determinazione della durata della concessione non è un mero effetto o una fase del contratto, priva di autonomia e di rilevanza giuridica propria, ma un requisito di esistenza e validità dello stesso.

2.8 Orbene, la sentenza in commento omette di considerare il dato che le norme che sopravvengono su situazioni in atto, nelle quali la durata sia componente essenziale, di regola contengono regole transitorie, che ne disciplinano la sorte e che nella fattispecie giudicata mancano.

2.9 Da tutto quanto sopra detto deriva, ad avviso dello scrivente, l'impossibilità di praticare la cesura operata dall'Adunanza Plenaria in ordine all'elemento essenziale della durata del rapporto concessorio che, in tal guisa, viene considerato come un elemento a sé stante.

In tal modo, esso sia verrebbe separato dal rapporto medesimo, che intrinsecamente lo contiene e al quale è intrinsecamente e inscindibilmente e funzionalmente legato come in un *unicum*, e sia verrebbe scisso nel tempo, ritenendolo coperto dal giudicato, fino all'intervento dello *ius superveniens* (norma comunitaria o sentenza che questa interpreta), e non coperto dal giudicato stesso per il tempo posteriore, ricadente sotto l'imperio della legge/sentenza comunitaria che, per la contrarietà alla legge nazionale, pone nel nulla l'entità concessione.

2.10 Le superiori considerazioni circa la natura e la struttura della concessione consentono di ritenere che il giudicato sulla legittimità della stessa si riflette inevitabilmente anche sul tempo totale della sua durata, così come fissato sin dall'origine nel contratto e come già stabilito nel provvedimento anteriore al contratto stesso.

Se una scissione siffatta potesse ammettersi, si giungerebbe a ritenere che qualora lo *ius superveniens* (europeo o nazionale), vietante la concessione non preceduta da gara,

[24] Se, ad esempio, poniamo l'esistenza di una società nel cui atto costitutivo sia indicato (necessariamente) il tempo, anche come tempo indeterminato, ne ricaviamo due considerazioni:

a) la prima è che la durata della società nel tempo è carattere indefettibile del contratto, che, *exempli gratia*, l'abbia fissata in cinquanta anni;

b) la seconda è che se, per avventura, dopo la costituzione e nel corso dell'operatività della società, riconosciuta come tale, anche nella durata, da un giudicato, intervenisse una norma (interna o europea) contenente il divieto di estendere la durata dei patti sociali oltre il decimo anno dalla costituzione e se questa norma non regolasse il periodo transitorio, la società, così riconosciuta dal giudicato, diverrebbe, per il periodo successivo all'entrata in vigore della norma, una entità *ope legis* inesistente.

Per la possibilità che le società siano costituite anche a tempo indeterminato, si veda G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, Torino, 1997, vol. II, p.55.

ISSN 2036-7821

intervenisse contemporaneamente o un attimo dopo il (o prima del) provvedimento amministrativo a monte da cui il rapporto concessorio trae origine, questo resterebbe *uno actu perfectus*, perdendo la sua natura di contratto di durata e, soprattutto, sarebbe privato dell'elemento di tipicità causale della durata stabilita nel contratto, riducendosi, per quanto detto ad un contratto *sine causa*.

Vero è che la giurisprudenza ha riconosciuto la possibilità che lo *ius superveniens* agisca sui rapporti di durata per la parte successiva alla sua entrata in vigore, ma, nel caso delle concessioni che ci occupano, non si tratta di un intervento sui meri effetti del rapporto concessivo instauratosi tra il privato e la Pubblica amministrazione ma, piuttosto, di una azione eversiva di una delle componenti originarie ed essenziali del contratto, che non può essere preso in considerazione in se stesso, rescindendolo dal collegamento col fatto generatore, il quale, essendo ormai un fatto compiuto e, per di più, coperto dal giudicato, deve restare insensibile alla norma sopravvenuta.

E, in proposito, non a caso, per ammettere che l'intervento della nuova legge sugli effetti, qualora la norma intervenga appunto per regolare questi indipendentemente dal fatto giuridico che li abbia generati, la giurisprudenza si riferisce ad ipotesi di spettanze stipendiali, contributive ed assistenziali, sottese a rapporti sostanziali, ma solo nell'ipotesi in cui essi siano meramente conseguenziali e non connaturati al rapporto. La giurisprudenza, cioè, ha riguardo a prestazioni periodiche dalla P.A. o dei privati non in conflitto col vincolo del giudicato [25].

Anche la concessione edilizia, come moltissimi altri provvedimenti, ha effetti che durano nel tempo, ma non per questo, una volta rilasciata, può essere assoggettata al mutare della legge che ne regola i presupposti di legittimità.

2.11 Ma vi è di più. La posizione dell'A.P. riporta alle origini il processo amministrativo che, secondo la disciplina introdotta col Decreto Legislativo n. 104/2010, configura, come ormai acquisito dalla dottrina e dalla giurisprudenza uniformi, un giudizio sul rapporto, ovvero sul rapporto concessorio con il suo connaturato tempo di durata.

Orbene, pur nel rispetto dell'ordinamento comunitario, può ritenersi che il giudicato formatosi secondo la legge interna dello Stato membro, che l'ordinamento sovranazionale rispetta riconoscendone l'importanza sia nell'ordine giuridico Europeo sia in quello degli Stati membri[26], copra la concessione (il rapporto concessorio) sia nel momento genetico, che nel suo intero e coessenziale perdurare, in quanto la legge o il provvedimento a monte, concedono il bene demaniale per un tempo X, oppure prorogano la concessione per il tempo Y o fino alla data di Z.

[25] Cass. Civ., sez. lavoro, 03/03/2000, n. 2433; Cass. Civ., sez. I, 28/04/1998, n. 4327; Cons. Stato, Ad. Plenaria, nn. 8 e 9 del 1998; id. Cons. Stato, sez. IV, 06/11/1998, n. 1439.

[26] Cfr. CGUE, sent. *Kapfer*, in causa C-234/04; sent. *Distillerie Smeets Hasselt NV contro Stato belga* in causa C-126/08; sent. *Thyssen Krupp Nicosia*, in causa C-352/09; sent. *Eco Swiss* in causa C-126/97; sent. *Pizzarotti c. Comune di Bari*, in causa C-213/13.

ISSN 2036-7821

2.12 Infine, per quanto riguarda il rispetto della forza del giudicato, la giurisprudenza, sia nazionale che europea, nonché la dottrina, hanno attentamente indagato sul contrasto tra il giudicato interno e la legge/sentenza sovranazionale (Norme CEE, sentenze CGUE, norme della Convenzione EDU e sentenze della Corte EDU), pervenendo alla conclusione che, fatta salva la materia penale, la possibilità del superamento del giudicato formatosi nel campo civile o amministrativo costituisce un evento assolutamente eccezionale, frutto di una valutazione attenta del legislatore chiamato ad adottare le misure necessarie per l'adeguamento della situazione sancita dal giudicato interno alle norme e sentenze sovranazionali, tenendo nella debita considerazione *"altri interessi meritevoli di tutela ed altri principi e valori tutelati dalla Costituzione, quali quelli di certezza e stabilità dei rapporti giuridici e di salvaguardia delle decisioni pubbliche (siano essere provvedimenti o sentenze dei giudici amministrativi) che possono costituire saldo e sicuro fondamento sui cui poggia il giusto affidamento dei cittadini e delle imprese"*[27].

In proposito non è dato leggere nella giurisprudenza, né si apprende dalla dottrina, di un intervento diretto della norma/sentenza sovranazionale nei rapporti definiti dal giudicato, modificandoli o annullandoli, come nel caso esaminato dall'Adunanza Plenaria in cui la norma/sentenza comunitaria ha posto in situazione di *tamquam non essent* le concessioni di beni demaniali in atto per il tempo successivo al vigore delle norme stesse.

Dal panorama giurisprudenziale e dottrinale in questa materia, si apprende, invece, che lo Stato nazionale, nell'apprestare i rimedi straordinari che vanno *ultra (o contra) rem judicatam*, non può prescindere dall'intervento del legislatore o della Corte costituzionale e dalla mediazione dei giudici, come si evince con chiarezza dalla disciplina della revocazione e della revisione delle sentenze passate in giudicato in cui il giudizio che rescinde il giudicato (giudizio rescindente) e quello successivo che a questo sostituisce una diversa decisione (giudizio rescissorio), è sempre affidato al giudice nazionale[28].

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha sempre ribadito il principio (generale) secondo cui il diritto comunitario non impone di regola la disapplicazione del giudicato interno, neppure se lesivo di norme comunitarie, mitigando detto principio con l'introduzione di alcune eccezioni particolari[29].

E, per quanto riguarda le norme della Convenzione EDU, questa conseguenza è dovuta al vigore del principio secondo cui il giudice comune, a differenza di quanto

[27] A. POLICE, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici (Commento a: Corte costituzionale 26 maggio 2017, n. 123), in Dir. Proc. Amm.*, 2/2018, p. 646.

[28] Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 113 del 07/04/2011, con cui il Giudice delle leggi è intervenuto, con sentenza additiva, per correggere la discrasia tra un giudicato penale di condanna e la sentenza della Corte EDU del 9 settembre 1988, non eliminando il giudicato, ma aggiungendo all'art. 630 del codice di procedura penale un nuovo caso di revisione.

[29] C.G.U.E., 18/03/2007, *Olimpiclub*, in C-2/808.

ISSN 2036-7821

avviene per le norme/sentenze della CGUE, non può disapplicare la norma interna in contrasto con le norme della convenzione, ma può solo sollevare questione di legittimità costituzionale della norma che è tenuto ad applicare.
Invero, la norma/sentenza convenzionale non produce effetti diretti nell'ordinamento nazionale, ma impone allo Stato l'obbligo di darvi esecuzione ai sensi – ad esempio – degli artt. 41 e 46 della Covenzione EDU[30].
A comprova di ciò sta il fatto che anche nella materia penale non si è verificata direttamente, ad opera della norma sovranazionale, *"l'erosione e lo smottamento del giudicato"*[31], atteso che l'introduzione del nuovo caso di revisione è frutto della sentenza additiva della Corte costituzionale e nella sua concreta operatività richiede l'intervento del giudice nazionale (artt. 634 e ss. C.P.P.).
2.13. Conclusivamente, deve ritenersi che almeno le concessioni la cui legittimità sia stata accertata con sentenza passata in giudicato restano escluse, fino alla loro scadenza, dalla tagliola delle regole comunitarie che vietano le proroghe senza gara.

3. L'influenza dell'illegittimità comunitaria sul rapporto concessorio.
3.1. Se si ritiene corretta la tesi in precedenza sostenuta e, cioè, che della concessione si debba ritenere parte integrante ed essenziale il tempo di durata, deve logicamente ricavarsene la conseguenza della impraticabilità della scissione temporale operata sul perdurare della concessione (in parte sotto le legge statale e, in parte, sotto lo *ius superveniens/sentenza interpretativa* europea), poiché il tempo determinato nel provvedimento concessivo e nel contratto è, come sopra detto, insito nel rapporto concessorio in tutta la sua durata totale.
3.2. A questo punto, per completezza dell'indagine, occorre stabilire se l'espressione *tamquam non esset*, usata nella sentenza per definire la condizione in cui verrebbe a trovarsi la concessione a seguito dell'intervento della norma/sentenza comunitaria, limiti questo esito ai meri effetti della proroga o se, invece, debba intendersi riferita al rapporto concessorio.
Si tratta di una espressione anodina che va collocata nel campo delle invalidità.
La terminologia usata condurrebbe, *prima facie*, ad ascrivere la fattispecie sotto il profilo dell'inesistenza, conosciuta dalla dottrina amministrativa come perdita di qualsivoglia giuridica rilevanza dell'atto, che però, allo stato non si saprebbe se riferire al provvedimento di concessione, al contratto o, semplicemente, al tempo residuo della concessione.
Si ritiene che, per ragioni testuali ed anche in virtù degli argomenti spesi in precedenza in ordine all'appartenenza necessaria al rapporto del fattore durata,

[30] Corte EDU, Grande Camera, 13/06/2006, *Sejdovic c. Italia*, punto 119; id. Grande Camera, 17/09/2009, *Scoppola contro Italia*, punto 147; Grande Camera, 08/04/2004, *Assanidzé contro Georgia*, punto 198.
[31] A. POLICE, *op. ult. cit.*

ISSN 2036-7821

l'espressione *tamquam non esset* debba ritenersi riferita al rapporto e non possa limitarsi al decorso del tempo posteriore alla norma europea.
Ciò, del resto, emerge dalla sentenza in commento, laddove parla di *"avocazione"* da parte del legislatore del potere di *"regolamentare il rapporto di diritto pubblico"* e prosegue, riferendosi al rapporto di durata, che *"nasce o prosegue col rinnovo della concessione"* e che il provvedimento ricognitivo della proroga disposta per legge assurge a *"fonte di regolazione del rapporto"*[32] e si riferisce non ai meri effetti attuativi, ma a *"quella parte di rapporto non coperta dal giudicato"* assoggettabile allo *jus superveniens* di derivazione comunitaria[33], scindendo ancora una volta il tempo di durata dal rapporto di durata, nonché quando si riferisce all'intervento delle norma comunitaria che provocherebbe l'improvvisa *"decadenza dei rapporti concessori* (sembrerebbe nella loro interezza, n.d.a.) *in essere"*, e quando afferma che, venute meno le proroghe *ex lege*, i concessionari si troverebbero *"privi di titolo legittimante l'occupazione del suolo demaniale, così incorrendo nel reato di occupazione abusiva di spazio demaniale marittimo previsto dall'art. 1161 cod.nav."*, ed infine allorché la sentenza dispone che *"le concessioni in essere"* continuano ad essere efficaci sino al 31/12/2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina, esse *"cesseranno di produrre effetti"*, sottintendendosene la perdurante validità[34].
Deve evidenziarsi che l'atto versante nella situazione patologica della nullità, invero, può non solo creare una situazione apparente e produrre effetti, fino a che non vi sia una pronuncia giurisdizionale di annullamento o un atto di annullamento di ufficio in sede di autotutela o finché non intervenga una sanatoria della nullità, impossibile per l'atto inesistente.
L'atto inesistente, al contrario, non può produrre effetti giuridici né materiali, né risultati nel mondo del diritto, né può essere suscettibile di sanatoria.
Né a fronte dell'atto definito come *tamquam non esset* può configurarsi una ipotesi di invalidità successiva, derivante da una legge che modifichi i presupposti o i requisiti dell'atto originariamente valido o dalla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma in base alla quale l'atto è stato posto in essere[35], poiché, esclusa la pronuncia costituzionale, la legge intervenuta successivamente non si sottrarrebbe, come meglio si dirà più avanti, alla necessità di una dichiarazione espressa di retroattività.
Sicché, se ne ricava che l'espressione usata dalla sentenza deve riferirsi al rapporto concessorio e ha riguardo al vizio di nullità.
3.3. La sentenza in commento, ad ulteriore giustificazione dei propri assunti finali, così si esprime: *"Ed invero, se una legge proroga la durata di un provvedimento*

[32] Si veda il par. 42 della sentenza dell'A.P.
[33] Si veda il par. 44 della sentenza dell'A.P.
[34] Cfr. par. 51 della sentenza, sub. 3.
[35] G. GRECO, Manuale, *op. cit.*, p. 247.

ISSN 2036-7821

amministrativo, quel contenuto continua ad essere vigente in forza e per effetto della legge e, quindi, assurge necessariamente a fonte regolatrice del rapporto rispetto al quale l'atto amministrativo che (eventualmente) intervenga ha natura meramente ricognitiva dell'effetto prodotto dalla norma legislativa di rango primario. Si è verificata, quindi, e in mancanza di una riserva di amministrazione costituzionalmente garantita, una novazione sostanziale della fonte di regolazione del rapporto, che ora trova appunto la sua base, in particolare per ciò che concerne la durata del rapporto, nella legge e non più nel provvedimento"[36].

Orbene, prescindendo dalla natura contrattuale della novazione, di cui meglio si dirà fra breve, deve osservarsi che, allorquando per argomentare si fa riferimento a un istituto del diritto civile[37], di esso non possono non essere coerentemente applicate le regole civilistiche che lo regolano, soprattutto se su di esso manca una disciplina specifica nel diritto amministrativo.

Perciò, nel caso che ne occupa, si dovrebbe trattare di una sorta di novazione legale (*id est:* operata unilateralmente dal legislatore), e andrebbe innanzitutto esclusa la possibilità di riferirsi ad una *"novazione sostanziale"*, che rappresenterebbe un *tertium genus* sconosciuto all'ordinamento, dovendo, invece, riferirsi invece alla novazione causale.

La novazione civilistica, secondo la giurisprudenza, si fa derivare da un contratto, oppure, secondo autorevole dottrina, anche da una fonte diversa non contrattuale, unilaterale, bilaterale o anche legale[38], che sostituisce un rapporto obbligatorio con altro diverso per oggetto (novazione c.d. reale) o per titolo (c.d. novazione causale).

Quest'ultima è da ritenersi ricorrente nel caso di specie, dappoiché siffatto tipo comporta non solo il mutamento della fonte che regola il rapporto e le sue modalità esecutive[39] e la causa di esso non riconducibile a quella del precedente rapporto[40], ma un nuovo rapporto sostituito al precedente[41], essendo l'*aliquid novi* uno dei caratteri essenziali della novazione.

Deriva da quanto ora detto che la proroga *ope legis* e/o per provvedimento amministrativo ricognitivo instaura un rapporto nuovo (*aliquid novi*), sicché non

---

[36] Cfr. punto 42 della sentenza.

[37] Sulla contaminazione tra diritto civile e diritto amministrativo si vedano A. DI MAJO, *Europa e diritto privato. Osservatorio. Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda?*, in *www.giustiziaamministrativa.it,* 09/12/2021; A.M. COLARUSSO, *Interdittive antimafia e finanziamenti pubblici. Commento a C.D.S., A.P. n. 23/2020,* in *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2020,* a cura di S. Toschei, Roma, 2021.

[38] P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in Comm. Scialoja e Branca, Bologna, 1975, p. 61; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 696, con la dottrina ivi richiamata.

[39] P.RESCIGNO, voce *Novazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1965, p. 436.

[40] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 1990, vol. IV, *L'obbligazione*, p. 450; N. DI PRISCO, *Novazione*, in *Trattato di diritto privato,* a cura di P. RESCIGNO, IX, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1984 p. 273.

[41] G. SCALFI, *Manuale di diritto privato*, Torino, 1986, p.129; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, *Diritto civile*, vol. 3, Milano, 1995, p. 172.

ISSN 2036-7821

sarebbe più a parlarsi della continuazione o meno degli effetti del rapporto originario novato e ormai non più esistente[42].

3.4. Si pone, a questo punto, la problematica dell'impatto dello *ius superveniens* non sul giudicato, come in precedenza detto, ma sulle situazioni esaurite.

La sentenza ritiene che queste integrino un rapporto di durata, in corso e non esaurito, ma in atto.

A siffatto argomento si può rispondere, salvo gli approfondimenti che seguiranno, che per rapporto esaurito s'intende il contratto così come è stato perfezionato anche nella sua componente causale della durata nel tempo che, peraltro, è preceduto dal provvedimento definitivo della P.A. che attribuisce la concessione.

Ed infatti, non può tralasciarsi di notare che lo *ius superveniens*, travolgendo in parte, secondo la sentenza in commento, gli effetti di durata e ponendo la concessione nello stato di *tamquam non esset*, travolgerebbe anche l'atto amministrativo che precede il contratto, con la conseguente violazione del principio *tempus regit actum*, in forza del quale quell'atto deve restare valido, dovendosene la validità apprezzare, appunto, in base alla legge vigente al tempo della sua adozione, atteso che *"secondo l'incontrastato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui la legittimità di un provvedimento amministrativo deve essere accertata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, in applicazione del principio del tempus regit actum, con conseguente irrilevanza di provvedimenti successivi (in applicazione, quindi, di un consolidato indirizzo, di cui sono espressione, da ultimo, le seguenti pronunce"*[43].

Problematica, questa, che l'Adunanza Plenaria non pare aver affrontato, avendo omesso l'indagine sulla sorte del provvedimento amministrativo che si trova a monte, che è la base necessaria della concessione e che contiene anch'esso l'indicazione del tempo di durata di essa.

3.5. In buona sostanza se c'è, come pare non possa dubitarsi, prima e alla base del contratto che dà origine al rapporto di diritto pubblico di concessione di un bene demaniale, un atto amministrativo, peraltro discrezionale, che amplia la sfera giuridica del destinatario, al quale viene attribuito in diritto-dovere-potere di svolgere una attività economica sul bene medesimo, ne viene di necessità l'interrogativo circa l'impatto della sentenza/legge comunitaria (*ius superveniens*) sul provvedimento di concessione.

E, precisamente, ne scaturisce la domanda sul se lo *ius superveniens* abbia forza abrogante innanzitutto della legge che *ratione temporis* regola il provvedimento ed in base alla quale va scrutinata la legittimità di esso.

---

[42] Per tutti, si veda C.M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 443 e ss.; U. BRECCIA, *op. cit.*, pp. 690 e ss.; N. DI PRISCO, *op. cit.*, pp. 262 e ss.

[43] Così testualmente Cons. Stato, sez. V, 28/07/2014 n. 3990. Inoltre, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11/04/2014, n. 176; id. 06/12/2013, n. 5822; 21/08/2012, n. 458; 09/02/2012, n. 693: id., sez. IV, 12/06/2003, n. 3306; Cons. Stato 1763/2014; Cons. Stato 5708/2013; TAR Campania – Na, Sez. V, 13.1.2017 n. 329).

ISSN 2036-7821

Come detto, in relazione alle norme della Convenzione EDU, la Corte di Strasburgo ha sempre ribadito il principio che la norma europea non ha effetto diretto nell'ordinamento nazionale, ma impone allo Stato membro di darvi esecuzione ai sensi degli artt. 41 e 46 della Convenzione[44] e, infatti, quando è stato necessario integrare l'art. 630 del codice di procedura penale, non essendo intervenuto il legislatore, l'integrazione è avvenuta ad opera delle Corte costituzionale[45].

Per quanto riguarda i rapporti tra ordinamento nazionale e norme comunitarie non pare che alcuno (e, invero, neppure la sentenza di cui trattiamo) abbia sostenuto l'abrogazione – in questo caso tacita, ma potrebbe anche dirsi quella espressa – di una legge nazionale ad opera di una legge europea, potendo crearsi, tutt'al più, una questione di conflitto tra norme, ma giammai una questione/rapporto tra norma *abrogans* e norma abrogata.

Ed inoltre, sul rapporto tra norme (e sentenze ad esse parificate) europee e giudicato, si è detto che la Corte di Lussemburgo ha sempre ribadito il principio generale secondo cui il diritto comunitario non impone di regola la disapplicazione del giudicato, neppure se lesivo di norme comunitarie, (tranne alcune specifiche eccezioni, ad esempio nel caso in cui il giudicato coinvolga settori di pertinenza esclusiva della Commissione CEE, regolati come tali prima del giudicato)[46].

3.6. Viene allora da porsi la domanda sul se la norma europea, che non abroga la legge nazionale del tempo, 'abroga' (per così dire) il provvedimento che è alla base della concessione.

Ancora una volta, non pare che l'Adunanza Plenaria abbia sostenuto ciò e, del resto, l'istituto dell'abrogazione dei provvedimenti amministrativi è conosciuto in dottrina[47] non come espressione di un potere tipico della P.A. di emettere un *contrarius actus*, ma come effetto dell'incompatibilità che si crea tra un atto precedente e un altro atto successivo abrogante.

In ogni caso, va sottolineato che il procedimento amministrativo che conduce alla concessione (*rectius:* al contratto di concessione), una volta approdato alla determinazione conclusiva della P.A., per il principio *tempus regit actum*, deve ritenersi insensibile allo *ius novum*[48].

---

[44] Corte EDU, Grande Camera, 13/06/2006, *Sejdovic c. Italia*.

[45] Corte Cost., 12/07/1991, n. 13.

[46] C.G.U.E., sent. *Lucchini*, 18/09/2007, in causa c-119/05, avente ad oggetto, da un lato, la decisione della Corte di Appello di Roma che aveva sancito, con forza di giudicato, l'obbligo dello Stato italiano di versare un sostanzioso contributo alla Lucchini, e, all'opposto, la decisione della Commissione CEE, che riteneva il contributo non spettante ed era antecedente alla formazione del giudicato, peraltro in una materia come gli aiuti di Stato di esclusiva competenza della Comunità; sent. *Olimpiclub*, già citata *supra*; sent. 07/01/2005, *Wells*; sent. 13/01/2004, *Kune & Heitz*; sent. 13/06/2006 in C-173/03; punto 37 della memoria dell'Avvocato Generale.

[47] E. CANNADA BARTOLI, voce *Abrogazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, Milano, pp. 157 ss.

[48] Per l'affermazione implicita della intangibilità dell'atto che conclude il procedimento amministrativo e per il quale non sia più possibile l'intervento in autotutela della stessa P.A., cfr. Cons, Stato, Sez. III, 30/01/2012, n. 445;

ISSN 2036-7821

Deriva da quanto precede che l'applicare lo *ius superveniens* al contratto di durata (o di utilizzazione, che dir si voglia), quale è la concessione di beni pubblici, oblitera l'incidenza dello *ius novum* sul provvedimento amministrativo definitivo che quella concessione precede e legittima e che sicuramente costituisce un fatto compiuto.
E, peraltro, sull'esistenza di una categoria di 'provvedimenti di durata' deve , a parere dello scrivente, darsi risposta negativa poiché il protrarsi nel tempo degli effetti del provvedimento non rende questo un 'provvedimento di durata' che nel suo svolgersi temporale possa cadere sotto il dettato della legge sopravvenuta.
3.7. Orbene, se la funzione del giudicato è quella di dirimere in maniera definitiva la lite nei limiti delle domande proposte e l'autorità dello stesso è oggettivamente circoscritta alla funzione della pronunzia giudiziale richiesta, sarebbe illogico immaginare che il concessionario chieda affermarsi la legittimità della concessione, ottenendo una pronunzia positiva in tal senso, e limiti la domanda al mero atto concessivo – e, per giunta ricognitivo, se la proroga è stabilita per legge – senza comprendere la durata del rapporto.
3.8. Ciò in quanto la giurisprudenza, anche costituzionale ed europea, e la dottrina sono pervenute alla conclusione che, fatta salva la materia penale[49], il superamento del giudicato, formatosi secondo le norme interne nei processi civili e amministrativi, è evento assolutamente eccezionale ed è consegnato alla prudenza del legislatore che dovrà adottare le misure necessarie per adeguare la situazione sancita dal giudicato alle norme o sentenze sovranazionali[50].
Ma, a quanto si apprende dalla giurisprudenza e dalla dottrina, si tratta sempre di misure che prevedono l'intervento del legislatore nazionale oppure, per esso, della Corte costituzionale, senza che sia dato leggere di una influenza immediata e diretta delle regole (o sentenze) sovranazionali sui rapporti definiti dal giudicato, come nel caso esaminato dall'Adunanza Plenaria in cui la norma (sentenza) comunitaria sopravvenuta pone nel nulla il rapporto sancito come legittimo dal giudicato[51].
Una attenta dottrina[52], sia pur riferendosi all'intervento delle sentenze della Corte EDU, ha svolto una puntuale analisi dei precedenti giurisprudenziali in materia, e, commentando la sentenza della Corte Costituzionale n. 123 del 2017, ha evidenziato come il Giudice delle leggi abbia posto in rilievo le differenze tra i giudicati civile e

---

in dottrina, con riguardo al *principio tempus regit actus*, si vedano E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008; G.D. COMPORTI, *Tempus regit actionem, Contributo allo studio di diritto intertemporale nei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001.

[49] Corte Cost., 07/04/2011 n. 113, che ha introdotto una specifica ipotesi di revisione della sentenza penale passata in giudicato e ha dato origine ai dubbi di costituzionalità anche con riguardo al giudicato amministrativo.

[50] Corte Cost., 18/01/2018, n. 6, punto 14, cpv.

[51] Per una panoramica sulla questione, cfr. Corte Cost., 18/07/2013, n. 210; Id. 07/04/2011, n. 113; Cons. Stato, Ad. Plen., 04/03/2015, n. 2; Corte EDU, Grande Camera, 05/02/2015, *Bochan*, par. 57; Cons. Stato, sez. IV, 17/11/2016, n. 4765.

[52] A. POLICE, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

amministrativo, rispetto alla *ratio* ispiratrice del precedente del 2013, riguardante la materia penalistica, e, considerando i valori connessi al giudicato, ha sottolineato la necessità di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare la giustizia sostanziale (come nel caso dell'art. 630 c.p.p.) e l'esigenza, posta a tutela dell'interesse generale, di certezza del diritto e dei rapporti, senza indulgere verso quelle *"posizioni di erosione e smottamento del giudicato"* che viene collocato senz'altro in posizione recessiva rispetto alla norma sovranazionale[53].

Si tratta, dunque, di contemperare il rispetto delle norme europee con altri principi ed interessi meritevoli di tutela e altri valori che pervadono l'ordinamento e sono presidiati dalla Carta fondamentale, quali, oltre a quelli già detti, possono essere i *"principi di certezza e stabilità dei rapporti giuridici ed alla necessita che le decisioni pubbliche (siano esse provvedimenti amministrativi o sentenze dei giudici amministrativi sull'esercizio del pubblico potere) possano costituire saldo e duraturo fondamento del giusto affidamento del cittadino e delle imprese"*[54].

3.9. In proposito non giova alla tesi contraria la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2016 – alla cui lettura si rinvia – che ha compiuto una attenta analisi sul giudicato amministrativo e l'effetto che su di esso produce lo *ius superveniens*.

Ed invero, quella pronuncia è stata emessa in sede di giudizio di ottemperanza e per un caso in cui il giudicato non si era formato su una sentenza c.d. auto-esecutiva, che, come quella in commento, avendo statuito anche sul rapporto, aveva come effetto diretto e definitivo la conservazione del bene della vita.

Si trattava, invece, dell'ottemperanza ad una sentenza che richiedeva il riesercizio del potere amministrativo, da esercitarsi nella vigenza della norma comunitaria.

Ora, è noto che il giudizio di ottemperanza ha natura mista per cui, oltre ai profili di esecuzione del giudicato non adempiuto, presenta anche profili di cognizione, atteso che negli ampi poteri conferiti al giudice dell'ottemperanza rientra anche quello di interpretare il *decisum* della sentenza da eseguire, cioè di intendere il contenuto prescrittivo della sentenza cui dar seguito nella successiva attività amministrativa, eventualmente integrandone il comando, con la possibilità anche della messa in discussione dell'assetto del rapporto sostanziale attinto dal giudicato[55].

Se così è, a fronte del giudicato di annullamento dell'atto amministrativo formatosi sulla sentenza esaminata dall'Adunanza Plenaria n. 11/2016, che comportava il riesercizio del potere amministrativo, il rapporto non poteva dirsi definitivamente cristallizzato nel giudicato a cagione del potere pubblico ancora esercitabile dalla

[53] Si veda la sentenza del 16 aprile 2002 nella causa *Dangeville c. Francia* e la più risalente sentenza *Dorigo* del 1998, nonché Cass. Pen,sez. I, 25/01/2007, n. 2800 in *Corriere Giuridico*, 2007, 5, 684, con nota di CONTI.

[54] A. POLICE, *op. cit.*, par. 3.

[55] Sulla natura "polisemica" del giudizio di ottemperanza la giurisprudenza è costante: si vedano, per tutte, C.G.A.R.S., 19/07/2021, n. 723; id. 12/07/2021, n.690: Cons. Stato, sez. II, 16/03/2021, n. 2248; Cass. Civ., SS.UU., 29/07/2021, n. 21762; Corte Cost., 12/12/1998, n. 406 che parla di potenzialità *"sostitutive e intromissive nell'azione amministrativa"*.

ISSN 2036-7821

P.A., per cui il giudice dell'ottemperanza non si trovava di fronte ad un giudicato auto-esecutivo, ma di fronte ad un giudicato (sul rapporto) c.d. "a formazione progressiva". Tale accezione è descrittiva dello specifico mezzo processuale satisfattivo a disposizione della parte vittoriosa in forza di una sentenza non autoesecutiva, il che non può dirsi in relazione alla sentenza che abbia riconosciuto la legittimità del rapporto concessorio[56].

Non sembra allora azzardato affermare che l'argomentazione dell'Adunanza Plenaria del 2016 potrebbe essere addotta sostegno della nostra tesi laddove quella sentenza testualmente afferma che *"la sopravvenienza normativa non rileva rispetto al giudicato che abbia definito ogni aspetto del rapporto controverso, mentre opera secondo l'ordinaria disciplina della successione di norme nel tempo, qualora incida sui tratti del potere amministrativo non vincolato dal giudicato"*, se si considera che, nel caso che ci occupa, si tratterebbe di un giudicato formatosi sulla legittimità della concessione, che abbraccia appunto *"ogni aspetto del rapporto controverso"*, e dunque non richiede, e neppure implicitamente prevede, attività amministrativa successiva, con la quale la P.A., tenendo conto delle prescrizioni della sentenza, si conformi al giudicato medesimo.

In conclusione, a parere dello scrivente, non è possibile scindere dalla concessione del bene demaniale il tempo della sua durata trattandolo come una entità a sé stante da assoggettare alla mutevolezza delle regole che possono intervenire nel corso del suo svolgimento.

III.10 Ma la questione affrontata dall'Adunanza Plenaria pone un ulteriore e serio problema e cioè quello che, oltre all'impatto delle norme sovranazionali sul giudicato, riguarda l'efficacia e i limiti temporali dello *ius superveniens* (e delle sentenze interpretative ad esso equiparate).

In buona sostanza, essa pone il problema della (ir)retroattività della legge.

In proposito l'art. 11, comma 1, delle disposizioni sulla legge in generale così recita: *"la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo"*.

A tal riguardo, è noto che il principio della irretroattività della legge riceve il crisma costituzionale solo per quanto riguarda le leggi penali (art. 25, comma 2, Cost.), mentre quello sancito nelle preleggi non è di rango costituzionale, ma ha un carattere meramente direttivo e/o interpretativo, che non vincola il legislatore, il quale può ben derogarvi.

Le deroghe, tuttavia, come ha sancito la Corte costituzionale, oltre che risultare da una espressa dichiarazione del legislatore, debbono avere carattere assolutamente

[56] Sul giudicato a formazione progressiva, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 04/11/2021 n. 7378; id., sez. V, 08/07/2021, n. 5196; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. III, 01/07/2021, n. 2150; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II-quater, 10/05/2021 n. 5405; Cass. Civ., sez. I, 23/10/2009, n. 1732; T.A.R. Campania-Napoli, sez. V, 09/07/2020, n. 2947.

ISSN 2036-7821

eccezionale e poggiare su adeguate ragioni giustificatrici, restando comunque invalicabile per il legislatore il principio della *res iudicata*[57].

Ed allora, delle due l'una:

a) o la norma/sentenza europea non è retroattiva e, in tal caso non può colpire né il provvedimento né il conseguente contratto di concessione;

b) oppure è retroattiva, e in tal caso, alla stessa stregua delle sentenze della Corte costituzionale o delle leggi di interpretazione autentica, produce l'invalidità originaria del provvedimento e del contratto.

Ma, per quanto detto sopra, la norma non può considerarsi retroattiva, non essendo la retroattività né giustificata, né espressa e nemmeno ricavabile dalla lettera, dalla struttura o dallo scopo di essa.

Si impone, perciò, la conclusione sub a).

Alle tesi contrarie a quelle sostenute in questo scritto non può giovare il richiamo alla sentenza della CGUE sul caso Lucchini, poiché quel giudizio verteva su una fattispecie affatto diversa, nella quale, da un lato, esisteva il giudicato formatosi sulla sentenza della Corte di Appello di Roma, che aveva sancito l'obbligo dello Stato italiano di versare il contributo alla impresa Lucchini, e, dall'altro, vi era la decisione della Commissione europea, precedente, si badi, alla decisione della Corte romana e notificata agli organi competenti, che sanciva la illegittimità comunitaria del contributo medesimo, e che sarebbe stata vanificata dall'A.G. nazionale.

Inoltre, il contrasto tra il giudicato e la decisione della Commissione verteva su una materia di specifica competenza della Commissione stessa e concernente, perciò, un diritto sottratto alla disponibilità dei soggetti nazionali.

Un illustre studioso del processo, dopo un'ampia disamina della giurisprudenza sovranazionale, così concludeva il suo commento alla sentenza Lucchini *"Non pochi saranno i problemi che si porranno al nostro Consiglio di Stato: esso, se non riterrà di dare solo atto del primato del diritto comunitario su qualunque altra norma nazionale (art. 111, comma 2 e comma 7, Cost., incluso), dovrà cercare di dare impulso - se del caso tramite rimessione alla Consulta - al predetto allargamento del motivi di revocazione straordinaria e così ristabilire la compatibilità, diversamente a rischio, fra principii costituzionali (quelli sull'equo processo che incorporano anche la definitività dell'accertamento espresso da un giudicato sostanziale, se non cade prima il giudicato come atto) e soggezione dei giudici nazionali alla funzione interpretativa accentrata della Corte di giustizia quale riflesso del*

[57] Cfr. Corte cost., 28/07/1976 n. 194; 22/03/1971, n. 55 ; 10/12/1981, n. 185; Cons. Stato, sez. IV, 12/06/2003, n. 3306; Corte cost., 28/07/1976, n. 194; Cass. Civ., nn. 1176/66; 1538/67;19/70; 175/74; id. 70/83. Sui requisiti perché una legge possa dirsi retroattiva si segnalano particolarmente, Cass. Civ., SS.UU., 28/01/2021, n. 2061; Corte cost., 23/03/2021, n. 46, che così testualmente si esprime: *"il legislatore, nel rispetto del limite posto per la materia penale dall'art. 25 cost., può emanare norme retroattive, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti "motivi imperativi di interesse generale", ai sensi della convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"*

ISSN 2036-7821

primato dinamico del diritto comunitario. Siamo proprio (anziché a Lussemburgo) a Scilla e Cariddi"[58].

4. Conclusioni.

Conclusivamente, può ritenersi che:

- se l'impatto della norma sopravvenuta trova ostacolo nel giudicato;
- se non si verifica la incompatibilità abrogante del provvedimento, come sopra si è detto;
- se, ancora, la norma europea non può abrogare la legge del tempo in cui la. P.A. si determinò per la concessione del bene demaniale al privato, ma può solo causarne la disapplicazione in favore della norma europea;
- se, ancora, l'atto finale del procedimento, la cui validità va scrutinata secondo la legge (nazionale) vigente al tempo in cui fu emesso, non può essere direttamente eliminato dall'entrata in vigore della regola europea;
- allora, all'Amministrazione concedente, essendo, peraltro, esclusa la possibilità di intervento in autotutela ex art. 21 *quinquies* e *nonies* della legge n. 241/90, come affermato dalla stessa sentenza nella risposta al secondo quesito, non resta che attendere lo spirare del termine concesso dall'Adunanza Plenaria che, così, ha sopperito alla mancanza della norma transitoria di solito presente nei casi di *ius superveniens*.

[58] C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino a intaccare la "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, in *Corriere Giuridico*, 9/2007, pp. 1189 e ss.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Brevi riflessioni in tema di disapplicazione da parte del G.A.

di Antonella Corsale

(Dottoranda di Ricerca presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa. – 2. La giurisprudenza in materia di disapplicazione del G.A. prima del C.P.A. – 2.1. La rilevabilità ex officio della invalidità dell'atto amministrativo. – 3. La disapplicazione dopo il C.P.A. – 4. La compatibilità del potere di disapplicazione con il processo amministrativo. – 5. Brevi considerazioni conclusive.

Abstract

The administrative justice system - as is well known - has undergone profound changes since the now distant law abolishing the courts of administrative disputes (L. 2248/1865), whose art. 5 delegates "to the judicial authorities" the power to apply "administrative acts and general and local regulations insofar as they comply with the law".

The provision, which has always been at the center of a lively debate both in doctrine and in jurisprudence, was considered the main basis for the recognition in via pretoria to the administrative judge (hereinafter G.A.) of the power to set aside the administrative act.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. *Premessa*

Il sistema di giustizia amministrativa – come è noto – ha subìto profondi mutamenti dalla ormai lontana legge abolitrice dei Tribunali del contenzioso amministrativo (L. 2248/1865), il cui art. 5 demanda «alle autorità giudiziarie» il potere di applicare «gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi».

La disposizione, da sempre al centro di un animato dibattito sia in dottrina che giurisprudenza, è stata ritenuta il principale fondamento per il riconoscimento in via pretoria al giudice amministrativo (d'ora in poi G.A.) del potere di disapplicare l'atto amministrativo[1].

Nonostante la disapplicazione abbia indubbiamente irrobustito la tutela erogabile da parte del G.A., nel processo amministrativo contemporaneo il suo uso è diventato sempre meno frequente, il che può trovare una spiegazione: a) nella sempre più precisa definizione giurisprudenziale dei concetti di lesività e di interesse a ricorrere e nell'atteggiamento più prudente degli avvocati; b) nel recente cambiamento delle regole processuali che potrebbero aver fatto venire meno le ragioni che 'stimolavano' la disapplicazione o addirittura la possibilità del G.A. di disapplicare.

Dopo aver ripercorso le ragioni che hanno consentito l'affermazione della disapplicazione, con il presente saggio ci si propone di verificare la sua praticabilità alla luce del Codice del Processo Amministrativo (d'ora in poi C.P.A.), non sembrando venuta meno la sua utilità: attraverso il potere in parola il G.A. potrebbe giudicare della legittimità – beninteso, nei confronti di un atto amministrativo divenuto inoppugnabile – epperò non già attraverso l'annullamento, ma con una pronuncia incidentale, produttiva di effetti limitatamente al caso controverso, evitando ricadute negative derivanti dall'applicazione di un atto amministrativo illegittimo.

[1] La bibliografia in tema di disapplicazione è molto ampia. Fra i tanti si v.: E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di ufficio di norma regolamentare illegittima*, in *Giur. it.*, 1993, III, 1, pp. 653 ss.; ID., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1950; S. BACCARINI, *Disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo: c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico*, in *Foro amm.*, 1993, pp. 446 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *In tema di atti generali e disapplicazione amministrativa*, in *Giur. it.*, 1998, pp. 2187 ss.; C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, n. 4, pp. 1076 ss.; F. ANCORA, *La disapplicazione da parte del giudice amministrativo: disapplicazione provvedimentale e disapplicazione normativa*, in *Giur. merito*, 2000, pp. 944 ss.; D.F.G. TREBASTONI, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2000, fasc. 2, II, pp. 675 ss; A. DE ROBERTO, *«Non applicazione» e «disapplicazione» dei regolamenti nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *"Impugnazione" e "disapplicazione" dei regolamenti*, Torino, 1998, pp. 15 ss.; G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, pp. 661 ss.; D. CASCIONE, *Disapplicazione normativa e provvedimentale ad opera del G.A. e della P.A.*, in *Foro amm. Tar*, 2002, n. 2, pp. 682 ss. Fra i più recenti si v.:F. CINTIOLI, voce *Disapplicazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, p. 269 ss.; R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011.

ISSN 2036-7821

Quanto al metodo, fra le varie opzioni quella assunta per il presente studio coniuga induzione e deduzione[2]. Così, attraverso lo studio della giurisprudenza amministrativa sullo specifico oggetto d'indagine, e l'analisi della dottrina che con essa si è confrontata, sarà possibile inferire le ragioni che sono alla base degli orientamenti dei giudici sul potere *de quo*. A seguire verrà esaminata in estrema sintesi la struttura del nuovo processo amministrativo al fine ultimo di comprendere se ancora esista la possibilità da parte del G.A., laddove ne ricorrano i presupposti, di fare uso della disapplicazione.

2. *La giurisprudenza in materia di disapplicazione del G.A. prima del C.P.A.*

A partire dal secondo dopoguerra, il monolitico orientamento giurisprudenziale negava che il G.A. potesse disapplicare i regolamenti illegittimi – rilevanti per la definizione del giudizio – in considerazione dell'interpretazione letterale dell'art. 5, L. 2248/1865, All. E, propugnando la tesi della doppia impugnazione, secondo la quale l'atto normativo secondario avrebbe potuto essere contestato in giudizio solo ove impugnato contemporaneamente, sebbene separatamente, con l'atto applicativo del regolamento che attualizzava la lesione[3].

---

[2] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista nel processo di modernizzazione della PA*, in *Dir. pubb.*, 2016, fasc. 3, pp. 1019-1041: «non pare discutibile che i confini dell'oggetto della scienza giuridica siano le norme e la loro concreta applicazione: quindi legislazione e giurisprudenza. È su queste, da queste, ed entro i confini di queste, che si può e si deve fare dottrina. Nella piena consapevolezza della opinabilità dei risultati che nella interpretazione, di volta in volta, si conseguono, e della loro piena e continua rivedibilità» (1026). […] «Ebbene sembra che quello oggi prevalente sia basato sulla combinazione di induzione e deduzione. La ricerca della conoscenza, infatti, non può non passare da una costante e progressiva opera di induzione dal 'diritto vivente', la verità in divenire dovendosi inferire dalla giurisprudenza, dagli orientamenti di concreta applicazione delle norme. Ma ciò, evidentemente, non è sufficiente. Se bastasse, il giurista studioso lascerebbe al giudice la elaborazione scientifica, appiattendosi sulle affermazioni di questi e rinunciando al suo compito 'scientifico'. Ed invece è necessario che egli vagli gli assunti derivanti dalla ricognizione della giurisprudenza in modo deduttivo, alla luce, quindi, della teoria generale del diritto, della logica giuridica e dei principi e valori fondamentali dell'ordinamento» (1029).

[3] Ammettere la possibilità di disapplicazione, ai sensi dell'art. 5, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, in sede di giurisdizione generale di legittimità, avrebbe significato negare ogni efficacia preclusiva al perentorio termine d'impugnazione previsto per gli atti amministrativi. Significativa di tale indirizzo è la pronuncia del T.A.R. Lazio, Sez. I, 1 marzo 1978, in *Trib. amm. reg.*, 1978, I, p. 1281: «l'istituto della disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, previsto del resto dalla legge solo per i giudizi davanti alla magistratura ordinaria, si giustifica solo in tale tipo di giudizi nei quali al giudice non è dato di procedere all'annullamento degli atti, ma non ha alcuna ragione d'essere nei giudizi amministrativi nei quali al giudice è riconosciuto il ben più ampio potere di procedere all'annullamento degli atti (che siano impugnati nei termini di decadenza)». Si v. anche Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 1988, n. 334, in *Foro amm.*, 1988, p. 1393: «Gli atti amministrativi efficaci – ivi compresi i regolamenti – non possono essere disapplicati da parte del giudice amministrativo ma soltanto annullati se ritualmente impugnati per motivi di legittimità». In dottrina si v., fra gli altri, G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa* cit., secondo il quale «la presunzione di legittimità importa che "un organo della giurisdizione di annullamento non possa considerare illegittimo un atto amministrativo, che abbia applicato una norma regolamentare *contra legem*, se non sia stato investito anche di un'impugnativa diretta contro tale norma; in quest'ultima ipotesi l'organo della giurisdizione amministrativa, annullando l'atto, annulla anche, nei limiti della controversia portata al suo esame, la norma regolamentare"». Lo stesso A. sostiene che «altre volte

ISSN 2036-7821

Con la sentenza 154/1992[4], auspice parte della dottrina[5], il Consiglio di Stato ha operato un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale, rilevando che «nessun ostacolo poteva connettersi al disposto dell'art. 5 dell'Allegato E recante la menzione del potere di disapplicazione in favore del solo giudice ordinario, dovendosi considerare che all'epoca il giudice amministrativo, appena abolito, non era ancora ricomparso sulla scena giudiziaria»[6]. Ma, siccome «in uno Stato di diritto non può mancare un meccanismo invalidante delle norme di grado inferiore che siano in contrasto con precetti poziori dell'ordinamento, e, dal momento che per le leggi tale sindacato si svolge dinanzi alla Corte Costituzionale, per le fonti subordinate alla legge la scelta non poteva che essere quella della loro disapplicazione da parte del giudice, ordinario o amministrativo, chiamato ad applicarle». Da ciò consegue – ad avviso del Collegio – che se un atto amministrativo normativo contrasta con una fonte primaria preesistente, «deve essere considerato non idoneo, a causa della maggior forza della norma primaria, ad innovare alle statuizioni da essa recate». Il

si fa leva sul fatto che avendo il giudice amministrativo il potere di annullamento, non gli si può chiedere un *minus*, qual è la disapplicazione. Vi sarebbe cioè una sorta di incompatibilità ontologica tra l'art. 5 e la giurisdizione amministrativa generale di legittimità: questa è una giurisdizione di annullamento degli atti amministrativi, che conosce della loro legittimità in via principale, ed in sede di tutela di interessi legittimi, mentre l'art. 5 sarebbe riferibile alle sole controversie innanzi al giudice ordinario, ove sono in gioco diritti soggettivi».

[4] Cons. di Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992, in *Foro amm*., 1992, pp. 478 ss.

[5] Tuttavia, sia nella giurisprudenza (Tar Veneto, 16 febbraio 1995, n. 300, in *I Tar*, 1995, I, pp. 1684 ss.; Tar Abruzzo, Pescara, 20 luglio 1995, n. 263, in *Foro amm*., 1996, pp. 226 ss.; Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 1996, n. 597, *loco ult. cit*., 1996, pp. 1560 ss.), che nella dottrina successive (fra gli altri si v. S. GIACCHETTI, *Disapplicazione? No, grazie*, in *Dir. proc. amm*., 1997, pp. 716 ss., il quale sostiene che: «Il g.o. può annullare atti invalidi di diritto comune posti in essere dall'amministrazione e può disapplicare atti amministrativi illegittimi, così come il g.a. può disapplicare atti invalidi di diritto comune ed annullare atti amministrativi illegittimi»; G. ROMEO, *La disapplicazione dei regolamenti illegittimi: una pratica giudiziale dagli esiti incerti*, in *Dir. proc. amm*., 1998, n. 1, pp. 10 ss.), non mancavano opinioni ancora contrarie al potere di disapplicazione del G.A.

[6] Questa decisione è maturata in relazione ad una ipotesi di contrasto tra norme: una di carattere legislativo (art. 62, co. 1, t.u.l.rg. sull'ordinamento dei Comuni, approvato con decreto del Presidente della Giunta regionale del Trentino-Alto Adige 19 gennaio 1984 n. 6/L) e l'altra di carattere regolamentare (art. 53 del regolamento di esecuzione del detto testo unico, approvato con d.p.g.rg. del Trentino-Alto Adige 12 luglio 1984 n. 12/L). In tal evenienza, secondo il Consiglio, occorre applicare gli artt. 1, 3 e 5 delle disposizioni preliminari del c.c., nonché i principi generali sulla gerarchia delle fonti, per i quali non è consentito ad un regolamento di esecuzione dettare disposizioni in contrasto con quelle, di carattere superiore e prevalente, contenute per la stessa materia in un atto legislativo, a meno che in questo non vi sia una espressa previsione di deroga. Infatti, osserva il Collegio, inerisce al rapporto di sovraordinazione di una fonte ad un'altra l'idoneità dell'atto di rango superiore a determinare la non applicazione della norma inferiore. Pertanto, l'art. 53, d.p.g.rg. 12 luglio 1984 n. 12/L, nella parte in cui prescrive che a seguito della ricezione dei chiarimenti da parte dell'organo di controllo i termini per l'annullamento decorrono per il tempo ancora mancante alla scadenza, deve essere disapplicato, stante l'art. 62, co. 1, d.p.g.rg. 19 gennaio 1984 n. 6/L, in forza del quale, dopo l'adempimento da parte dell'amministrazione, ai fini della pronuncia dell'atto negativo di controllo, il termine inizia a decorrere nuovamente per intero. Sempre Cons. St., Sez. V, 7 aprile 1995, n. 531, in *Foro amm*., 1995, pp. 900 ss., nel richiamare la pronuncia del 1992, afferma che il principio di gerarchia delle fonti, così come stabilito dall'art. 4 disp. prel., deve prevalere sul divieto di disapplicazione, nei casi in cui la norma secondaria sopravvenuta regoli in modo difforme dalla legge situazioni giuridiche qualificabili come diritti.

ISSN 2036-7821

G.A., dunque, svolgendo il suo sindacato sugli atti di normazione secondaria, potrebbe stabilire la loro «attitudine, in generale, ad innovare l'ordinamento e, in concreto, a fornire la regola di giudizio per risolvere la questione controversa»[7].
Il nuovo indirizzo giurisprudenziale si fondava dunque su un'interpretazione sistematica dell'art. 5: per il G.A. era paradossale che – stante la inoppugnabilità dell'atto amministrativo e l'assenza di un potere diverso da quello di annullamento – il regolamento non impugnato facesse sopravvivere uno o più atti amministrativi successivi, sui quali si innervava la illegittimità del primo[8].
La svolta giurisprudenziale in parola riproponeva, inoltre, un meccanismo omologo a quello determinato dalla rilevantissima innovazione della disapplicazione delle norme interne confliggenti con il diritto comunitario, che proprio negli anni immediatamente precedenti alla sentenza n. 154, era stato oggetto della elaborazione da parte della Corte Costituzionale.
La Consulta, con le sentenze 170/1984 e 168/1991, aveva infatti affermato che la rilevazione del contrasto di una norma interna con una fonte comunitaria non determinava immediatamente una pronuncia caducatoria in sede di gravame di costituzionalità[9]. L'autonomia tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario, e l'attribuzione in base alla Costituzione di alcune competenze normative all'Unione (art. 11 Cost.), determinava la prevalenza dell'atto comunitario – ove dotato dell'effetto diretto – assunto nell'esercizio di quelle competenze, con la conseguenza che la norma interna con esso contrastante non venisse in rilievo ai fini della disciplina del rapporto: la norma nazionale, dunque, non sarebbe stata suscettibile di annullamento, ma di disapplicazione[10].

---

[7] Così si legge nella sentenza 154/1992. In questi termini si pronuncia anche Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 1995, n. 1332, in *Cons. St.*, 1995, I, pp. 1233 ss., secondo cui «il giudice amministrativo può e deve, stante la gerarchia delle fonti normative sancite dall'articolo 4 delle preleggi, disapplicare le disposizioni regolamentari contrastanti con la legge e con i principi generali dell'ordinamento».

[8] È ciò che si rileva in alcune pronunce successive alla sentenza 154/1992, nelle quali i giudici affermano che l'accertamento della illegittimità della norma secondaria, non direttamente impugnata, la quale rileva comunque come atto presupposto, è compiuta solo incidentalmente perché è tale illegittimità a condizionare la legittimità dell'atto impugnato: «Nel caso in cui un atto amministrativo non sia immediatamente lesivo di un interesse legittimo e non debba, pertanto, essere impugnato *ex se*, esso, se dotato di autonomia funzionale, può rilevare nell'impugnazione di atti successivi, in primo luogo come atto presupposto nel giudizio di impugnazione dell'atto che lo presuppone, con conseguente sua invalidazione nel caso deciso (ed in quanto invalidante l'atto che lo presuppone ne determina l'annullamento); in secondo luogo come atto rilevante in via pregiudiziale nel giudizio di impugnazione dell'atto pregiudicato, con conseguente sua disapplicazione, se riconosciuto illegittimo, nel caso deciso» (così Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 1996, n. 222, in *Foro amm.*, 1996, pp. 488 ss.).

[9] Prima di queste pronunce la Corte costituzionale, sul rilievo che il rapporto era tra una legge ordinaria e una legge, quella di adattamento al Trattato, avente lo stesso rango, affermava che andava applicato il principio vigente in materia di successione delle leggi nel tempo e che, dunque, la legge nazionale andava sempre applicata in quanto successiva al Trattato (sent. 7 marzo 1964, Costa c. Enel).

[10] Cfr. Corte Cost., 10 novembre 1994, n. 384, in www.giurcost.it: «il contrasto tra la normativa comunitaria, direttamente applicabile, e la normativa interna incompatibile non darebbe luogo a questione di legittimità

ISSN 2036-7821

È, dunque, il primato, o la preminenza, del diritto europeo sulle norme nazionali con esso contrastanti (sia precedenti che successive) a generare – unitamente all'effetto diretto – la disapplicazione delle stesse, sì che il rapporto resti disciplinato dalla norma europea.
È dunque la gerarchia tra le fonti il valore che la disapplicazione mira a proteggere. Del resto, è così che viene giustificata nella giurisprudenza amministrativa[11], ossia al fine di evitare, nei limiti del processualmente possibile, che regolamenti illegittimi (in quanto difformi dalla disposizione primaria) trovino applicazione sacrificando la posizione giuridica soggettiva del privato[12].

2.1. *La rilevabilità ex officio della invalidità dell'atto amministrativo*

costituzionale, ma a disapplicazione della norma interna incompatibile, da parte di tutti i soggetti competenti, giurisdizionali e amministrativi».

[11] Si v., fra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2142, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si sostiene che «il Giudice amministrativo non può procedere in via incidentale all'accertamento dell'illegittimità di un provvedimento amministrativo non espressamente impugnato, mentre gli è consentito, anche in mancanza di richiesta delle parti, sindacare gli atti di normazione secondaria al fine di stabilire se essi abbiano attitudine, in generale, ad innovare l'ordinamento e, in concreto, a fornire la regola di giudizio per risolvere la questione controversa, con conseguente possibilità di giungere alla disapplicazione della disposizione regolamentare che si ponga in contrasto con la legge, qualora incida su una posizione di diritto soggettivo perfetto, riconducibile alla norma di legge (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1894 e, da ultimo: Sez. IV, 24 maggio 2005, n. 2631)».

[12] Nella sentenza 154/1992 il G.A. afferma che la disapplicazione «è resa possibile dal fatto che ci si trova in presenza di un diritto soggettivo perfetto, non essendo consentito al giudice amministrativo disapplicare soltanto atti amministrativi autoritativi, in applicazione della regola del giudizio di impugnazione, con tutte le decadenze conseguenti, connessa a situazioni di interesse legittimo. Ma nel caso *de quo* si è in presenza di un rapporto paritetico (tra regione e provincia) e di diritti soggettivi il cui contenuto è completamente riconducibile ad una norma di legge». Negli stessi termini si esprime Tar Emilia-Romagna, 9 febbraio 1999, n. 81, in *Trib. Amm. Reg.*, 1999, I, pp. 1408 ss., pur aggiungendo che «Nelle ipotesi in cui l'ordinamento ha previsto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per assicurare la cognizione del rapporto da parte di un solo giudice naturale (indipendentemente dalla natura delle posizioni soggettive lese), sembra del resto coerente con i principi generali dell'ordinamento assicurare al Giudice amministrativo – che è qui anche Giudice del diritto soggettivo – l'esercizio dei medesimi poteri di disapplicazione che l'art. 5 della legge n. 2248 del 1865, all. E, attribuisce al giudice ordinario» (p. 1412). Si v., ancora, alcune pronunce dei T.A.R. che circoscrivevano il potere di disapplicazione alle fattispecie coinvolgenti diritti soggettivi (cfr. Si v. T.A.R. Catania, Sez. I, 27 aprile 2006, n. 643, in *Foro amm. Tar*, 2006, 4, pp. 1492 ss.: «è assolutamente non configurabile un potere di disapplicazione dei dinieghi e degli ordini rivolti al ricorrente, posto che non appare possibile l'esame incidentale della legittimità di un atto amministrativo – non ritualmente impugnato –, ai fini della cognizione di una domanda (principale) di risarcimento del danno di un diritto assertitamente ritenuto leso. Il potere del giudice amministrativo di disapplicare atti non ritualmente impugnati è invece rigorosamente circoscritto alle ipotesi di giurisdizione esclusiva, relativamente alle controversie concernenti originariamente diritti soggettivi, nonché nei riguardi di regolamenti illegittimi, sia quando il provvedimento impugnato sia contrastante con il regolamento, sia quando sia conforme al presupposto atto normativo». In questi termini si era precedentemente espresso il T.A.R. Roma, Sez. II, 14 ottobre 2004, n. 11000, in *Foro amm. Tar*, 2004, pp. 3011 ss.). In dottrina si v. R. Proietti, *Disapplicazione, una nuova frontiera*, in *Dir. e Giustizia*, 2003, fasc. 26, pp. 44 ss., secondo il quale: «La possibilità di disapplicare regolamenti e atti normativi veniva però riconosciuta in caso di giurisdizione esclusiva riguardante diritti soggettivi, poiché tale situazione è equiparabile a quella posta all'attenzione del giudice ordinario al quale», prosegue l'A., «è attribuito il potere di disapplicare. In sostanza, facendo perno sulla natura non impugnatoria del giudizio, veniva rilevata l'assenza di termini decadenziali» (p. 44).

ISSN 2036-7821

Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale sulla disapplicazione del G.A. ha riguardato un ulteriore profilo, quello dell'esercizio *ex officio* del potere *de quo*[13].
Il Consiglio di Stato, con sentenza 11 marzo 2003, n. 2750[14], nell'ammettere la disapplicazione d'ufficio, afferma che la tesi ad essa contraria[15] sarebbe da disattendere poiché, nello scegliere la norma applicabile al caso concreto, il giudice non può che far utilizzo del principio *iura novit curia* e del principio di gerarchia delle fonti, con la inevitabile conseguenza che, prendendo in considerazione l'intero quadro normativo, a prescindere da qualsiasi prospettazione che di esso fanno le parti in causa, qualora rilevi che la fattispecie sia regolata da una molteplicità di fonti

[13] Tra le prime sentenze aventi ad oggetto la disapplicazione *ex officio* delle norme secondarie si segnala quella del Cons. Stato, Sez. VI, 26 gennaio 1999, n. 59 cit. Il Supremo Collegio Amministrativo in quell'occasione si è espresso in questi termini: «è stato ritenuto che, in presenza di un conflitto tra fonte primaria ed atto di normazione secondaria che disciplini successivamente la medesima fattispecie in maniera contrastante con la prima, la norma di rango secondario, anche se non impugnata, deve considerarsi recessiva e quindi inapplicabile come regola di giudizio». Subito a seguire il G.A. sostiene che «la disapplicazione può prescindere dalla natura delle posizioni soggettive in gioco (diritto soggettivo o interesse legittimo), per investire la rilevabilità d'ufficio della obiettiva esistenza di un atto regolamentare in contrasto con una superiore disposizione di legge, secondo i principi della gerarchia delle fonti contenuti negli artt. 1,3 e 5 disp. prel. c.c.» (col. 111).

[14] Sentenza pubblicata in *Dir. e giustizia*, 2003, fasc. 26, pp. 40 ss. La decisione, che conferma la sentenza emessa in primo grado dal T.A.R. Umbria 176/1996, si distingue dalle precedenti in tema di disapplicabilità degli atti di normazione secondaria, poiché ha ad oggetto una norma contenuta in uno statuto comunale non oggetto di precedente impugnativa. Respinto il ricorso proposto da un segretario generale del comune di Perugia per l'accertamento del diritto all'indennità perequativa prevista dall'art. 51, co. 3, dello statuto comunale, o altro emolumento idoneo a garantire la preminenza del suo trattamento economico rispetto a quello degli altri dirigenti, il T.A.R. aveva ritenuto che la norma statutaria invocata, pur vigente, si poneva in contrasto con disposizioni di rango sovraordinato che attribuivano alla legge dello Stato la determinazione del trattamento economico del segretario comunale, e, pertanto, la norma stessa doveva essere disapplicata dal giudice, in conformità ad un orientamento giurisprudenziale ormai affermato. Il primo mezzo di gravame si risolveva nella contestazione del potere, esercitato dal primo giudice, di disapplicare l'atto normativo, nella specie lo statuto del comune, invocato dal ricorrente quale fondamento del diritto rivendicato, perché ritenuto contrastante con norme di rango legislativo. Secondo l'appellante, il T.A.R. si sarebbe uniformato ad una isolata decisione del Cons. Stato (19 settembre 1995, n. 1332, cit.) e non avrebbe tenuto conto dell'indirizzo giurisprudenziale prevalente, che si assumeva contrario all'attribuzione al G.A. del potere di disapplicare gli atti amministrativi a contenuto normativo che non abbiano formato oggetto di apposita impugnazione. In particolare, si osservava che l'Amministrazione disponeva del potere di annullamento d'ufficio e che pertanto non sarebbe stata legittimata ad invocare in giudizio l'inapplicabilità di una norma che ben avrebbe potuto rimuovere esercitando l'autotutela.

[15] Si v., fra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 6657, in www.pluris.it: «Così un'interpretazione adeguatrice, in un'ottica di bilanciamento di valori costituzionali, pur ammettendo la possibilità della disapplicazione dell'atto di normazione secondaria ai fini della garanzia di effettività del diritto comunitario, deve tenere pur sempre conto del principio della domanda in quanto "il diritto comunitario non impone ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo alla cui osservanza sono tenuti esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte interessata ha posto a fondamento della propria domanda; l'obbligo, per il giudice di attenersi all'oggetto della lite e di basare la propria pronuncia sui fatti che gli sono stati presentati, trova il proprio fondamento nel principio secondo il quale l'iniziativa di un processo spetta alle parti ed il giudice può agire d'ufficio nei soli casi eccezionali in cui il pubblico interesse esige il suo impulso».

ISSN 2036-7821

di rango diverso, dovrà applicare la norma superiore disapplicando d'ufficio la norma gerarchicamente subordinata[16].
L'esclusione della disapplicazione *ex officio* dal processo amministrativo in assenza di un'apposita domanda di parte, comporterebbe in via generale che il giudice potrebbe prendere in esame solo quei profili d'illegittimità del provvedimento che il ricorrente abbia dedotto con il suo ricorso. Di conseguenza, nel caso in cui sia impugnato un atto che trovi il proprio precedente o presupposto in un altro atto del quale sia affermata l'illegittimità, deve ritenersi che il giudice non possa procedere d'ufficio all'accertamento *incidenter tantum* di profili d'illegittimità dell'atto presupposto non rilevati dal ricorrente.
Tuttavia, questa limitazione meriterebbe di essere in qualche modo temperata, pena la svalutazione di fatto del principio *iura novit curia* (deducibile che sia dal sistema nel suo complesso, o dal solo art. 113 c.p.c.[17]), il quale viceversa imporrebbe al giudice la rilevazione delle antinomie normative, al di là della domanda di parte.
Sicché, la disapplicazione ad iniziativa officiosa opererebbe in tutti i casi in cui, pur mancando la domanda di annullamento, nel giudizio emerga una illegittimità del regolamento per contrasto con un'altra fonte, la quale sia sovraordinata per ragioni di gerarchia[18] ovvero di competenza.

3. *La disapplicazione dopo il C.P.A.*
È noto che rispetto al passato il C.P.A. abbia codificato un maggior numero di azioni esperibili dinanzi al G.A., corrispondenti ai poteri che esso può esercitare: di annullamento, di condanna e di accertamento. Nel novero di questi non è entrato

[16] Così si è espresso il Cons. di St., Sez. V, nella decisione 10 gennaio 2003, n. 35, in *Foro it.*, 2004, parte III, col. 413: «L'orientamento ammissivo della disapplicazione dei regolamenti non ritualmente impugnati risulta, in particolare, fondato sul rilievo della natura normativa del regolamento e sulla necessità, in caso di contrasto tra norme di rango diverso, di garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e di accordare, quindi, prevalenza a quelle di rango superiore (e cioè alla legge o ad altro atto di normazione primaria)». Cfr. F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amm. Tar*, fasc. 9, 2003, p. 2779: «La disapplicazione in questi casi s'impone, dando risalto alla natura normativa dell'atto regolamentare e riconoscendo che in fondo si tratta solo di rimettere al giudice il compito di trovare la norma del caso concreto. Se nella materia convergono, con contenuti diversi, la legge ed il regolamento, l'ordine delle fonti va ristabilito anteponendo la prima al secondo».
[17] La disposizione afferma che «Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità».
[18] L'ammissibilità della disapplicazione della norma regolamentare in conflitto con una norma di legge è espressa nella pronuncia del Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2535, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si afferma che «al giudice amministrativo è consentito disapplicare, ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo, la norma secondaria di regolamento, qualora essa contrasti in termini di palese contrapposizione con il disposto legislativo primario, cui dovrebbe dare esecuzione». Nel caso di specie, tuttavia, il Supremo Collegio Amministrativo si limita soltanto a richiamare in punto di diritto l'orientamento, in quel momento risalente, in tema di disapplicazione del G.A., il regolamento della fattispecie concreta essendo «praeter legem, limitandosi a precisare l'ambito di operatività della normativa primaria, sempre nell'ottica e nella prospettiva di una valorizzazione dei principii informatori della medesima».

ISSN 2036-7821

quello di disapplicazione, così riproponendosi, anzi forse acuendosi, il problema della sindacabilità degli atti amministrativi contrastanti con fonti primarie ma conformi a fonti secondarie per le quali sia decorso il termine d'impugnazione[19].
Ciononostante, la giurisprudenza, sia dei T.A.R.[20] che del Consiglio di Stato[21], è stata tutt'altro che timida ed ha, in più di una occasione, ribadito l'utilizzabilità del potere

[19] Invero, così come era avvenuto per le azioni di condanna e di accertamento, ci si poteva aspettare che la giurisprudenza in tema di disapplicazione sarebbe stata recepita nel C.P.A. Infatti, come spiega G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 207: «Alle previsioni del C.P.A. del 2010 […] si è pervenuti attraverso una lenta ma costante evoluzione della giurisprudenza, la quale aveva operato finendo per ampliare progressivamente il novero delle azioni proponibili davanti al G.A.». L'A., poco avanti, sostiene che «il processo amministrativo venne in origine concepito come processo impugnatorio, volto perciò essenzialmente ad ottenere l'annullamento di un atto illegittimo, con una vocazione dunque precipuamente caducatoria: esso, cioè, nasce funzionalizzato alla caducazione del provvedimento, alla sua eliminazione dal mondo giuridico con efficacia retroattiva, una volta che il giudice ne abbia accertato la illegittimità. Possiamo dire che, se storicamente questo è stato (se non l'unico, certamente) il prevalente, tipico e caratterizzante potere del G.A., oggi è significativamente mutata in estensione la fisionomia del processo amministrativo, benché il suo impianto si presenti tuttora influenzato dalla vocazione originaria» (p. 208).

[20] Si v. T.A.R. Napoli, Sez. VII, 10 giugno 2011, n. 3074, in *Foro amm. Tar*, 2011, 6, pp. 2068 ss.; T.A.R. Napoli, Sez. II, 25 luglio 2014, n. 4237, in www.giustizia-amministrativa.it, che stabilisce che l'esercizio del potere di disapplicazione «da parte del giudice amministrativo è ammesso nelle sole ipotesi di giurisdizione esclusiva, relativamente alle controversie relative ai diritti soggettivi, nonché nei riguardi di regolamenti illegittimi, sia quando il provvedimento impugnato sia contrastante con il regolamento sia quando sia conforme al presupposto atto normativo, e, in ogni caso, anche quando si verte in materia di interessi legittimi. […] in conclusione, l'orientamento ormai prevalente che ammette la disapplicazione dei regolamenti non ritualmente impugnati risulta, in particolare, fondato sul rilievo della natura sostanzialmente normativa del regolamento e sulla necessità, in caso di contrasto tra norme di rango diverso, di garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e di accordare, quindi, prevalenza a quella di rango superiore. Si è così superata la risalente posizione volta a sopravvalutare il carattere formale dei regolamenti, intesi quali atti amministrativi, privilegiando viceversa la loro natura normativa e il ruolo che essi svolgono nel complessivo quadro normativo nel quale il giudice è chiamato a decidere la controversia». Si v., ancora, T.A.R. Milano, Sez. II, 27 luglio 2012, n. 2148, in *Foro padano*, 2013, 1, I, p. 102: «Il g.a., in sede di giurisdizione esclusiva, può disapplicare i regolamenti ritenuti illegittimi per assicurare il rispetto del principio di gerarchia delle fonti». In senso analogo si v. T.A.R. Latina, Sez. I, 12 giugno 2013, n. 542; T.A.R. Bolzano, Sez. I, 11 marzo 2013, n. 80. Da ultimo si è espresso il T.A.R. Napoli, Sez. VIII, 6 ottobre 2021, n. 6296, in www.giustizia-amministrativa.it: «Come è noto, infatti, il potere di disapplicazione dei regolamenti, anche se non ritualmente impugnati, è ammesso in caso di contrasto tra norme di rango diverso ma simultaneamente abilitate ad intervenire direttamente sulla stessa fattispecie concreta per garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e accordare, quindi, prevalenza a quella di rango superiore, e cioè alla legge o comunque agli atti di rango primario».

[21] Si v., fra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2011, n. 2155, in *Foro amm.: Consiglio di Stato*, 2011, 4, pp. 1224 ss., in cui si legge: «La Circolare del Ministero della Sanità n. 1200/RSC/956/M.G., del 22 aprile 1996, avente ad oggetto "D.P.R. 484/96: assegnazione delle zone carenti di assistenza primaria e di continuità assistenziale", è stata fatta oggetto di impugnativa proprio con il ricorso deciso con la sentenza n. 660/98 del T.A.R. Umbria, passata in giudicato, ed è quindi stata già esclusa dal mondo giuridico, in quanto annullata in quella sede con effetto erga omnes». Il Collegio prosegue sostenendo che la circolare in questione è «atto generale passibile, in ogni caso, di disapplicazione in via incidentale da parte del giudice amministrativo, ove il suo (del tutto ipotetico) contenuto normativo sia ritenuto in contrasto con norme di fonte superiore e primaria dell'ordinamento statale; nonché soggetto comunque a doverosa disapplicazione anche da parte di ogni Autorità amministrativa, ove reputato in contrasto con normative di fonte comunitaria (quale, nella specie, la direttiva del Consiglio C.E.E. 15 settembre 1986, n. 457, recepita nell'ordinamento interno con il decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 256), in aderenza all'ormai consolidato orientamento di tutte le giurisdizioni (cfr. C.d.S., Sezione V, 6 aprile 1991, n. 452,

ISSN 2036-7821

di disapplicazione, pur non aggiungendo, nelle argomentazioni, nulla rispetto alle pronunce antecedenti al 2010. Ancora una volta, infatti, si richiama la tesi, più volte sostenuta, secondo cui i regolamenti, sono sì atti amministrativi, ma sostanzialmente normativi e, dunque, se sono in evidente contrasto con norme di rango superiore devono essere disapplicati, dagli organi giurisdizionali (ordinari od amministrativi), in modo analogo alla disapplicazione delle fonti primarie contrastanti con quelle euro-comunitarie[22].

Sebbene piuttosto di rado, il G.A. si è espresso anche in tema di disapplicazione *ex officio*, accogliendo l'orientamento favorevole all'utilizzo del potere in parola quando manchi un'apposita richiesta di parte, ciò perché la disapplicazione attiene alla interpretazione delle norme e, pertanto, «può essere compiuta anche d'ufficio dal giudice»[23].

Non mancano, però, pronunce contrarie all'esercizio d'ufficio del potere di disapplicazione quando dalla parte non è prospettata «alcuna illegittimità delle disposizioni regolamentari» né è fatta richiesta dell'esercizio del potere *de quo*, ciò determinando una preclusione di ordine processuale[24]. A questo riguardo, va

---

che richiama Corte Cost. 11 luglio 1989, n. 389, sulla scorta di Corte di giustizia C.E.E. 9 marzo 1978, causa 106/77, "Simmenthal") secondo cui "*tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi ed agli atti aventi forza o valore di legge, tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tale potere, come gli organi amministrativi, sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con quelle comunitarie direttamente applicabili*"». In senso analogo si è espresso Cons. Stato, Sez. IV, 8 febbraio 2016 n. 475, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si afferma che «In base ad un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, dal quale il Collegio non intende discostarsi, il potere di disapplicazione degli atti regolamentari è principio da lungo tempo recepito dal giudice amministrativo. Si afferma, infatti, che a quest'ultimo è consentito disapplicare, ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo, la norma secondaria di regolamento, qualora essa contrasti in termini di palese contrapposizione con il disposto legislativo primario (cfr. fra le tante Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2013 n. 4778; Sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2535 e 3 ottobre 2007, n. 5098)».

[22] Con sentenza 24 luglio 2017, n. 3666, il Cons. Stato ha disapplicato la disposizione regolamentare di cui all'art. 1, co. 1, lett. a), del D.P.C.M. n. 174 del 1994, nella parte in cui essa prevede che i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato siano riservati ai soli cittadini italiani, ritenendola non conforme alla normativa europea sull'accesso dei cittadini degli Stati membri al lavoro nella pubblica amministrazione.

[23] Così Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2014, n. 3623, in www.giustizia-amministrativa.it. Il Supremo Collegio afferma che «In sede di appello possono esser denunziati, con pertinenti censure, tutti i vizi, che l'appellante, ritiene di individuare nella sentenza appellata. In questa prospettiva l'appellante non può esser privato del bene della vita cui aspira se il giudice di primo grado abbia scelto di adottare una sentenza in forma semplificata, senza pronunciare sulla possibile disapplicazione del regolamento. Poiché la disapplicazione attiene all'interpretazione delle norme che disciplinano il rapporto controverso, può essere disposta d'ufficio e, quindi, per la prima volta, in grado d'appello». Ribadisce inoltre che «al giudice amministrativo è consentito disapplicare, ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo, la norma secondaria di regolamento, qualora essa contrasti in termini di palese contrapposizione con il disposto legislativo primario, cui dovrebbe dare esecuzione». Negli stessi termini si esprime Cons. Stato, Sez. IV, 8 febbraio 2016, n. 475 cit.

[24] Così Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2018, n. 677, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale, prosegue sostenendo che «anche per i principi di cui agli articoli 101 e 104 del codice del processo amministrativo, non sembra possibile che a vantaggio del soccombente si possa disapplicare una norma regolamentare, in assenza di uno specifico motivo d'appello». Il G.A. ricorda, inoltre, che «per quanto riguarda la questione processuale se il giudice amministrativo possa disapplicare una norma regolamentare risultante in contrasto con una norma di

ISSN 2036-7821

ricordata quella parte di dottrina che ritiene che il principio della domanda, di cui all'art. 112 c.p.c.[25], impedirebbe al giudice di pronunciarsi oltre i limiti della domanda proposta; qualora tale divieto venga violato si incorre nel vizio di ultrapetizione (se il giudice integri o ampli gli effetti giuridici della domanda rispetto a quanto richiesto dalle parti), o di extrapetizione (se il giudice sostituisca altri effetti rispetto a quelli connessi alla domanda proposta)[26].

Comunque, al netto del problematico profilo attinente alla disapplicazione d'ufficio, in generale non si registrano particolari ostacoli all'utilizzo del potere di disapplicazione, del quale la giurisprudenza amministrativa ha chiaramente affermato la praticabilità[27].

---

rango superiore, dalla complessiva giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. per tutte Cons. Stato, Sez. III, 6 settembre 2016, n. 3820) emerge che – fermi i principi sull'onere di impugnare un regolamento lesivo (cioè ostativo alla pretesa fatta valere) unitamente all'atto autoritativo applicativo, di cui si sia chiesto l'annullamento – la disapplicazione (in coerenza col principio iura novit curia) può essere disposta dal giudice amministrativo: – quando il ricorrente chieda la tutela di diritti soggettivi (ad es. in materia di restituzione di oneri di urbanizzazione) e la pretesa risulti fondata su una disposizione di legge, rispetto alla quale risulti illegittimo il regolamento lesivo per il medesimo ricorrente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 1993, n. 799); – quando il ricorrente chieda la tutela di un interesse legittimo e l'annullamento di un provvedimento (deducendo la violazione di un regolamento e non che questo sia ostativo alla pretesa), ma la domanda vada respinta, perché il regolamento invocato risulta illegittimo».

[25] La disposizione così recita: «Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti». La norma si applica anche al processo amministrativo per effetto del rinvio esterno operato dall'art. 39 C.P.A. che stabilisce: «Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali».

[26] Cfr. P. GOTTI, *Spunti di riflessione in tema di disapplicazione d'ufficio dei regolamenti illegittimi da parte del G.A.*, in *Foro amm*., 2015, vol. 2, pp. 86-98: «a favore della tesi tradizionale contraria all'ammissione della disapplicazione, sono stati invocati i principi generali della domanda e della certezza giuridica. Il principio della domanda, di cui all'art. 112 c.p.c., impedirebbe al giudice di verificare d'ufficio la ricorrenza dei vizi di legittimità del regolamento senza che questi siano stati oggetto di specifici motivi di censura. Mentre il principio di certezza non consentirebbe una soluzione che, a fronte dell'illegittimità del regolamento, non ne tragga la immediata conseguenza del suo annullamento, così decretandone l'ultravigenza e l'applicazione permanente» (p. 89).

[27] Così Cons. Stato, 9 gennaio 2020, n. 219, in www.giustizia-amministrativa.it. Il Supremo Collegio Amministrativo, afferma che «Nel caso in esame non ricorre un conflitto fra disposizioni di rango diverso che debba essere risolto attraverso la disapplicazione della disposizione regolamentare antinomica rispetto alla normativa primaria, trattandosi della prospettazione di un contrasto tra disposizione primaria e disposizione secondaria che non riguarda il precetto normativo a monte del provvedimento impugnato in primo grado, ma il sistema delle competenze e, segnatamente, la possibilità per il regolamento edilizio di un comune munito di piano regolatore […] di attribuire alla Commissione edilizia la funzione di adottare pareri anche in merito al valore architettonico, al decoro e all'ambientazione delle opere nonostante ciò, in tesi, non sarebbe stato consentito dall'art. 33 della legge urbanistica, là dove quest'ultimo rimetteva allo stesso regolamento edilizio lo stabilire disposizioni in tema di altezze, distacchi ed aspetto dei fabbricati, nonché disciplinare, in via generale, le caratteristiche dei tipi di costruzione su ogni area fabbricabile e la formazione di complessi edilizi di carattere unitario»; ad avviso del G.A. la disapplicazione opera solo laddove ricorra «un'effettiva antinomia tra fonti», pertanto «il giudice che è chiamato a giudicare della legittimità di un provvedimento conforme al regolamento ma in contrasto con la norma primaria, o viceversa, deve dare prevalenza a quest'ultima, in ragione della gerarchia delle fonti». Ad analoga conclusione giunge il Cons. giust. amm. Sicilia nella sentenza 16 giugno 2021, n. 549, loco ult. cit. Il Collegio decide per la «non percorribilità della disapplicazione» non rilevando alcun contrasto tra fonte primaria e fonte secondaria.

ISSN 2036-7821

4. *La compatibilità del potere di disapplicazione con il processo amministrativo*

Le pronunce appena passate in rassegna dimostrano che il C.P.A. sarebbe privo di ostacoli rispetto alla utilizzabilità del potere di disapplicazione.

Eppure, l'intervenuta tipizzazione poteva far pensare che per il potere in parola non ci fosse più spazio. Tuttavia, quantunque il G.A., ogni qual volta ne abbia fatto uso, non si sia intrattenuto nel fornire argomentazioni circa la sua compatibilità della disapplicazione con il nuovo impianto processuale, evidentemente così non è.

La ragione per la quale la disapplicazione è sopravvissuta alla mancata espressa previsione nel C.P.A. verosimilmente risiede nel fatto che essa implementa lo strumentario a tutela delle situazioni giuridiche soggettive, avendo caratteristiche che non sono rinvenibili nelle altre azioni che hanno trovato spazio nella regolamentazione codicistica del 2010.

Invero, l'arricchimento del sindacato del G.A. attraverso l'affermazione della disapplicazione regolamentare potrebbe condurre alla garanzia di una giurisdizione piena sugli atti della P.A.[28]. Ciò assicurerebbe una forma di tutela più avanzata, in nome del principio euro-unitario della effettività della tutela, codificato, peraltro, nell'art. 1 C.P.A.[29].

Né sembra essere cambiata la posizione della disapplicazione, se esercitata *ex officio*, rispetto al principio della domanda, nonostante l'art. 34, co. 1, C.P.A.: la mancata disciplina *ex lege* del potere di cui si discute non sembra essere un argomento sufficiente per escludere la sua operabilità nel processo amministrativo[30].

La disapplicazione regolamentare, pertanto, affermatasi come strumento di risoluzione delle antinomie, pare rappresentare a tutt'oggi un evoluto modello di tutela delle posizioni giuridiche soggettive nei confronti della P.A., nella misura in cui consente di rimediare alla illegittimità di un atto regolamentare non impugnato, sì, ma presupposto del (o pregiudiziale al) provvedimento amministrativo in contestazione.

In definitiva, potrebbe non infondatamente ritenersi che quelli disciplinati nel C.P.A. non siano i soli poteri di cui è dotato il G.A., il processo amministrativo garantendo la tutela non solo delle posizioni giuridiche soggettive, ma anche del diritto

[28] Cfr. R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo* cit., *passim*.

[29] La disposizione così recita: «La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

[30] In dottrina si v. A. DE SIANO, *Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei poteri del G.A. Torsioni del processo amministrativo in nome della giustizia*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 1/2020, p. 86, secondo cui: «l'elaborazione giurisprudenziale mostra come la capacità delle parti di disporre del processo che le riguarda possa comunque soffrire dei limiti, i quali, per effetto della riserva di cui all'art. 111, comma 1, Cost., dovrebbero essere previsti dalla legge, quantunque non ne manchino di provenienza giurisprudenziale. Risulta così sufficientemente chiaro che il Consiglio di Stato provi a far convivere il potere delle parti con quello del giudice, miscelando gli elementi (decisamente prevalenti) di giurisdizione soggettiva con qualcuno di giurisdizione oggettiva».

ISSN 2036-7821

obiettivo[31]: una finalità che le azioni tipiche non sempre appaiono in grado di garantire[32].

Il potere di disapplicazione, infatti, in quanto non collegato alla necessaria impugnazione dell'atto presupposto nel termine decadenziale, ed essendo dal giudice esercitabile finanche d'ufficio, consentirebbe un accertamento costante della conformità degli atti amministrativi normativi alle fonti sovraordinate dell'ordinamento giuridico, a garanzia, non solo del principio di gerarchia delle fonti, ma anche di quello di certezza dei rapporti giuridici[33]. Attraverso tale potere, infatti, si riconosce al G.A. la possibilità di mitigare e ridimensionare i rigori del termine di

[31] Su questo punto cfr. G. COCOZZA, *Riflessioni sul controllo giurisdizionale dei regolamenti e degli atti amministrativi generali*, in www.federalismi.it, 2, 2017:«il potere di disapplicazione costituisce espressione di un principio generale dell'ordinamento (anche per la sua attribuzione agli organi giurisdizionali); la risoluzione delle antinomie è sempre espressione dell'attività richiesta al giudice, e il principio *iura novit curia* […] è al centro dell'analisi del potere di disapplicazione» (p. 14).

[32] A tal proposito si v. R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo,* in *Dir. proc. amm*., fasc. 4, 2012, pp. 1273 ss., il quale sostiene che: «è emerso semmai che l'azione di annullamento tradizionale non poteva essere pienamente satisfattiva delle pretese del privato, per cui si doveva allargare il novero delle azioni e delle conseguenti domande da proporre innanzi al giudice amministrativo» (p. 1305).

[33] In questi termini si è espresso P. GOTTI, *Spunti di riflessione in tema di disapplicazione d'ufficio dei regolamenti illegittimi da parte del G.A.* cit., p. 90: «Le risposte positive alla questione se il g.a. abbia o meno il potere di disapplicare i regolamenti illegittimi sono state, pertanto, molteplici ed in particolare si è asserito che, come per tutte le fonti del diritto, anche per i regolamenti devono trovare applicazione nel processo amministrativo i principi fondamentali, ricavabili dagli articoli delle preleggi, dello *jura novit curia* e di gerarchia delle fonti. […] In base al principio di gerarchia delle fonti, il giudice deve, invece, dare applicazione alla fonte gerarchicamente sopraordinata, disapplicando d'ufficio (si tratta della c.d. disapplicazione normativa) quella sottordinata contrastante con la prima: in sostanza, in caso di regolamento contrario ad una disposizione primaria, il primo dovrà essere disapplicato in favore della legge ed il giudice risolverà la controversia applicando direttamente ed unicamente la legge. Ovviamente, la questione si pone ove il regolamento sia successivo alla legge; in caso contrario […] la legge 'abrogherà' direttamente il regolamento incompatibile». Si v., inoltre, F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti* cit., p. 2787: «Questa forma di disapplicazione a ben vedere non funge da strumento di elusione del termine di decadenza e di allargamento degli spazi del sindacato su atti presupposti inoppugnabili e si distingue perciò da recenti utilizzazioni dell'istituto in questa chiave. Quand'anche si ribadisse l'obbligo di impugnare il regolamento insieme al provvedimento attuativo, non vi sarebbe bisogno della predetta disapplicazione per accogliere il gravame che non avesse espressamente riguardato anche l'atto normativo: assecondando la concezione moderna di processo, deve ammettersi che l'impugnazione dell'atto esecutivo importi impugnazione implicita del regolamento sol che nel ricorso sia dedotto lo specifico vizio risalente all'atto normativo. La disapplicazione qui serve a ben altro: è la coerente conseguenza dell'impostazione di fondo ispirata all'esclusività della giurisdizione di diritto soggettivo. Si tratta di proporre un nuovo regime di tutela giurisdizionale sui regolamenti, da sostituire a quello tradizionale. Esso avrebbe altri benefici concreti: eviterebbe pericolose disarmonie per i controinteressati e i terzi in genere, nonché inevitabili difetti di informazione e verosimili contrasti di giudicati, inconvenienti dovuti alla carenza di sistemi di pubblicità ed inevitabili se si mantenesse l'annullamento *erga omnes*. L'idea proposta dunque varrebbe anche a definire un regime processuale dalle conseguenze più sicure ed a raggiungere un assetto più coerente e in definitiva meglio rispondente al principio di certezza dei rapporti giuridici (dato che tutti avrebbero chiaro che la giustizia contro il regolamento illegittimo deve chiedersi individualmente e può realizzarsi solo con apposita sentenza di annullamento dell'atto esecutivo, previa disapplicazione *ad hoc*)».

ISSN 2036-7821

decadenza per occuparsi delle conseguenze applicative di un atto regolamentare indipendentemente dalla prospettazione e/o dalla impugnativa fattane dalla parte.
La compatibilità con il sistema di giustizia amministrativa di questo istituto rimasto atipico si ricava, dunque, anche dalla necessità – evidentemente non soddisfatta dal C.P.A. – che il G.A. continua a rinvenire nel suo utilizzo.

5. *Brevi considerazioni conclusive*
Al termine dell'analisi occorre brevemente dare conto dei risultati ai quali si è pervenuti.
Si è visto che, a dispetto del fatto che il legislatore abbia mancato di inserirla nel novero dei poteri del G.A., quest'ultimo perdura a ricorrere alla disapplicazione con una discreta frequenza.
Del resto, la sua utilità è apparsa indiscutibile. Si è avuto modo di sottolineare come essa consenta di ottenere una tutela per certi versi più ampia rispetto a quella tradizionale, affiancando alla protezione della situazione giuridica soggettiva del privato quella del diritto obiettivo, la disapplicazione evitando l'utilizzazione di una fonte secondaria difforme da quella primaria.
Il fatto poi che gli effetti della disapplicazione siano limitati al caso controverso trova (parziale, in quanto discrezionale) rimedio nell'annullamento d'ufficio doveroso[34].
In definitiva, pare doversi prendere atto del fatto che il plesso di poteri tipizzati nel C.P.A. possa, anzi vada, integrato con quello atipico[35] di disapplicazione dei regolamenti illegittimi: essa è strumento che garantisce una diversa, e per certi versi più estesa, tutela giurisdizionale, ciò in piena aderenza al principio di effettività di cui all'art. 1 del C.P.A.

[34] In tema di annullamento doveroso si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, il quale sostiene che la doverosità fa sì che «per motivare il relativo provvedimento non è richiesto il riscontro di un effettivo interesse pubblico ulteriore e diverso da quello consistente nel rimediare alla illegittimità dell'atto» (p. 622). Più avanti l'A. afferma che nei casi di annullamento doveroso «la P.A. non è tenuta alla motivazione del relativo provvedimento, questa essendo esplicitata *aliunde*: in una sentenza del giudice ordinario, in un atto di controllo, nell'annullamento di un atto presupposto» (p. 624).

[35] Sul tema dell'atipicità delle azioni e dei poteri giurisdizionali si v. A. DE SIANO, *Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei poteri del G.A. Torsioni del processo amministrativo in nome della giustizia* cit., pp. 74-75, secondo il quale: «allo scopo di limitare le 'escursioni' della giurisprudenza non ha aiutato neppure il c.p.a., nel quale sarebbe stato sancito il principio di atipicità, in particolare per quel che attiene al tema delle azioni: in ragione del complessivo impianto codicistico – in cui, per un verso, non sono espressamente previste le azioni di accertamento e di adempimento, nei cui confronti v'è ad ogni modo stata una diffusa adesione, e, per altro verso, sono presenti una serie di clausole normative relative alle pronunce di merito (*id est* ai poteri del G.A.) delle quali è difficile tratteggiare i confini – è decisamente prevalente la tesi secondo cui il rapporto tra legge processuale e G.A. sia meno rigido rispetto al passato, nel senso che sarebbe oggi vigente un sistema di tutela atipico in cui è generalmente tollerato che il giudice adegui il processo alla situazione tutelata».

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Regulatory Sandbox italiano in una prospettiva europea, costituzionale ed amministrativa

di Alessandro Chiappini

(Dottore di ricerca in diritto e economia presso la LUISS Guido Carli, specialista in diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione all'Università degli studi di Teramo)

Sommario

1. Inquadramento europeo e nazionale. - 2. Il valore costituzionale della ricerca scientifica e tecnica. - 3. Principi generali ed ambito di applicazione. - 4. Procedimento amministrativo. - 5. Conclusioni.

Abstract

Without prejudice to the fact that in the world there are many examples of regulatory sandboxes in the most varied sectors, this contribution analyzes the government initiative ("Experimentation Italy") included in the c. d. "Simplifications decree", and the contextual action of "Italy 2025", ie the strategy for technological innovation and digitization of the country (A12 - Right to innovate).

Specifically, the decree-law of 16 July 2020, n. 76, converted, with amendments, by law 11 September 2020, n. 120, containing << Urgent measures for simplification and digital innovation >>, through art. 36 (<< Administrative simplification measures for innovation >>) facilitates the experimentation of projects not permitted by current legislation; in particular, it is possible to request authorization for the experimentation of initiatives relating to technological innovation as a temporary derogation from one or more impeding regulations of the State.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Inquadramento europeo e nazionale.

Fermo restando che nel mondo esistono molteplici esempi di *regulatory sandboxes* nei più svariati settori[1], il presente contributo analizza l'iniziativa governativa ("Sperimentazione Italia") inserita all'interno del c. d. "decreto Semplificazioni"[2], e la contestuale azione di "Italia 2025", ossia la strategia per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del Paese (A12 - Diritto a innovare)[3].

Nello specifico, il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, recante <<Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale>>, attraverso l'art. 36 (<<Misure di semplificazione amministrativa per l'innovazione>>) agevola la sperimentazione di progetti non permessi dalla normativa vigente; in particolare, è possibile domandare l'autorizzazione alla sperimentazione di iniziative attinenti all'innovazione tecnologica in deroga temporanea ad una o più norme impeditive dello Stato[4].

Secondo la Commissione europea <<*An experimentation clause enables the authorities tasked with implementing and enforcing the legislation to exercise a degree of flexibility in relation to innovative technologies, products or approaches, even if they do not conform to all existing legal requirements […] A sophisticated experimentation clause is sometimes referred to as a regulatory sandbox – a framework that allows innovations to be tested in a real-world environment subject to regulatory safeguards and support*>>[5].

Le recenti conclusioni del Consiglio dell'Unione europea precisano che le clausole di sperimentazione sono disposizioni giuridiche, costituendo esse spesso la base legale degli spazi di sperimentazione normativa; in relazione a questi ultimi, le medesime conclusioni affermano che la sperimentazione avviene per un periodo di tempo limitato e in una parte limitata di un settore o di un ambito soggetto a vigilanza regolamentare, garantendo la messa in atto di opportune misure di salvaguardia[6].

---

* Si precisa che il testo, incluse opinioni e critiche, è formulato a titolo meramente personale dall'autore e non in rappresentanza della pubblica amministrazione di appartenenza;

[1] Vedi A. ATTREY, M. LESHER & C. LOMAX, *The role of sandboxes in promoting flexibility and innovation in the digital age. Going Digital Toolkit Policy Note,* No. 2, OECD. 2020, in oecd.org.

[2] *Sperimentazione Italia*, in *governo.it*.

[3] Si veda Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, *Strategia per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione del Paese*, in *governo.it*.

[4] Vedi Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, *Frascati Manual Guidelines for Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development*, in *oecd.org*, 2015, secondo cui <<*experimental development is systematic work, drawing on existing knowledge gained from research and/or practical experience, that is directed to producing new materials, products or devices; to installing new processes, systems and services; or to improving substantially those already produced or installed*>>; Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, *Oslo Manual Guidelines for Collecting, Reporting and Using Data on Innovation,* in *oecd.org, 2018,* afferma che <<*An innovation is a new or improved product or process (or combination thereof) that differs significantly from the unit's previous products or processes and that has been made available to potential users (product) or brought into use by the unit (process)*>>.

[5] Commissione europea, *Strumenti per legiferare meglio, STRUMENTO #21. Ricerca e innovazione* in *ec.europa.eu*.

[6] In questo senso Consiglio dell'Unione europea, *Conclusioni sugli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole all'innovazione, adeguato alle esigenze future e*

ISSN 2036-7821

Ciò premesso, si deve preliminarmente verificare se un'innovazione sia possibile all'interno del quadro giuridico esistente[7]; in caso contrario, sarà necessario identificare le specifiche barriere legali esistenti all'interno dell'ordinamento vigente. Le clausole di sperimentazione permettono di superare le barriere legali previamente individuate; sebbene esistano varie forme di clausole di sperimentazione, la maggior parte delle stesse sono formulate come deroga ad una norma[8].
L'obiettivo non è solo l'innovazione bensì anche la *better regulation*[9]; al riguardo, il piano nazionale di ripresa e resilienza approvato nel 2021 prevede che <<Al fine di migliorare l'efficacia e la qualità della regolazione, assumono rilievo prioritario misure relative: […] Al monitoraggio e alla valutazione delle iniziative di sperimentazione normativa, incluso il ricorso a regimi normativi speciali e temporanei volti a facilitare la sperimentazione di prodotti e servizi innovativi ostacolati dalla disciplina ordinaria (c.d. *"regulatory sandbox"*)>>[10].

2. Il valore costituzionale della ricerca scientifica e tecnica.
Secondo la giurisprudenza costituzionale, per identificare una materia <<occorre fare riferimento all'oggetto ed alla disciplina stabilita dalle norme scrutinate, per ciò che esse dispongono (sentenze n. 450 e n. 411 del 2006), alla luce della *ratio* dell'intervento legislativo nel suo complesso e nei suoi punti fondamentali, tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi delle norme medesime (sentenze n. 319 e n. 30 del 2005),

---

resiliente che sia in grado di affrontare le sfide epocali nell'era digitale, 16 novembre 2020, 13026/20, che dopo aver richiamato il c. d. principio dell'innovazione secondo cui l'impatto sulla ricerca e l'innovazione è tenuto in considerazione nel processo di sviluppo e revisione della regolamentazione in tutti i settori politici, sottolinea che gli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione <<devono sempre rispettare i principi di sussidiarietà e proporzionalità, nonché il principio di precauzione>>, garantendo <<un elevato livello di protezione, tra l'altro dei cittadini, dei consumatori, dei lavoratori, della salute, del clima e dell'ambiente, nonché la certezza del diritto, la stabilità finanziaria, la parità di condizioni e la concorrenza leale, così come è necessario che siano rispettati i livelli di protezione esistenti>>.

[7] Inter-American Development Bank, *Regulatory sandboxes and innovation testbeds*, *Final report*, in *publications.iadb.org*, 2020, chiarisce che "*More relevant to emerging technologies, however, is a pacing problem (Thierer, Hagemann, and Skees, 2018), that is, the tendency of regulatory frameworks to lag behind technological developments*". Il "*final report*" precisa inoltre che i "*Regulatory sandboxes tend to be delivered with the strong presence of a regulator, who also provides monitoring and supervision. Another key aspect of regulatory sandboxes is the establishment of feedback mechanisms that allow regulators to gather evidence of potential needs for change in the existing regulatory framework, to facilitate the creation of more products or business models*". A quest'ultimo riguardo S. RANCHORDAS, *Experimental regulations for AI: sandboxes for morals and mores*, in vol. 1 (1/2), *Morals and Machines*, 2021, in *mam.nomos.de* precisa che "*Regulatory sandboxes provide learning opportunities to regulatory actors with limited risks as the derogation from otherwise applicable rules […] is limited to a number of selected individuals or firms*".

[8] In questi termini Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (BMWi), *Making space for innovation, The handbook for regulatory sandboxes*, 2019, secondo cui <<*There are four types of exemption: Exemption from a prohibition […], Exemption from a required authorisation […], Dispensing with requirements to provide documentation or use certain equipment […], Catch-all clauses*>>.

[9] Vedi il programma "Legiferare meglio" dell'UE, https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_it.

[10] *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *governo.it*, 5 maggio 2021.

ISSN 2036-7821

così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato (sentenze n. 285 del 2005; n. 449 del 2006)>>[11].

Sembra plausibile affermare che la disciplina in esame reca misure di semplificazione amministrativa per l'innovazione finalizzate a superare gli attuali impedimenti normativi statali sia a livello temporaneo che permanente.

Sotto il primo profilo, anche alla luce dello spirito della norma diretta a stimolare l'innovazione, si ritiene plausibile un'interpretazione estensiva che consenta la deroga temporanea, oltre che a norme di legge o di regolamento, anche a decreti non regolamentari o atti di enti pubblici dello Stato, ad esclusione degli atti delle *authorities*, in relazione ai quali la deroga si porrebbe probabilmente in contrasto con la potestà regolamentare e regolatoria caratterizzante la loro indipendenza.

Con riferimento al secondo profilo, dopo aver attestato che l'iniziativa si è conclusa positivamente, il Dipartimento per la trasformazione digitale esprime un parere al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro competente per materia sulla opportunità di modifica delle disposizioni di legge o di regolamento che disciplinano l'attività oggetto di sperimentazione (art. 36, c. 5, d. l. n. 76/2020)[12]. In tal caso, entro novanta giorni, il Presidente del Consiglio dei ministri o il Ministro delegato (Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale), di concerto con il Ministro competente per materia, promuove le iniziative normative eventualmente necessarie per disciplinare l'esercizio dell'attività oggetto di sperimentazione (art. 36, c. 6, d. l. n. 76/2020).

Ciò premesso, l'art. 9 Cost. afferma che <<la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica *[…]*>>.

In proposito, la giurisprudenza della Corte costituzionale precisa che l'iniziale formulazione dell'art. 9 era <<il patrimonio artistico e storico della Nazione è sotto la tutela dello Stato>>, escludendo attribuzioni regionali e di altri enti locali. La Corte costituzionale proseguiva affermando che su proposta dell'on. Lussu, il termine "*Stato*" fu sostituito con l'altro "*Repubblica*", esprimendo una visione chiara <<intesa a sollecitare il concorso di tutte le istituzioni, la cui sfera di attività possa toccare i detti valori>>[13].

Inoltre, secondo l'attuale art. 117, c. 3, Cost. <<Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: […] ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi […]>>.

---

[11] Corte cost., 11 maggio 2007, *[20 febbraio 2007]*, n. 165.

[12] Nello specifico, la disposizione precisa che l'attestazione positiva avviene sia sulla base degli accertamenti svolti dall'amministrazione durante la sperimentazione, che dopo aver valutato il contenuto della relazione trasmessa dall'impresa che illustra i risultati del monitoraggio e della sperimentazione, nonché i benefici economici e sociali conseguiti.

[13] Corte cost., 28 luglio 1988, *[28 luglio 1988]*, n. 921.

ISSN 2036-7821

In merito, la Consulta ricorda che prima della riforma del Titolo V Cost. di cui alla legge costituzionale n. 3/2001, l'art. 117 non assegnava esplicitamente nel settore in esame alcun ruolo alle Regioni, chiarendo tuttavia che <<la ricerca scientifica non ha, di per sé, limiti territoriali, ma tuttavia essa presenta indubbio interesse regionale in tutte quelle ipotesi in cui la Regione avverte la necessità di dotarsi di mezzi tecnico-scientifici e di avvalersi di attività conoscitive […] allo scopo specifico di un migliore espletamento delle funzioni regionali (sentenza n. 569 del 2000; cfr. anche sentenza n. 134 del 1997)>>[14].

La medesima giurisprudenza precisa che, a parte l'attività di ricerca scientifica che si svolge, in particolare, presso le strutture universitarie (in base all'art. 33 Cost., c. 6, secondo cui <<Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato>>), lo Stato conserva una competenza <<in relazione ad attività di ricerca scientifica strumentale e intimamente connessa a funzioni statali, allo scopo di assicurarne un migliore espletamento, sia organizzando direttamente le attività di ricerca sia promuovendo studi finalizzati (cfr. sentenza n. 569 del 2000)>>.

A quest'ultimo proposito, laddove si domandi la sperimentazione di iniziative attinenti all'innovazione tecnologica in deroga a norme dello Stato che disciplinano le relative funzioni, il citato art. 36 del d.l. n. 76/2020 sembrerebbe potersi considerare costituzionalmente legittimo[15].

---

[14] In questo senso Corte cost., 29 dicembre 2004, *[16 dicembre 2004]*, n. 423, che prosegue affermando che successivamente il legislatore costituzionale, con il nuovo testo dell'art. 117 Cost., ha incluso la ricerca scientifica tra le materie appartenenti alla competenza concorrente. La sentenza conferma che <<la ricerca scientifica deve essere considerata non solo una "materia", ma anche un "valore" costituzionalmente protetto (artt. 9 e 33 della Costituzione), in quanto tale in grado di rilevare a prescindere da ambiti di competenze rigorosamente delimitati (cfr. sentenze numeri 259 del 2004 e 407 del 2002)>>.

[15] Al contrario, qualora si utilizzi l'art. 36 del d. l. n. 76/2020 al fine di una sperimentazione in deroga a norme regionali. Corte cost., 11 maggio 2007, *[20 febbraio 2007]*, n. 165, ha ritenuto che con riferimento alle materie spettanti alla competenza regionale (in questo caso concorrente) sussistono <<quelle "esigenze di carattere unitario" che legittimano l'avocazione in sussidiarietà sia delle funzioni amministrative che non possono essere adeguatamente svolte ai livelli inferiori (tra le molte, sentenze n. 214 del 2006; n. 383, n. 270, n. 242 del 2005; n. 6 del 2004), sia della relativa potestà normativa per l'organizzazione e la disciplina di tali funzioni (sentenza n. 285 del 2005), che è stata realizzata con modalità tali da escluderne l'irragionevolezza, alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità>> (così nella fattispecie per la norma concernente l'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione); la Corte prosegue affermando che la c. d. chiamata in sussidiarietà richiede che <<l'intervento legislativo preveda forme di leale collaborazione con le Regioni (soprattutto sentenza n. 214 del 2006; ma anche sentenze n. 425, n. 406, n. 213 del 2006)>>. A quest'ultimo proposito, Corte cost., 07 marzo 2018, *[7 marzo 2018]*, n. 74, ribadisce che <<lo Stato può attribuire al livello centrale una funzione amministrativa e allo stesso tempo regolarne l'esercizio con propria legge, anche in materie regionali, a condizione che sia assicurato il coinvolgimento del livello di governo territoriale interessato (singola regione, Conferenza Stato-regioni, Conferenza Stato-città o Conferenza unificata) tramite un'intesa (ex multis, sentenze n. 170 e n. 114 del 2017, n. 142, n. 110 e n. 7 del 2016, n. 262 del 2015, n. 278 del 2010, n. 6 del 2004 e n. 303 del 2003). È così garantito il rispetto del "principio di leale cooperazione quale sistema di composizione dialettica tra esigenze di interventi unitari ed esigenze di garanzia per l'autonomia e la responsabilità politica delle Regioni in una prospettiva di funzionalità istituzionale" (sentenza n. 61 del 2018)>>.

ISSN 2036-7821

3. Principi generali ed ambito di applicazione.

Successivamente all'emanazione della norma citata all'interno della decretazione d'urgenza, ci si interrogava sulla compatibilità con il principio costituzionale di separazione dei poteri. La disposizione in esame prevede infatti la possibilità per il potere esecutivo di emanare un provvedimento autorizzatorio, stabilendo al contempo l'inefficacia temporanea di norme anche primarie[16].

Al riguardo, premesso che, come detto, le clausole di sperimentazione per definizione prevedono una certa flessibilità a favore delle autorità amministrative anche in difformità rispetto ai vigenti requisiti legali, nell'ordinamento nazionale già esistono fattispecie autorizzatorie in deroga a norme primarie, seppur specifiche[17].

Nella fattispecie, tuttavia, la deroga generica a norme anche primarie non predefinite paventa potenziali profili di incompatibilità con il principio legalità; si ritiene comunque che da una parte sia la struttura orizzontale del *regulatory sandbox* che impone la genericità della deroga, dall'altra che la specificazione sia possibile solo in fase provvedimentale, in conformità con la domanda che identifica in concreto l'impedimento normativo all'innovazione. Per il resto, la norma primaria sembra comunque rispondere ai parametri richiesti dalla giurisprudenza costituzionale in

[16] M. V. LA ROSA, *Diritto ad innovare (?)*, in *medialaws.eu*, 27 luglio 2020.

[17] Il decreto-legislativo 9 aprile 2008, n. 81, recante attuazione dell'art. 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro prevede all'art. 65 (<<Locali sotterranei o semisotterranei>>), c. 1, che è vietato destinare al lavoro locali chiusi sotterranei o semisotterranei. E' possibile tuttavia la deroga da parte dell'organo di vigilanza per lavorazioni con particolari esigenze tecniche nonché per altre lavorazioni che non diano luogo ad emissioni di agenti nocivi, purché il datore di lavoro provveda ad assicurare idonee condizioni di aerazione, di illuminazione e di microclima (c. 2 e 3). In questo caso, la medesima norma primaria che dispone la regola autorizza contestualmente la deroga da parte dell'organo amministrativo in presenza di determinate condizioni dalla stessa indicate.

La legge 27 dicembre 2017, n. 205, recante il bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020 prevede all'art. 1, c. 72, che <<Al fine di sostenere la diffusione delle buone pratiche tecnologiche nel processo di trasformazione digitale della rete stradale nazionale (Smart Road) nonché allo scopo di promuovere lo sviluppo, la realizzazione in via prototipale, la sperimentazione e la validazione di soluzioni applicative dinamicamente aggiornate alle specifiche funzionali, di valutare e aggiornare dinamicamente le specifiche funzionali per le Smart Road e di facilitare un'equa possibilità di accesso del mondo produttivo ed economico alla sperimentazione, è autorizzata la sperimentazione su strada delle soluzioni di *Smart Road* e di guida connessa e automatica. A tale fine, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'interno, sono definiti le modalità attuative e gli strumenti operativi della sperimentazione>>. In attuazione di quanto disposto dal predetto comma è stato emanato il decreto-ministeriale 28 febbraio 2018 che dispone, tra le altre cose, che l'autorizzazione alla sperimentazione di veicoli a guida automatica sia rilasciata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (oggi Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili). A differenza del caso precedente, nella fattispecie la norma primaria autorizza la sperimentazione derogando implicitamente ad una precedente norma primaria che dispone la regola in base alla quale per veicoli s'intendono tutte le macchine di qualsiasi specie che circolano sulle strade "guidate dall'uomo" (decreto-legislativo 30 aprile 1992, n. 285, recante il nuovo codice della strada), rinviando ad un decreto ministeriale per le condizioni necessarie per l'autorizzazione dell'organo amministrativo.

ISSN 2036-7821

conformità con il principio di legalità sostanziale, determinando nel dettaglio, si vedrà nel prosieguo, l'esercizio del potere amministrativo[18].

Infine, si rileva sia la temporaneità (non superiore ad un anno e prorogabile una sola volta) della deroga disposta dal provvedimento amministrativo che la limitazione, peraltro, alla sola sperimentazione del singolo soggetto autorizzato (art. 36, c. 2, d. l. n. 76/2020),

Il campo di applicazione dell'art. 36 del d. l. n. 76/2020 è comunque limitato visto che, da un lato, non è utilizzabile per le sperimentazioni di attività di tecno-finanza già disciplinate altrove (c. d. Fintech)[19] e, dall'altro, l'autorizzazione non è mai possibile per sperimentazioni in materia bancaria, finanziaria, creditizia e assicurativa, anagrafica, di stato civile, di carta d'identità elettronica, elettorale e referendaria, nonché di sicurezza nazionale o connessa a procedimenti preventivi in materia di pubblica sicurezza (c. 8).

Anche laddove sia possibile sperimentare, *ex* art. 36 del d. l. n. 76/2020, l'autorizzazione non può derogare <<disposizioni a tutela della salute, dell'ambiente, dei beni culturali e paesaggistici>> ovvero <<disposizioni penali o del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, né possono essere violati o elusi vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea o da obblighi internazionali>> (c. 3).

Conseguentemente, qualora si rientri nel campo di applicazione del programma "Sperimentazione Italia", l'art. 36 del d. l. n. 76/2020 evita la violazione del principio di primazia del diritto europeo nonché dell'art. 117, c. 1, Cost. secondo cui la potestà legislativa è esercitata dallo Stato nel rispetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Per il resto, ferma restando l'impossibilità di derogare a norme dell'ordinamento penale e a salvaguardia della salute, dell'ambiente e dei beni culturali e paesaggistici, il legislatore permette all'autorità amministrativa di autorizzare, per un periodo di tempo determinato, la sola sperimentazione in deroga richiesta

[18] Corte cost., 7 aprile 2011, *[22 marzo 2011]*, n. 115, sottolinea << l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). 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>>.

[19] Nel Fintech le attività possono essere sperimentate *ex* art. 36, c. 2-*bis* ss., del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58, ai sensi del quale l'eventuale ammissione <<può comportare la deroga o la disapplicazione temporanee degli orientamenti di vigilanza o degli atti di carattere generale emanati dalle autorità di vigilanza, nonché delle norme o dei regolamenti emanati dalle medesime autorità di vigilanza […]>>; di seguito è stato emanato il decreto-ministeriale 30 aprile 2021, n. 100, recante il regolamento per l'attuazione dell'art. 36, c. 2-*bis* ss., del d. l. n. 34/2019, convertito, con modificazioni, dalla l. 58/2019, sulla disciplina del Comitato e della sperimentazione FinTech.

ISSN 2036-7821

dall'istante che presenti <<concreti ed effettivi profili di innovazione tecnologica, i cui risultati attesi comportano positivi impatti sulla qualità dell'ambiente o della vita e che presentano concrete probabilità di successo>>, stabilendone le modalità di svolgimento e le prescrizioni ritenute necessarie per mitigare i rischi (art. 36, c. 2, del d. l. n. 76/2020).

Ipotizzando l'utilizzo della tecnica del bilanciamento dei diritti, si ritiene che la compressione di un interesse (ad es. alla sicurezza della circolazione) mediante deroga alla corrispondente norma impeditiva di iniziative innovative (ad es. codice della strada) sia congrua rispetto al valore della ricerca scientifica e tecnologica perseguito dall'autorizzazione del progetto di sperimentazione che presenta, tra le altre cose, concreti ed effettivi profili di innovazione tecnologica, garantendo conseguentemente la ragionevolezza della disciplina di cui all'art. 36 del d. l. n. 76/2020.

Al contempo, la predetta compressione dell'interesse contrapposto deve essere proporzionata, rappresentando il minor sacrificio possibile; in proposito, la proporzionalità emerge in base al fatto che l'autorizzazione in deroga è circoscritta allo specifico progetto presentato dal soggetto legittimato e che essa risulta temporalmente delimitata dalla durata massima fissata in conformità con i limiti normativi.

Infine, il nucleo dell'interesse sacrificato deve essere tutelato, garantendo l'operatività minima del diritto. In questo senso, da un lato, l'interesse continua ad essere garantito al di fuori della sperimentazione autorizzata e, dall'altro, anche per quest'ultima la disciplina normativa, come accennato, tutela l'interesse contrapposto imponendo le prescrizioni ritenute necessarie per mitigare eventuali rischi[20].

A quest'ultimo proposito, le autorità competenti all'autorizzazione vigilano sulla sperimentazione, verificando il rispetto delle prescrizioni imposte pena, in caso di violazione, la diffida e in caso di inottemperanza la revoca del provvedimento (art. 36, c. 4, del d. l. n. 76/2020).

Il legislatore si conforma altresì al principio di precauzione, garantendo un elevato livello di protezione anche dell'ambiente. In effetti, dopo aver verificato le risultanze dell'istruttoria, l'autorità amministrativa autorizza solo se i risultati attesi comportano positivi impatti sulla qualità dell'ambiente o della vita, fermo restando che, come accennato, non è possibile la deroga di disposizioni a tutela della salute e dell'ambiente (art. 36, c. 2 e 3, del d. l. n. 76/2020). In questo senso, l'iniziativa legislativa promuove le sole innovazioni tecnologiche che innalzano contestualmente il *public welfare*, a beneficio dei cittadini e dei consumatori.

[20] Le misure di salvaguardia garantiscono altresì un livello elevato di protezione dei soggetti potenzialmente incisi dall'attività sperimentale (cittadini, consumatori, lavoratori); pertanto, una corretta applicazione della disciplina legislativa impone all'autorità amministrativa di valutare preventivamente eventuali ulteriori rischi, parametrando le conseguenti prescrizioni nel provvedimento.

ISSN 2036-7821

Al fine di evitare, inoltre, disparità di trattamento lesive del principio di imparzialità garantendo un *level playing field*, si ritiene necessario valutare eventuali contestuali o successivi progetti di sperimentazione; pertanto, almeno fino a quando la norma impeditiva non sia stata modificata, non è vietato a potenziali *competitors* effettuare una analoga domanda.
Infine, sebbene l'art. 36 non sia esplicito in tal senso, al fine di garantire una concorrenza leale con le imprese che offrono prodotti o servizi sostitutivi, il soggetto (o i soggetti) autorizzato dovrebbe sperimentare in modalità non commerciale. È ipotizzabile, tuttavia, una sperimentazione a mercato purché delimitata, mediante specifiche prescrizioni, in modo tale da non alterare la concorrenza.

4. Procedimento amministrativo.
La domanda, contestualmente indirizzata al Dipartimento per la trasformazione tecnologica della Presidenza del Consiglio e al Ministero dello sviluppo economico, avvia un procedimento amministrativo su iniziativa di parte (art. 36, c. 1 e 2, del d. l. n. 76/2020)[21].
Per quanto riguarda i soggetti legittimati, l'istanza è effettuata da imprese, università, enti di ricerca, pubblici e privati e società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari di cui all'art. 6, c. 9, della legge 30 dicembre 2010, n. 240 (art 36, c. 1, del d. l. n. 76/2020). Al fine di garantire la massima partecipazione alle misure di semplificazione amministrativa per l'innovazione, si ritiene che nell'ambito di applicazione soggettivo siano ammesse anche le imprese degli altri Stati membri dell'Unione europea[22].
La fase istruttoria è svolta dal Ministero dello sviluppo economico entro 30 giorni dal ricevimento della domanda (art. 36, c. 2, del d. l. n. 76/2020).
Tuttavia, è possibile richiedere chiarimenti o integrazioni della domanda, interrompendo il termine previsto per la conclusione della fase istruttoria; il predetto termine decorre nuovamente dalla ricezione degli elementi richiesti o dalla scadenza del termine assegnato per la risposta, comportando in quest'ultimo caso il rigetto della domanda (art. 36, c. 2, del d. l. n. 76/2020).
Si rammenta inoltre che, *ex* art. 6, c. 1, lett. b), della legge 7 agosto 1990, n. 241, il responsabile del procedimento può chiedere <<il rilascio di dichiarazioni e la rettifica

[21] L'art. 36, c. 1, del d. l. n. 76/2020 indica il contenuto della domanda (titolare della richiesta e responsabile della sperimentazione; caratteristiche della sperimentazione; profili di innovazione; durata; finalità del progetto e della sperimentazione; risultati e benefici attesi; modalità di monitoraggio e valutazione impatti; eventuali rischi e relative prescrizioni), ferma restando la contestuale richiesta di temporanea deroga alle norme dello Stato che impediscono la sperimentazione.
[22] Secondo l'art. 54 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (*infra* TFUE), le persone giuridiche che operano legalmente in uno Stato membro possono sia fornire temporaneamente i servizi dal predetto paese d'origine (art. 56 TFUE) che esercitare in modo stabile e continuativo un'attività economica in un altro Stato membro (art. 49 TFUE).

ISSN 2036-7821

di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete […] e ordinare esibizioni documentali>>. A questo riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che il generale canone del soccorso istruttorio <<secondo pacifico orientamento è istituto generale del procedimento amministrativo, avente massima applicazione al di fuori dei procedimenti di tipo comparativo (nei quali, come nella specie, non si pone un problema di alterazione della *par condicio*)>>[23].

L'istituto è particolarmente rilevante nei procedimenti in questione in cui normalmente l'istante non è in grado di individuare con esattezza e completezza le norme impeditive; al fine di colmare l'asimmetria informativa che caratterizza anche il titolare della fase istruttoria, l'amministrazione procedente sarà, preliminarmente, costretta a sentire le amministrazioni competenti quando non già obbligatorio come per gli aspetti relativi alla sicurezza della circolazione[24].

E' utile pertanto semplificare l'azione amministrativa in un contesto legale non sempre chiaro sia alle piccole e medie imprese che alle amministrazioni titolari sia della fase istruttoria che decisoria di un procedimento potenzialmente applicabile ai più svariati settori[25]; al riguardo, l'art. 14 (<<Conferenze di servizi>>), c. 1, della l. n. 241/1990 afferma che la conferenza di servizi istruttoria "può" essere indetta dall'amministrazione procedente anche su richiesta di altra amministrazione coinvolta nel procedimento o del privato interessato <<quando lo ritenga opportuno per effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo […] Tale conferenza si svolge con le modalità previste dall'articolo 14-*bis* o con modalità diverse, definite dall'amministrazione procedente>>.

Al termine della fase istruttoria il Ministero dello sviluppo economico redige una relazione istruttoria contenente la proposta di autorizzazione o di preavviso di

[23] Così TAR Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018, *[22 novembre 2017]*, n. 85, secondo cui <<l'autorità procedente, prima di pervenire a determinazioni conclusive, avrebbe, quanto meno, dovuto attivare il cd. soccorso istruttorio sostanziantesi nella richiesta all'operatore di integrare la domanda risultata carente con la documentazione indicata dalla norma regolamentare, al fine di poter esprimere la compiuta valutazione richiesta dall'art. 9 cit. sulla coerenza dell'opera progettata con la salvaguardia dello specifico contesto urbano>>.

[24] Il riferimento è al parere obbligatorio di cui all'art. 36, c. 2, del d. l. n. 76/2020 il quale prevede che il Ministero dello sviluppo economico senta il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (oggi Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili) per gli eventuali aspetti relativi alla sicurezza della circolazione; ebbene, *ex* art. 16 (<<Attività consultiva>>) della l. n. 241/1990 <<1. Gli organi consultivi delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, sono tenuti a rendere i pareri ad essi obbligatoriamente richiesti entro venti giorni dal ricevimento della richiesta. Qualora siano richiesti di pareri facoltativi, sono tenuti a dare immediata comunicazione alle amministrazioni richiedenti del termine entro il quale il parere sarà reso, che comunque non può superare i venti giorni dal ricevimento della richiesta>>. Pertanto, nulla vieta al Ministero dello sviluppo economico titolare dell'istruttoria di richiedere pareri facoltativi.

[25] H. J. ALLEN, *Regulatory sandboxes*, in *The George Washington Law Review*, vol. 87/3, pag. 580-643, sottolinea che l'ente che gestisce il "*regulatory sandbox*" dovrebbe essere tecnicamente competente, affermando, seppur con riferimento al settore finanziario, che "*Ideally, the regulator operating the regulatory sandbox would have a perspective and expertise that spans the full range of financial products and services available*".

ISSN 2036-7821

diniego al competente Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei ministri (art. 36, c. 2, del d. l. n. 76/2020); in caso contrario, quest'ultima struttura attiva i meccanismi predisposti dalla legge sul procedimento in caso di inerzia della pubblica amministrazione[26].

Ai trenta giorni espressamente previsti per la conclusione della fase istruttoria dall'art. 36, c. 2, del d. l. n. 76/2020, si affiancano i trenta giorni della fase decisoria dalla ricezione della relazione istruttoria del Ministero dello sviluppo economico, come dedotto dall'art. 2, c. 2, della l. n. 241/1990 secondo cui, qualora disposizioni di legge o di regolamento non prevedano un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali devono concludersi entro il termine di trenta giorni.

Al riguardo, l'art. 36, c. 2, del d. l. n. 76/2020 precisa che non si applicano gli artt. 19 (<<Segnalazione certificata di inizio attività - Scia>>) e 20 (<<Silenzio assenso>>) della l. n. 241/1990; conseguentemente, nel procedimento ad istanza di parte per il rilascio dell'autorizzazione a sperimentare, il silenzio dell'amministrazione competente non equivale a provvedimento di accoglimento della domanda[27].

Qualora d'accordo con la proposta di preavviso di diniego, in applicazione dell'art. 10-*bis* (<<Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza>>) della l. n. 241/1990, l'autorità competente per la fase decisoria (Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei ministri), prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda[28].

Di seguito, qualora l'amministrazione non cambi orientamento a seguito dell'eventuale partecipazione dell'interessato, il *dominus* della fase decisoria dispone

---

[26] In base all'art. 17-*bis* (<<Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici>>) della l. n. 241/1990 <<quando per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi è prevista la proposta di una o più amministrazioni pubbliche diverse da quella competente ad adottare l'atto, la proposta stessa è trasmessa entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta da parte di quest'ultima amministrazione *[…]*, qualora la proposta non sia trasmessa nei termini *[…]*, l'amministrazione competente può comunque procedere>>.

[27] L'art. 2 (<<Conclusione del procedimento>>) della l. n. 241/1990 afferma che <<1. Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza *[…]* le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso>>. Pertanto, l'eventuale silenzio corrisponde ad un inadempimento e ai sensi dell'art. 31 (<<Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità>>) del decreto-legislativo 2 luglio 2010, 104, l'istante <<può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere>> fino a quando perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento; tuttavia, il medesimo codice del processo amministrativo precisa che il giudice può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa solo quando non residuano margini discrezionalità, non necessitando inoltre ulteriori adempimenti istruttori.

[28] Si rammenta che in base all'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990 <<Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti>>; tuttavia, la disposizione prevede altresì che la predetta comunicazione <<sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine>>.

ISSN 2036-7821

in via esclusiva il provvedimento di diniego; l'intesa con il Ministero dello sviluppo economico è infatti esplicitamente prevista dall'art. 36, c. 2, del d. l. n. 76/2020 nei soli casi di autorizzazione, probabilmente in quanto l'atto amministrativo deroga, seppur temporaneamente, a norme dello Stato.

Anche il provvedimento in esame <<deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria>> (art. 3, c. 1, l. n. 241/1990); tuttavia, nella fattispecie il Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei ministri dovrà indicare nella motivazione i motivi ostativi ulteriori eventualmente derivanti dalle osservazioni presentate a seguito del preavviso di rigetto (art. 10-*bis*, l. n. 241/1990).

Ad ogni modo, l'eventuale rigetto dell'autorità competente non vieta una nuova domanda *post* rigetto; in tal senso la giurisprudenza amministrativa secondo la quale è solo in base alla motivazione che <<il privato destinatario può capire eventualmente quali modifiche apportare alla propria domanda, per ottenere in un secondo tempo un risultato comunque a lui favorevole […]>>[29].

Al contrario, il provvedimento di autorizzazione sui progetti di sperimentazione e sulle domande di temporanea deroga normativa avviene d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico (art. 36, c. 2, del d. l. n. 76/2020)[30]; come detto, oltre alla verifica della sussistenza di tutti i requisiti della domanda, è necessario che i progetti presentino <<concreti ed effettivi profili di innovazione tecnologica, i cui risultati attesi comportano positivi impatti sulla qualità dell'ambiente o della vita e che presentano concrete probabilità di successo>> (art. 36, c. 2, del d. l. n. 76/2020)[31].

Qualunque sia il provvedimento adottato, *ex* art. 6 (<<Compiti del responsabile del procedimento>>), c. 1, lett. e), della l. n. 241/1990 <<L'organo competente per

[29] Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 18 luglio 2017, n. 3529.

[30] Anche nella fattispecie in caso di inerzia si applica l'art. 17-*bis* (<<Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici>>) della l. n. 241/1990 secondo cui <<1. Nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente […] 2. Decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito>>. Rimane altresì fermo quanto sopra detto in materia di tutela dell'istante avverso il silenzio inadempimento, come confermato dall'articolo 2 (<<Conclusione del procedimento>>) della l. n. 241/1990 in base al quale <<8. La tutela in materia di silenzio dell'amministrazione è disciplinata dal codice del processo amministrativo, di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104>>.

[31] Si ricorda tuttavia che la norma speciale di cui all'art. 36, c. 2, del d. l. n. 76/2020 prevede che <<Ove l'esercizio dell'attività oggetto di sperimentazione sia soggetto anche a pareri, intese, concerti, nulla osta, autorizzazioni o altri atti di assenso, comunque denominati, di competenza di altre amministrazioni la competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri procede, d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico, ai sensi degli articoli 14, 14-*bis*, 14-*ter*, 14-*quater* e 14-*quinquies*, della legge 7 agosto 1990, n. 241, con il dimezzamento dei termini ivi previsti>>.

ISSN 2036-7821

l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale>>[32]. La giurisprudenza amministrativa ritiene comunque che una determinazione finale differente sottenda un'istruttoria completa; pertanto, un'eventuale carenza imporrebbe all'autorità competente per la decisione finale una riedizione o completamento dell'istruttoria[33].
In qualsiasi caso, il provvedimento, anche negativo, è comunicato all'istante (art. 36, c. 2, del d. l. n. 76/2020), indicando <<il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere>> (art. 3, c. 4, l. n. 241/1990)[34].

5. Conclusioni.

Per concludere, seppur sia ancora presto per effettuare un bilancio, è lodevole l'iniziativa normativa intrapresa in accordo con gli orientamenti europei favorevoli alle clausole di sperimentazione e agli spazi di sperimentazione normativa[35].
Sicuramente l'iniziativa italiana si distingue perché la sperimentazione, sebbene per un periodo di tempo determinato, non riguarda una parte limitata di un settore o di un ambito soggetto a vigilanza regolamentare. "Sperimentazione Italia" è potenzialmente applicabile trasversalmente a tutti i settori, sebbene il legislatore abbia previsto una serie di ipotesi in cui non è possibile sperimentare, sia in quanto esiste una disciplina *ad hoc* (Fintech) che per la delicatezza delle materie.
Al contempo, l'art. 36 del d. l. n. 76/2020 consente la sperimentazione di progetti innovativi in deroga a norme impeditive che, sebbene non siano in astratto individuate dalla norma primaria a causa dell'orizzontalità dell'iniziativa, sono

[32] In proposito TAR Campania, sez. II, 27 aprile 2011, *[31 marzo 2011]*, n. 2348, afferma che la norma solo apparentemente reca una prescrizione di natura procedimentale formale, dal momento che <<analogamente ad altre disposizioni della legge generale sul procedimento, impone un canone di legittimità sostanziale dell'azione amministrativa che si risolve nel principio di non contraddizione e, quindi, in quelli di trasparenza ed imparzialità. E' ben possibile che l'organo decidente assuma una determinazione che si riveli contraria o comunque non in armonia con le risultanze dell'attività istruttoria, ma deve in questo caso compiutamente rappresentare - in ciò determinandosi un'intensificazione dell'onere motivazionale - le ragioni di tale scelta>>.

[33] In questi termini lo stesso TAR Campania, sez. II, 27 aprile 2011, *[31 marzo 2011]*, n. 2348.

[34] Quanto alla pubblicità, l'attuale art. 23 (<<Obblighi di pubblicazione concernenti i provvedimenti amministrativi>>) del decreto-legislativo 14 marzo 2013, n. 33, recante il riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, non prevede la pubblicazione obbligatoria delle autorizzazioni. Ciò premesso, non si condivide quanto affermato da R. Luna, *Che fine ha fatto il diritto a innovare*, in *larepubblica.it*, 2021, il quale afferma che <<Delle due l'una: o gli innovatori visionari sono spariti, oppure quella norma, che oggi vive nascosta in una voce di un sito web ministeriale, è ignota ai più>>.

[35] Se non altro per la "*signaling function*" di cui parla D. A. ZETZSCHE et al., *Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation*, 23 FORDHAM J. CORP. & FIN. L. 31 (2017) "*communicating regulator flexibility towards innovative enterprises, and regulator desire to understand new technologies*". In questo modo "*Many regulators now understand that their doors need to stay open to facilitate knowledge transfer in an era of rapid technological change*".

ISSN 2036-7821

specificate in concreto dall'autorità amministrativa nel provvedimento di autorizzazione, delimitando di conseguenza l'iniziativa sperimentale; rimane fermo che lo stesso legislatore non ammette eccezioni per particolari ipotesi in grado, in alcuni casi, di inficiare la resistenza dello stesso art. 36 sotto il profilo della compatibilità con l'ordinamento europeo e costituzionale.

Ciò premesso, è evidente che solo la prassi applicativa, laddove possibile, potrà chiarire l'idoneità della norma ad innovare.

Ad ogni modo, è probabile da un lato che gli stessi istanti (soprattutto le piccole e medie imprese) non siano in grado di predisporre correttamente la domanda con particolare riferimento alle norme derogabili, dall'altro, vista anche l'orizzontalità dell'iniziativa normativa riguardante plurimi settori, che i soggetti istituzionali coinvolti nel procedimento (Ministero dello sviluppo economico, Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del consiglio) non abbiano le competenze necessarie per una corretta valutazione di progetti riferibili a materie eterogenee.

Si ritiene pertanto che, nonostante i rigidi termini previsti dalla disciplina normativa, i procedimenti saranno per forza di cose caratterizzati da un ampio utilizzo dell'attività consultiva e del c.d. "soccorso istruttorio" che comporteranno inevitabilmente un prolungamento dei tempi.

Inoltre, la predetta considerazione unita alla scissione del responsabile dell'istruttoria del procedimento (Ministero dello sviluppo economico) rispetto all'organo competente all'emanazione del provvedimento finale (Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del consiglio) costituirà un impulso all'utilizzo di misure di semplificazione dell'azione amministrativa (ad es. conferenze di servizi)[36].

Sarà comunque la prova dei fatti a stabilire se l'art. 36 raggiungerà efficacemente il suo scopo, autorizzando celermente sperimentazioni innovative allo scopo di modificare le disposizioni derogate che disciplinano l'attività oggetto di sperimentazione.

In caso contrario sarà necessario rivalutare l'iniziativa limitandola eventualmente a settori specifici con la gestione di enti tecnicamente competenti[37] o avvalersi di altre politiche di sperimentazione[38] o addirittura verificare *case by case* se il medesimo

[36] M. V. LA ROSA, Siamo sicuri che innovare possa diventare un diritto per decreto?, in il sole24ore.com, 21 settembre 2020, precisa che <<Sembrano inoltre incerte le tempistiche per ottenere l'autorizzazione, visti il cumulo di competenze (oltre alla Presidenza del Consiglio dovrà essere coinvolto anche il Mise), la possibilità che il procedimento venga interrotto o che debbano essere convocate conferenze di servizi e la non applicabilità del silenzio-assenso>>.

[37] C. MUNOZ FERRANDIS, Sandbox-by-design: top-down and bottom-up regulatory approaches, in osservatorioair.it, 20 luglio 2021, afferma che <<*The leading approach to sandbox design is a state-led sector-specific regulatory one focusing on an industry in particular*>>, riferendosi in particolare a fintech, intelligenza artificiale e "*green technologies*".

[38] Anche considerato che nei "*regulatory sandboxes*" i rischi sono difficilmente prevedibili e gli oneri temporali, finanziari e in termini di competenze per i regolatori sono maggiori, M. LESHER, *Bringing new digitally enabled*

ISSN 2036-7821

risultato non sia raggiungibile direttamente dal Parlamento o dal Governo in modo più celere[39].

La questione è centrale anche considerata la comunicazione "*2030 digital compass*" della Commissione europea, secondo cui il cui punto di partenza dell'Unione europea è una "*open digital economy based on the flow of investment and innovation as an engine for prosperity*"[40].

products and services to market: Sandboxes and the role of policy experimentation, in *voxeu.org*, 13 ottobre 2020, afferma che i "*sandboxes are not a panacea, and policy experimentation can – and should – take many forms*", precisando inoltre che "*Others suggest that 'innovation hubs' may be more effective in some circumstances (Buckely et. al. 2019)*".

[39] Ad esempio l'art. 1, c. 102, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, recante il bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021, autorizzava nelle città << […] la sperimentazione della circolazione su strada di veicoli per la mobilità personale a propulsione prevalentemente elettrica, quali segway, hoverboard e monopattini. A tale fine, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sono definiti le modalità di attuazione e gli strumenti operativi della sperimentazione>>. In attuazione di quanto disposto dal presente comma è stato poi emanato il decreto-ministeriale 4 giugno 2019.

Di seguito, l'art. 1, c. 75, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, recante il bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022, prevedeva che <<I monopattini che rientrano nei limiti di potenza e velocità definiti dal decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 4 giugno 2019 […] sono equiparati ai velocipedi di cui al codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285>>.

Infine, l'art. 33-*bis*, c. 2, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8, sostituiva il predetto comma 75 con gli attuali commi da 75 a 75-*septies* che disciplinano la materia dei monopattini elettrici.

[40] Commissione Europea, *2030 Digital Compass*, *The european way for the digital decade*, in *europa.eu*, 9 March 2021.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'espulsione ministeriale. Un'analisi giuridica.

di Gabriele Trombetta

(Dottore di Ricerca, presso l'Università Vanvitelli di Napoli)

Sommario

1. Premessa – 2. L'espulsione ministeriale: presupposti – 3. Procedimento, provvedimento, rimedi – 4. Fattispecie più ricorrenti di espulsione per motivi di terrorismo – 5. La più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato – 6. La ricostruzione teorica in termini di misura di polizia – 7. (segue) Alcune riflessioni sulla polizia di sicurezza – 8. Potere, terrorismo e diritti fondamentali – 9. (segue) Compatibilità della misura con la libertà di manifestazione del pensiero, con il diritto di difesa, con il diritto all'unità familiare – 10. La compatibilità convenzionale: l'art. 6, volet pénal e l'art. 7 CEDU – 11. (segue) L'art. 6, volet civil – 12. (segue) Le garanzie procedurali nel caso di espulsione di stranieri – 13. Il principio di non refoulement – 14. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare – 15. L'estensione dell'ambito oggettivo di applicazione della misura espulsiva – 16. Conclusioni

Abstract

This contribution frames the institution of ministerial expulsion for reasons of terrorism within the more general phenomenon of the strengthening of police law as a sector of the system aimed at preventing attacks on public order and security in the country. In spite of some doctrinal criticisms, it is believed that the expulsion measure represents a valuable precautionary instrument deputed to protect fundamental interests of the State, which, despite its exceptionality, remains compatible with the constitutional principles of the rule of law.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa

L'espulsione ministeriale – disciplinata dall'art. 13, comma 1 del testo unico dell'immigrazione e dall'art. 3 d.l. 27 luglio 2005, n. 144 – è una misura particolarmente incisiva, che determina l'allontanamento dello straniero[1] e la recisione dei suoi legami con il territorio italiano sulla base di un giudizio prognostico di pericolosità ispirato a canoni probabilistici, ben distanti dall'oltre ogni ragionevole dubbio di matrice processualpenalistica.

Il provvedimento, ascritto alla competenza apicale del Ministro dell'interno, impatta così sui diritti fondamentali del destinatario, sacrificati in ragione del preminente interesse della sicurezza pubblica.

È per i suoi effetti di tanta portata e per il suo rilievo strategico nel contrasto al terrorismo internazionale, dunque, che l'atto merita l'attenzione della dottrina, anche con riferimento al relativo regime giuridico, condizionato dalla non scontata collocazione dogmatica dell'istituto.

L'indagine mira, *induttivamente*, attraverso un esame critico della disciplina positiva e degli arresti giurisprudenziali, a porre in luce le diverse alternative ricostruttive dell'istituto, evidenziando, *in via deduttiva*, le conseguenze di ciascuna opzione qualificatoria sul piano delle garanzie costituzionali e convenzionali[2].

La ricerca muoverà, dunque, dal particolare (diritto positivo e giurisprudenza) al generale (ricostruzione teorica), per poi seguire un itinerario inverso, verificando la tenuta della trama complessiva dell'istituto alla luce dei principi generali del diritto e della logica giuridica, anche al fine di ragionare su possibili soluzioni applicative, in ciò l'obiettivo della presente indagine.

Il tutto con la doverosa precisazione che la riflessione vuol essere strettamente *de jure condito*, secondo il paradigma della scienza giuridica, senza proporre soluzioni *de lege ferenda*, spettanti alla politica del diritto, che resta estranea a queste brevi note[3].

2. L'espulsione ministeriale: presupposti.

L'espulsione ministeriale[4] è adottata per motivi di ordine pubblico o di sicurezza

[1] L'espulsione può essere disposta, ai sensi del testo unico immigrazione, soltanto in confronto dello straniero che non sia cittadino dell'UE (art. 1, comma 2, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286). Peraltro, occorre considerare che anche quest'ultimo può essere allontanato dal Paese per ragioni di sicurezza, ai sensi dell'art. 20 d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30.

[2] Sul metodo giuridico come combinazione di induzione e deduzione, autorevolmente G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista studioso nel processo di modernizzazione della P.A.*, in *Diritto pubblico* 3/2016, p. 1029.

[3] Per la distinzione tra scienza giuridica e politica del diritto cfr. ivi., pp. 1019 ss. Cfr. anche A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, p. 1, allorché afferma che «al giurista (nel momento che fa il giurista) la scelta è consentita entro gli schemi normativi, non al di là di essi».

[4] Cfr., in tema, P. BONETTI, *I principi, i diritti e doveri. Le politiche migratorie*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, pp. 442-443; A. VALSECCHI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, in *Diritto penale e processo* 10/2005; pp. 1204 ss.; S. CENTONZE, *L'espulsione dello straniero*, Padova, 2006, pp. 152-162; M. ASPRONE, *L'espulsione del cittadino extracomunitario: le diverse tipologie, i procedimenti e gli*

ISSN 2036-7821

nazionale dal Ministro dell'interno, che ne informa il Presidente del Consiglio dei Ministri e il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale[5].
La *ratio* della misura è, evidentemente, l'allontanamento dello straniero pericoloso dal Paese, allo scopo di evitare la concretizzazione di un evento di danno per lo Stato-comunità[6].
La competenza di vertice e gli obblighi informativi ne testimoniano l'alta rilevanza

---

ultimi orientamenti giurisprudenziali, in *Amministrativamente* 11-12/2014; S. CLINCA, *Interventi in materia di misure di prevenzione*, in *La legislazione penale*, 15 gennaio 2016, V. MONTARULI, *L'espulsione ministeriale dello straniero per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato e prevenzione del terrorismo*, in *Rivista di polizia* 11-12/2016, pp. 1161-1192; N. DURANTE, *Espulsione dello straniero e disciplina della regolarizzazione*, Relazione resa alla sessione formativa per magistrati amministrativi sul tema "Il diritto dell'immigrazione", organizzata presso il Consiglio di Stato il 28 novembre 2016, dall'Ufficio studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, ora in www.giustizia-amministrativa.it.

[5] Nel senso della mera irregolarità del decreto, ove non preceduto dalla dovuta informazione al Presidente del Consiglio dei Ministeri e al Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, L. GIORDANO, *Controllo delle frontiere, respingimento ed espulsione (artt. 10-17 T.U.IMM.)*, in D. MANZIONE (a cura di), *Codice dell'immigrazione e dell'asilo*, Milano, 2018, p. 147.

[6] Gli addetti ai lavori ritengono l'espulsione dei soggetti radicalizzati una misura preziosa sul piano del contrasto al terrorismo: cfr. quanto riportato dal Ministero dell'interno in https://www.interno.gov.it/it/notizie/controlli-accurati-ed-espulsioni-soggetti-radicalizzati-strategie-contrasto-terrorismo, nonché l'inserto *La normativa antiterrorismo* di *Polizia moderna* dell'ottobre 2016, a cura del Servizio centrale antiterrorismo, dove si espone, in chiave info-investigativa, un interessante caso pratico. In questo senso, cfr. anche le dichiarazioni del generale dell'Arma dei Carabinieri Mori, riportate da G. FABINI – V. FERRARIS, *Terrorismo e politiche migratorie: prime riflessioni per orientarsi*, in *Antigone* 1/2017, p. 40, secondo cui una controindicazione a politiche più inclusive in materia di cittadinanza sarebbe proprio l'inutilizzabilità, nei confronti dei cittadini, dello strumento dell'espulsione ministeriale. Riguardo l'efficacia di questo istituto, come anche dello strumento penale in funzione antiterrorismo, esprime invece qualche dubbio C. MORUCCI, *I rapporti con l'Islam italiano: dalle proposte d'intesa al patto nazionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 38/2018. L'Autrice afferma, in particolare, che «queste misure, seppure fortemente efficaci nel prevenire tutta una serie di reati legati alle attività terroristiche, sono state ampiamente criticate perché, invece di risolvere il problema della radicalizzazione e del terrorismo, tendono o a delocalizzarlo, con le espulsioni, oppure a soggiogarlo, con gli arresti». In senso analogo, riguardo il rischio di "esportazione" del terrorismo, L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminosi internazionali*, Padova, 2012 e S. SANTINI, *Prevenzione personale e terrorismo: profili di insostenibilità del sistema attuale*, in *Discrimen*, 24 maggio 2021, che parla di «gesto pilatesco». Sottolinea come, evidentemente, la tipologia provvedimentale in analisi non possa essere utilizzata per «jihadisti autoctoni» G. BENEVENTANO, *Tra integrazione ed estremismo: studio sperimentale a partire da giovani di seconda generazione italo-arabi*, in *Rivista di psicodinamica criminale* 1/2018, p. 50. Interessante poi quanto osservato da D. MILANI – A. NEGRI, *Tra libertà di religione e istanze di sicurezza: la prevenzione della radicalizzazione jihadista in fase di esecuzione della pena*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 23/2018, laddove sostengono che «la misura sconta però almeno due problemi: da una parte – e come già detto - lascia spazi fin troppo larghi di manovra a chi la adotta con il rischio di sacrificare sull'altare dell'incisività e dell'immediatezza irrinunciabili garanzie di difesa dell'espulso. Dall'altra, su un piano meno strettamente giuridico ma parimenti rilevante, non si può escludere che una misura così afflittiva possa in qualche misura agevolare quella narrativa improntata al vittimismo e al senso di persecuzione che è parte integrante del messaggio propagandato dagli estremisti jihadisti. Sebbene l'utilizzo dell'espulsione amministrativa possa sembrare efficace nell'immediato, non si vede, dunque, come possa risultare risolutivo nel lungo periodo». Sulla curva delle espulsioni, con le relative statistiche, si rimanda a M. OLIMPIO, *La misura delle espulsioni per estremismo*, in www.ispionline.it, 14 dicembre 2018, nonché al "Dossier Viminale 2020", disponibile in www.interno.gov.

ISSN 2036-7821

politica, tale da impegnare il Governo nel suo complesso[7].
I presupposti dell'atto sono espressi dal legislatore mediante un concetto giuridico indeterminato, la cui concretizzazione è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione[8].
Peraltro, deve ritenersi che le fattispecie abilitanti siano due, e cioè: il pericolo per l'ordine pubblico e quello per la sicurezza nazionale.
Il primo è il «complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché [la] sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni»[9].
Per sicurezza nazionale dovrebbero invece intendersi i supremi interessi dello Stato-persona, tanto nella sua tenuta costituzionale interna, quanto nella sua proiezione esterna[10].
Il d.l. 31 luglio 2005, n. 144, all'art. 3 ha previsto un ulteriore caso di espulsione ministeriale, che può essere disposta nei confronti di coloro che appartengono a una delle categorie di cui all'art. 18 l. 22 maggio 1975, n. 152[11] ovvero – ed è questa l'ipotesi più problematica sul piano esegetico – allorché vi siano «fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali»[12].

---

[7] Argomentando dall'elevato livello dell'Autorità emanante, L. MASERA, *op. cit*. sostiene che l'istituto dovrebbe rivestire carattere di eccezionalità, senza poter assurgere a strumento di gestione ordinaria del fenomeno migratorio. Si dovrebbe, piuttosto, ritenere trattarsi di misura *estrema* ma *ordinaria*. D'altronde, come autorevole dottrina ha osservato, si va incontro a un «terrorismo del tempo ordinario» (G. DE MINICO, *op. cit*.; l'Autrice, peraltro, rinviene nell'eccezionalità e temporaneità inderogabili requisiti della legge dell'emergenza). Il fenomeno eversivo si stabilizza, divenendo endemico alla società, permanentemente minacciata. Ciò implica che la reazione non potrà che essere di lungo periodo, con una modificazione sostanziale dell'ordinamento, pur sempre dentro i principi costituzionali, che deve fare i conti con una aggressione costante alle sue fondamenta: così L. LORELLO, *Il dilemma sicurezza vs. libertà al tempo del terrorismo internazionale*, in *Democrazia e sicurezza* 1/2017.

[8] Così anche N. GULLO, *Prevenzione del terrorismo, tutela dell'ordine pubblico e diritti fondamentali degli stranieri: riflessioni sull'espulsione degli stranieri prevista dall'art. 3, d.l. n. 144 del 2005*, in *Diritto & Questioni pubbliche* 2/2017. ID., *Prevenzione del terrorismo ed espulsione degli stranieri dopo il "decreto sicurezza" del 2018*, in F. ASTONE – R. CAVALLO PERIN – A. ROMEO – M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Atti dei convegni di Siracusa 4 maggio 2017 e Torino 27 ottobre 2017*, Torino, 2019, pp. 375-376, in afferma che «l'espulsione viene configurata come una vera e propria misura di prevenzione amministrativa *ante delictum*, il cui ambito di applicazione è rimesso in fondo alla valutazione della stessa amministrazione». Ritiene eccessivamente lato il concetto di ordine pubblico e sicurezza, che consegnerebbe all'autorità emanante spazi d'incontrollata discrezionalità, anche M. INTERLANDI, *Potere amministrativo e principio di proporzionalità nella prospettiva dell'effettività delle tutele della persona immigrata*, in *Diritti fondamentali* 1/2018, p. 10.

[9] Così l'art. 158, comma 2, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, che replica la definizione recata da Corte cost. 25 febbraio 1988, n. 218. Cfr. altresì, *ex plurimis*, G. CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

[10] Cfr., *ex multis*, Corte cost. 4 maggio 1977, n. 86, che fa riferimento alla «esistenza, [al]la integrità, [al]la essenza democratica dello Stato».

[11] Norma confluita ora nell'art. 4, comma 1, lett. d)-h) e 16, comma 1, lett. b) del testo unico antimafia.

[12] È dubbio che, in quest'ipotesi, in cui il Ministro può altresì delegare il Prefetto, sussistano gli obblighi informativi previsti per il caso di cui all'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 286/1998. Si potrebbe infatti sostenere che *ubi voluit, dixit*.

ISSN 2036-7821

Spetta dunque al Ministro valutare, entro margini di apprezzamento tecnico, la sussistenza dei presupposti di esercizio del potere, nonché operare una comparazione tra gli interessi in gioco.
Non parrebbe, ad ogni buon conto, sostenibile che nel caso di specie si assista ad un'estensione della discrezionalità sconfinante nell'arbitrio[13], essendo i parametri di scrutinio, sebbene elastici, definiti dalla legge e suscettibili di giustiziabilità secondo un razionale controllo di un organo terzo e indipendente[14].

3. Procedimento, provvedimento, rimedi.
Il procedimento amministrativo, in ragione delle esigenze di celerità sottese all'espulsione, soffre significative deroghe rispetto alla disciplina generale in materia di partecipazione e di accesso agli atti[15].
Si esclude, infatti, l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento e risulta inaccessibile, anche ai fini defensionali, la documentazione coperta da segreto o riservata, ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. a) e comma 2, lett. a) e c) l. 7 agosto 1990, n. 241[16].
Il provvedimento, è agevole intuire, ha natura amministrativa, ed è caratterizzato da ampia discrezionalità.
Sebbene si tratti di un atto che impegna l'apice dell'apparato governativo, esso rimane pur sempre vincolato nei fini, trovando il proprio obiettivo nella legge. In questo senso, si nega che l'espulsione ministeriale sia un atto politico, insindacabile dall'autorità giudiziaria[17].
A ciò, d'altronde, osterebbero sia la funzionalizzazione dell'atto all'interesse pubblico, sia la sua soggezione a precisi limiti legislativi, che lo rendono raffrontabile ad uno schema normativo di riferimento[18].

---

[13] Così anche P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, p. 42, secondo cui «tale ampia discrezionalità non significa libertà assoluta ed illimitata, giacché altrimenti essa si tradurrebbe in arbitrio e sopruso; la discrezionalità di polizia invece incontra precisi limiti» nella legge, tra l'altro soggiacendo al divieto di analogia.

[14] Per una rassegna di queste critiche, v. N. GULLO, *Prevenzione del terrorismo*, cit, p. 473.

[15] Dubita della compatibilità dell'istituto con i diritti fondamentali L. MASERA, *Il terrorismo e le politiche migratorie: sulle espulsioni dello straniero sospettato di terrorismo*, in *Questione giustizia*, settembre 2016.

[16] Sull'elisione delle garanzie partecipative, v. A. BONOMO, *Stranieri, procedimento amministrativo e garanzie partecipative*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2/2020, pp. 152-157. Con riferimento alle esclusioni documentali dal diritto di accesso relative ai procedimenti di competenza del Ministro dell'interno, v. d.m. 10 maggio 1994, n. 415.

[17] In tema, cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961, nonché, più recentemente, F. BLANDO, *L'atto politico nel prisma della Corte costituzionale*, in *Sports Law & Economics* 2/2014; P. ZICCHITTU, *Una "nuova stagione per l'atto politico"? Alcune riflessioni tra teoria e prassi costituzionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 11/2018; V. CAPUOZZO, *L'"atto politico" davanti alla Corte costituzionale: la tensione tra funzione di indirizzo politico e diritto d'accesso al giudice nella sent. 10 marzo 2016, n. 52*, in *Diritti fondamentali* 2/2018; A. MITROTTI, *L'atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne "tensione" tra scienza costituzionale ed amministrativa*, in *Nomos1*/2020.

[18] Secondo P. VIRGA, *op. cit.*, 51, possono considerarsi atti politici solo i provvedimenti di polizia «diretti a prevenire un pericolo che minacci i supremi interessi dello Stato». La definizione può essere ancora accolta, a

ISSN 2036-7821

Potrebbe, forse, sostenersi che l'atto abbia comunque «rilievo politico nazionale»[19], a patto però di usare l'espressione in termini metagiuridici.

Sotto il profilo istruttorio, occorre poi che vi siano elementi obiettivamente riscontrabili a sostegno di un credibile giudizio prognostico, senza però – come già precisato – che si attinga quella certezza oltre ogni ragionevole dubbio, propria del diritto processuale penale[20].

Il decreto, evidentemente, dev'essere motivato, ai sensi dell'art. 3 della legge generale sul procedimento amministrativo, nonché dell'art. 13, comma 3 del testo unico immigrazione, che contiene un inequivoco riferimento ad un «decreto motivato immediatamente esecutivo».

Sul piano rimediale, come previsto dall'art. 13, comma 11 del testo unico immigrazione e rammentato dalla Suprema Corte di Cassazione[21], la giurisdizione spetta al giudice amministrativo. In particolare, la competenza funzionale è del TAR Lazio, giusta l'art. 135, comma 1, lett. i) c.p.a.

Per contro, le questioni inerenti alle altre tipologie d'espulsione, affidate all'autorità prefettizia, sono conosciute dal giudice ordinario[22].

Tradizionalmente, si ritiene che questo riparto fondi sulla circostanza che il Ministro dispone di un ampio potere discrezionale, mentre, nelle altre ipotesi di misura espulsiva, l'autorità procedente sarebbe chiamata a una verifica tecnica dei presupposti, tale da giustificare la qualificazione della situazione giuridica soggettiva del frontista in termini di diritto soggettivo[23].

---

patto di chiarire che, in quel caso, il provvedimento di polizia sia libero nel fine, senza trovare il proprio paradigma di riferimento nella legge.

[19] Per questa connotazione dell'atto, L. GIORDANO, *op. cit.*, p. 147.

[20] «L'esigenza di tutelare beni assolutamente fondamentali sopraindicati, […] impone una tutela molto avanzata, che impone all'Autorità procedente di adottare la misura dell'espulsione anche sulla base del semplice sospetto, sulla base di una valutazione effettuata anche solo alla stregua di meri indizi, in cui assumono rilievo preponderante i fattori induttivi della non manifesta infondatezza di progettualità terroristica, che possono essere ravvisati in fatti in sé e per sé privi dell'assoluta certezza che detta azione venga realizzata nell'imminenza, ma che, nel loro complesso, siano tali da fondare un giudizio che tale possibilità possa verificarsi»: così TAR Lazio, Roma, Sez. II *quater*, 4 luglio 2011, n. 5826.

[21] Cass., Sez. Un., 27 luglio 2015, n. 15693.

[22] Giusta l'art. 13, comma 2, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, «l'espulsione è disposta dal prefetto, caso per caso, quando lo straniero: a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto ai sensi dell'articolo 10; b) si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione di cui all'articolo 27, comma 1-*bis*, o senza avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato o rifiutato ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo ovvero se lo straniero si è trattenuto sul territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68; c) appartiene a taluna delle categorie indicate negli articoli 1, 4 e 16, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

[23] V. anche Cass. civ., sez. I, 17 giugno 2020, n. 11726, che ha sostenuto «la diversità strutturale e morfologica del provvedimento ministeriale rispetto al provvedimento prefettizio, atteso che il primo rimette all'amministrazione, non una mera discrezionalità tecnica e ricognitiva di ipotesi già individuate e definite dal legislatore nel loro perimetro applicativo, ma una ponderazione valutativa degli interessi in gioco (Cass. S. U. 15693/2015), mentre il

ISSN 2036-7821

Questa ricostruzione è debitrice della tesi per cui, a fronte di un potere vincolato, si staglino diritto soggettivi, residuando interessi legittimi soltanto a fronte dell'esercizio di un potere discrezionale[24].

A diverse conclusioni dovrebbe giungersi, invece, ove si accedesse alla opposta tesi secondo cui anche al potere vincolato corrisponderebbero interessi legittimi, e non diritti soggettivi, allorché il vincolo all'azione amministrativa sia posto nell'interesse pubblico[25].

In questo diverso quadro teorico-generale la ripartizione tra le due giurisdizioni apparirebbe difficile da giustificare, dovendosi la situazione giuridica soggettiva dello straniero configurare sempre in termini di interesse legittimo[26].

Potrebbe, forse, obiettarsi che il provvedimento espulsivo incide sulla libertà personale, diritto soggettivo 'inaffievolibile', tradizionalmente affidato alla cognizione del giudice ordinario.

Ciò nondimeno, al di là della considerazione che la libertà personale è fatta consistere, dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, nella libertà fisica[27], il ragionamento non pare resistere alla notazione che la misura ministeriale – analoga sul piano degli effetti a quella prefettizia – spetta invece alla cognizione del giudice amministrativo. Insomma: se l'espulsione incide sulla libertà, allora anche il decreto del Ministro dell'interno dovrebbe impattare su un diritto soggettivo, da rimettere alla cognizione del giudice ordinario.

Peraltro, laddove fosse davvero in gioco la libertà personale, dovrebbe operare quella riserva di giurisdizione, *ex* art. 13 Cost., che è invece soddisfatta soltanto con riguardo all'esecuzione coattiva dei provvedimenti, allorché si assiste effettivamente

---

secondo non integra esercizio di discrezionalità amministrativa, ma si configura, in presenza delle condizioni all'uopo stabilite, come atto dovuto (Cass. S. U. n. 18082/2015 e Cass. n. 30828/2018».

[24] Autorevolmente sostenuta da A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1249.

[25] R. GAROFOLI – Gi. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, 2017-2018, pp. 1762-1763, che richiamano conforme giurisprudenza del giudice nomofilattico (in particolare, Cass. civ., SS. UU., 19 aprile 2017, n. 9862).

[26] Sul tema, approfonditamente, D. ZECCA, *Tutela avverso il provvedimento di espulsione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Federalismi* n. spec. 2/2019; nel senso dell'identità della situazione giuridica soggettiva dello straniero dinnanzi al potere espulsivo, S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato italiano*, in *Diritto Processuale Amministrativo* 2, 2017, 534 ss. Di «polverizzazione» delle sedi di tutela giurisdizionale per lo straniero espulso parla C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa e immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti*, in G. CANAVESI, *Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale*, Macerata, 2019, 119 ss.

[27] Danno atto del dibattito sul tema, riferendo della tesi maggioritaria che configura la libertà personale come "libertà dagli arresti" P. CARETTI, *Libertà personale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino 1994, pp. 231 ss.; M. RUOTOLO, *Art. 13 Cost.*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, pp. 321-341; C. MAINARDIS, *Art. 13*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, pp. 101-114; Nel senso di una ricostruzione in termini di libertà anche morale, violata dalla degradazione giuridica, A. CARIOLA, *Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione*, in *Diritti fondamentali* 1/2021.

ISSN 2036-7821

a una compressione della libertà fisica della persona migrante[28].
Sicché, la tenuta del sistema in termini di coerenza e razionalità pare sostenibile soltanto aderendo alla tesi che qualifica in termini di diritto soggettivo la posizione del frontista dinanzi al potere vincolato; per contro, l'opposta visione che qualificherebbe quest'ultima come interesse legittimo conduce, ineluttabilmente, a constatare un "cortocircuito giurisdizionale" .
Giova richiamare, infine, una recente ed autorevole opinione, secondo la quale, lungi dal potersi rinvenire un predeterminato criterio di riparto nella materia dell'immigrazione, la giurisdizione parrebbe assegnata al giudice amministrativo laddove si tratti di sindacare l'esercizio di un potere che, indirettamente, conformi i diritti fondamentali, mentre si attesterebbe sul giudice ordinario ove si tratti di conoscere in via diretta di siffatti diritti. A mutare sarebbe la prospettiva adottata dal legislatore: *ex parte auctoritatis*, quando la cognizione è del giudice amministrativo; *ex parte subiecti*, ove invece appartenga al giudice ordinario[29]. Evidente che anche sulla base di questo schema ragionativo il sistema giurisdizionale che presiede alla tutela in materia di espulsione potrebbe trovare una razionale giustificazione, a patto di ritenere costruita *ex parte auctoritatis* la sola espulsione ministeriale[30].
Passando al piano delle garanzie, va rammentato che originariamente, il legislatore aveva – in via transitoria (sino al 31 dicembre 2007 – previsto severi limiti alla protezione giurisdizionale dell'espulso per motivi di terrorismo (nonché di ordine pubblico), precludendogli la tutela cautelare; derogando alla garanzia della convalida dell'espulsione da parte del giudice di pace; sospendendo comunque il giudizio per un tempo di due anni ove l'Amministrazione avesse opposto il segreto di Stato, decorso il quale termine il giudice avrebbe potuto decidere allo stato degli atti. La Corte costituzionale, nel 2007, non ebbe modo di pronunciarsi su questo regime eccezionale, giacché ritenne le questioni priva di rilevanza nel giudizio *a quo*[31]. Tuttavia, si può sostenere che, effettivamente, quei limiti si ponessero in seria contraddizione con le garanzie defensionali assicurate dalla Carta[32].
Attesa la scadenza del termine finale di efficacia delle disposizioni derogatorie in commento, queste questioni assumono un rilievo essenzialmente storico, di non stretta attualità giuridica.

---

[28] Ai sensi dell'art. 13, comma 5 *bis* del testo unico immigrazione, il procedimento d'esecuzione coattiva del decreto di espulsione rispetta i termini di cui all'art. 13, comma 3, Cost.

[29] Così M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi* 5/2018, p. 13.

[30] Ciò che riesce difficile soprattutto con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 13, comma 2, lett. c), che attiene all'espulsione prefettizia di soggetti socialmente pericolosi.

[31] Corte cost., 14 dicembre 2007, n. 432.

[32] V. anche M. VIZZARDI, *Espulsione del sospetto terrorista e garanzie costituzionali*, in *Corriere del merito* 12/2005, pp. 305 ss. R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, p. 100, ravvisa nell'istituto, come originariamente conformato, un'espressione del *Feindstrafrecht*, essendo connotato dai caratteri della neutralizzazione, (eventuale) incriminazione dell'esercizio dei diritti e degiurisdizionalizzazione.

ISSN 2036-7821

Il sindacato del giudice amministrativo è, naturalmente, circoscritto ai profili di legittimità. Si tratta di cognizione mai estesa al merito o comunque alla sfera tecnico-discrezionale, rimessi all'Amministrazione procedente[33].

Ai sensi dell'art. 13, comma 4, lett. a) del testo unico immigrazione, l'espulsione ministeriale è eseguita coattivamente dal questore, con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. Il successivo comma 5-*bis* esige – in coerenza con i termini di cui all'art. 13, comma 3 Cost. – la convalida da parte del giudice di pace.

Il legislatore colloca l'espulsione ministeriale tra le fattispecie suscettibili di essere eseguite forzatamente, senza che possa essere concesso allo straniero uno *spatium temporis* per la partenza volontaria.

Questo dispositivo depone nel senso dell'urgenza immanente del provvedimento e dell'esigenza di una sua tempestiva attuazione in fatto, che non consente dilazioni, potenzialmente pericolose per l'ordine pubblico.

In questo senso, il *favor expulsionis* ha indotto ad escludere, salvo casi eccezionali, che la pendenza di un procedimento penale osti all'allontanamento dello straniero.

Viene previsto che il questore, salvo che lo straniero sia sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere, richieda, ai fini dell'esecuzione del decreto, un nulla osta all'autorità giudiziaria, che può negarlo «solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa. In tal caso l'esecuzione del provvedimento è sospesa fino a quando l'autorità giudiziaria comunica la cessazione delle esigenze processuali»[34].

Opera, comunque, un meccanismo di silenzio-assenso, per cui, in mancanza di riscontro entro sette giorni da parte dell'autorità giudiziaria, il nulla osta si intende concesso.

Allo scopo di circoscrivere le ipotesi di reingresso dello straniero a fini defensionali, viene altresì previsto che, nel caso di avvenuta espulsione, il giudice dell'udienza preliminare pronunci sentenza di non luogo a procedere.

La regola processuale, peraltro, limitava l'improcedibilità alle sole fattispecie più gravi, soggiacenti all'applicazione del rito ordinario, non operando invece per i casi di citazione diretta a giudizio.

---

[33] Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 4 luglio 2011, n. 5826, ove s'afferma che «il giudice amministrativo non è autorizzato a sostituire le proprie valutazioni a quelle effettuate, sulla base di elementi di giudizio non sempre ostensibili, dall'amministrazione competente»; in materia di terrorismo, «pertanto, il sindacato giurisdizionale su tali giudizi prognostici si configura in modo particolare, in quanto ha ad oggetto non un mero accertamento di fatti, nella loro sussistenza attuale, ma ha ad oggetto altresì la formulazione, in base agli stessi fatti, mediante un processo logico di tipo inferenziale - probabilistico, delle ipotesi di avveramento in futuro di altri, diversi fatti, la cui realizzazione si intende prevenire».

[34] Art. 13, comma 3 del testo unico immigrazione.

ISSN 2036-7821

Attesa la *ratio* deflattiva della norma, la giurisprudenza di legittimità aveva stimato irragionevole che essa trovasse applicazione ai soli casi di maggiore gravità, restando estranea alle fattispecie più attenuato disvalore, in cui invece emergerebbe naturalmente un minor interesse dello Stato alla punizione del reato.
Veniva così sposata un'interpretazione adeguatrice, secondo cui, ove il P.M. non abbia ancora richiesto il decreto di citazione diretta, quest'ultimo può chiedere al giudice per le indagini preliminari di adottare una pronuncia di non luogo a procedere, ancorché l'azione penale non sia stata esercitata nei modi previsti dall'art. 405 c.p.p.
La Corte costituzionale, in consonanza con il descritto orientamento, ha infine dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 13, comma 3 *quater*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 nella parte in cui non consente, nel caso di avvenuta citazione diretta a giudizio, di pronunciare sentenza di non doversi procedere, qualora l'espulsione sia stata eseguita anteriormente al decreto che dispone la citazione diretta e ricorrano le condizioni per un tale *decisum*[35].
Infatti, l'eventuale difetto di comunicazione tra questore e P.M. in relazione all'esecuzione del decreto espulsivo non potrebbe ridondare in danno dell'imputato, che subirebbe un trattamento processuale deteriore per cause a lui estranee; né risultava percorribile un'interpretazione adeguatrice, tenuto conto del chiaro disposto normativo che qualifica in termini ostativi alla dichiarazione di non procedibilità l'emissione del decreto che dispone il giudizio.

4. *Fattispecie più ricorrenti di espulsione per motivi di terrorismo*.
Dall'analisi delle decisioni in materia, può trarsi una casistica esplicativa, che rimanda alle motivazioni più ricorrenti in tema di espulsione per motivi di terrorismo.
Anzitutto, viene in rilievo l'inserimento in un *circuito relazionale* con soggetti noti per avere assunto posizioni religiose radicali in favore della *jihad*[36].
Altra ipotesi in concreto emersa è l'espressione di *solidarietà allo Stato islamico*[37], così come la propaganda estremista islamica.
È, altresì, colpita la *radicalizzazione religiosa islamica*. La giurisprudenza amministrativa[38] precisa che si tratta «non [del]la mera pratica di una religione, quanto [de]l proselitismo e [del]la propaganda a favore della *jihad*, caratterizzata da

[35] Corte cost., 13 dicembre 2019, n. 270. In tema, A. MAZZOLA, *La sopravvenuta condizione di improcedibilità dell'azione penale a seguito del provvedimento di espulsione. Nota a margine di Corte cost. n. 270 del 2019*, in *Diritti fondamentali* 1/2020, nonché S. LONATI, *Espulsione amministrativa dello straniero, processo penale e modelli differenziati di accertamento*, in *Giurisprudenza costituzionale* 6/2019, pp. 3229 ss.
[36] TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 12 febbraio 2021, n. 1776.
[37] TAR Lazio, sez. I-*ter*, 17 marzo 2021, m. 3224. Solidarietà che può essere espressa anche sui *social network*, come *Facebook*: TAR Lazio, sez. I *ter*, 7 agosto 2020, n. 9079.
[38] TAR Lazio, sez. I *ter*, 17 marzo 2021, n. 3224; TAR Lazio, sez. I ter, 20 settembre 2021, n. 9824.

ISSN 2036-7821

azioni terroristiche nei paesi europei e non solo».
In proposito, il giudice amministrativo di prime cure[39] stigmatizza un percorso di radicalizzazione culminato nell'assunzione di una posizione referenziale quale *imam*[40]. Invero, questa mera osservazione parrebbe insufficiente a qualificare in termini di pericolosità il destinatario del provvedimento; peraltro, nel caso di specie il Tribunale argomenta lungamente, e su altri fronti, l'esistenza dei presupposti ai fini dell'espulsione.
Anche il reclutamento di *foreign fighters*[41] costituisce valida premessa dell'espulsione ministeriale[42].
È stato poi osservato dalla giurisprudenza che la c.d. *mimetizzazione* non osta all'espulsione: è, anzi, talora una tecnica di dissimulazione adottata dai *lupi solitari*[43].

5. La più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato.
Il Consiglio di Stato[44] ha recentemente ribadito l'orientamento appena esposto.
Il caso concerneva l'appello proposto da un cittadino tunisino espulso per ragioni di sicurezza dello Stato avverso la decisione del TAR Lazio, che aveva respinto il ricorso di prime cure con cui veniva chiesto l'annullamento dell'atto amministrativo, che, tra l'altro, vietava anche il rientro nel Paese per quindici anni.
La misura di rigore era stata emessa dal Ministero dell'interno – *ex* art. 3 d.l. n. 144/2005, in comb. disp. con l'art. 20 d.lgs. n. 30/2007[45] – in ragione dell'inserimento dello straniero in un circuito di connazionali noti per aver assunto posizioni religiose radicali, e per avere egli condiviso sul *web* contenuti inneggianti al sedicente Stato islamico.
A complicare il quadro fattuale, la circostanza che il ricorrente fosse sposato – sebbene separato – con cittadina italiana e padre di minore residente in Italia. Ad ogni modo, come il Ministero dell'interno evidenziava in giudizio, l'espulso era separato dal coniuge, senza alcun obbligo di mantenimento del figlio a causa delle sue difficoltà economiche.
La censura era articolata su diversi profili: anzitutto, atteneva allo stesso fondamento dell'espulsione, contestandone i presupposti mediante deduzione di eccesso di potere per travisamento del fatto e difetto di istruttoria.

[39] TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 12 febbraio 2021, n. 1776.
[40] Sul rilievo dell'assunzione del ruolo di punto di riferimento ideologico e indottrinatore di precetti jihadisti v. anche TAR Lazio, sez. I *ter*, 20 settembre 2021, n. 9824.
[41] Per un inquadramento, v. M. SOSSAI, *Foreign terrorist fighters: una nozione ai confini del diritto internazionale*, in *Federalismi*, 25 settembre 2015, nonché Y. M. CITINO, *Sicurezza e stato di diritto nella minaccia dei foreign terrorist fighters*, in *Diritti fondamentali* 2/2019.
[42] TAR Lazio, sez. I *ter*, 17 marzo 2021, n. 3224; TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 12 febbraio 2021, n. 1776.
[43] TAR Lazio, sez. I *ter*, 17 marzo 2021, n. 3224.
[44] Cons. St., sez. III, 19 maggio 2021, n. 3886.
[45] Forse con qualche contraddizione, trattandosi di due distinti provvedimenti, con ambito soggettivo d'applicazione distinto.

ISSN 2036-7821

Veniva poi addotta l'illegittimità del provvedimento per il versante decisorio, per violazione dei principi di proporzionalità e manifesta ingiustizia, anche alla luce della posizione familiare del ricorrente.
Ancora, si invocava la violazione di legge in riferimento alla durata quindicennale del divieto di rientro in Italia.
Il Consiglio di Stato si è pronunciato rigettando integralmente l'appello.
Quanto alla valutazione del fatto – e cioè in ordine alla prognosi di pericolosità dell'espulso – viene ricordato che deve trattarsi, appunto, di un giudizio probabilistico, ispirato a finalità preventive[46].
Il supremo giudice amministrativo, quindi, esaminava i fatti sintomatici assunti a fondamento della motivazione dell'atto espulsivo, ritenendo la valutazione scevra da illogicità trasmodanti in eccesso di potere.
Lo straniero risultava inserito in un *circuito relazionale* con soggetti controindicati, vicini a posizioni religiose estremistiche. Inoltre, si registrava come avesse «consultato e condiviso assiduamente contenuti *web* inerenti al teatro di guerra siriano ed iracheno», manifestando sentimenti anticristiani. Apparendo poco credibile, con riferimento ai contatti con un soggetto autore di contenuti inneggianti alla pratica di compiere attentati suicidi, che «tale conoscenza dall'infanzia [fosse] limitata alle "forme di cortesia"»[47].
Anche con riguardo alla ponderazione comparativa degli interessi – insomma all'esplicazione della discrezionalità pura – il Consiglio di Stato condivide con il TAR Lazio che le esigenze di sicurezza fanno aggio sul diritto dello straniero ai legami familiari[48].
Ulteriore censura, come detto, atteneva poi alla recisione dei rapporti familiari dell'espulso, troncati di netto dalla misura espulsiva, in asserita violazione non solo degli artt. 29 e 30 Cost., ma anche dell'art. 8 CEDU.
Il giudice amministrativo afferma come, ai sensi dell'art. 8, comma 2 CEDU, sia ammessa l'ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata e familiare, allorché essa sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui e come «la commissione di gravi reati, come quelli di natura terroristica, ben può legittimare

[46] Rammentano i giudici che non è richiesto «che sia stata appurata con assoluta certezza la sussistenza del suindicato pericolo, essendo sufficiente che vi siano fondati motivi di ritenerlo esistente.

[47] Il ricorrente era, peraltro, stato trovato «in possesso, durante un controllo, di un coltello a serramanico e di uno *smartphone* sul quale erano visualizzabili contenuti riconducibili al fondamentalismo islamico […]».

[48] Si ritiene «corretta e non censurabile […] la determinazione in ordine alla preminenza dell'interesse alla sicurezza interna ed esterna dello Stato, interesse essenziale ed insopprimibile della collettività, rispetto all'interesse del ricorrente a permanere sul territorio dello Stato, e a mantenere ivi i suoi legami familiari, che hanno od ogni modo costituito oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione».

ISSN 2036-7821

l'espulsione dello straniero, senza che ciò implichi una illegittima ingerenza nella vita familiare […]»[49].

Del resto, si giudica ragionevole il bilanciamento operato dall'autorità amministrativa, allorché ha ritenuto prevalente l'interesse alla sicurezza nazionale rispetto a quello dello straniero a conservare la propria vita familiare e i legami affettivi sul territorio italiano, anche tenuto conto della sua «scarsa integrazione sociale e culturale».

È affermazione che merita di essere riportata, in tema, quella secondo cui «la presenza di minori sul territorio nazionale [non può rappresentare] uno scudo contro l'espulsione per motivi inerenti alla sicurezza dello Stato».

In quanto familiare di cittadino italiano, l'appellante invocava, infine, l'applicazione dell'art. 20, comma 10 d.lgs. n. 30/2007, che prevede che «il provvedimento che dispone l'allontanamento per motivi di sicurezza dello Stato non può avere durata superiore a dieci anni, mentre nel caso di specie l'espulsione avrebbe durata di quindici anni».

Il Consiglio di Stato argomenta che, in applicazione della direttiva n. 115/2008/CE il limite recato dal d.lgs. n. 30/2007 può essere disapplicato, «ove i dieci anni previsti da tale disposizione non assicurino le esigenze» di sicurezza dello Stato perseguite dalle norme eurounitarie.

Né si è ritenuto siano stati violati i generali principi di proporzionalità e ragionevolezza, atteso l'elevato grado di pericolosità del soggetto attinto, che ha disvelato una preoccupante contiguità con l'estremismo islamico.

Il supremo consesso di giustizia amministrativa si pone, dunque, in continuità con la propria precedente giurisprudenza.

Anzitutto, l'espulsione è qualificata come provvedimento amministrativo "a discrezionalità mista"[50].

In considerazione, tra l'altro, del livello dell'autorità emanante, si ravvisa la sussistenza di ampi margini di discrezionalità, sicché il sindacato amministrativo è particolarmente deferente e circoscritto ai profili di irragionevolezza.

Sul piano teleologico, si riconosce la vocazione preventiva del provvedimento, da adottarsi sulla base di un giudizio prognostico di pericolosità ispirato a criteri probabilistici, senza che sia richiesta la prova certa dell'azione eversiva né tampoco

[49] In tema cfr. D. RUDAN, *Espulsione per motivi di sicurezza nazionale e garanzie processuali: il caso Geleri*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2/2011, pp. 399-402.

[50] Cfr. P. VIRGA, *op. cit.*, p. 47. Così anche N. GULLO, *Prevenzione del terrorismo ed espulsione degli stranieri dopo il "decreto sicurezza" del 2018*, in F. ASTONE – R. CAVALLO PERIN – A. ROMEO – M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Atti dei convegni di Siracusa 4 maggio 2017 e Torino 27 ottobre 2017*, Torino, 2019, p. 376. Precisa l'Autore, infatti, che «l'assenza di precisi indici normativi attribuisce al Ministro dell'interno una notevole sfera di discrezionalità – tecnica ed amministrativa – che investe sia la fase di individuazione delle fattispecie di pericolosità, sia le modalità di bilanciamento tra l'interesse alla sicurezza dello Stato e l'interesse dello straniero a risiedere nel territorio italiano».

ISSN 2036-7821

una penale responsabilità[51].
In questa logica, viene valorizzato il quadro indiziario riguardante il soggetto attenzionato. Assumono rilievo il circuito relazionale, l'attività *online*, l'adesione a gruppi eversivi, nonché la propaganda e il proselitismo per conto di organizzazioni estremistiche.
I vincoli familiari dell'interessato debbono essere tenuti in conto e comparati con il bene della sicurezza nazionale, rimanendo tuttavia recessivi laddove quest'ultima sia concretamente posta a rischio dalla permanenza dello straniero nello Stato.

6. La ricostruzione teorica in termini di misura di polizia.
Alla luce dei "materiali" giuridici appena rievocati, può tentarsi, secondo una logica induttiva, una ricostruzione teorico-generale del potere espulsivo del Ministro dell'interno, anzitutto alla stregua del diritto nazionale vivente.
In questo senso, va osservato che il potere in analisi appare finalizzato non già a punire, bensì a prevenire il pericolo di azioni criminose, connotandosi dunque in termini, in senso lato, di difesa sociale[52].
Confermerebbero questa conclusione anche i parametri di giudizio che presiedono all'esercizio del potere, fondati su un giudizio prognostico di pericolosità prescindente dalla commissione di un fatto illecito, piuttosto che sulla retribuzione per un fatto specifico addebitato all'autore[53].
Coerentemente, lo *standard* probatorio richiesto è il più probabile che non, invece che il *b.a.r.d.*[54].
D'altronde, ad escludere la vocazione sanzionatoria del provvedimento dicasteriale milita anche il radicamento, in materia, della giurisdizione generale di legittimità, mentre, ove si fosse in presenza di diritto punitivo, la cognizione sarebbe spettata al giudice ordinario o – sebbene la questione sia dibattuta – allo stesso giudice

[51] «L'esigenza cui la norma fa fronte è quella di consentire al Ministro di intervenire, sulla base di motivi fondati, per salvaguardare la sicurezza nazionale in tutti i casi nei quali soggetti ritenuti pericolosi non possano essere sottoposti a procedimento giudiziario o […] abbiano addirittura ottenuto una valutazione giudiziaria favorevole»: così TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 22 giugno 2006, n. 5070. Ancora, secondo TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 22 gennaio 2020, n. 744 la valutazione «appare connotata da una ampia discrezionalità da parte del Ministro dell'Interno, come è dato desumere dalla circostanza che il relativo potere è demandato direttamente al predetto Ministro e la norma non richiede la previa condanna in sede penale, né l'avvio dell'azione penale, ma unicamente il fondato sospetto che la permanenza dello straniero possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche».

[52] Sul concetto di difesa sociale si rinvia a P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVI, 1976, pp. 632 ss.

[53] In questo senso, ritenendo che l'espulsione ministeriale sia accostabile «al genere delle misure di polizia a carattere preventivo» L. SIRACUSA, *L'espulsione del migrante tra efficientismo e polimorfismo giuridico*, in V. MILITELLO – A. SPENA (a cura di), *Il Traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015, p. 260.

[54] Distinzione particolarmente valorizzata in tema di interdittive antimafia: cfr., *e plurimis*, V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019.

ISSN 2036-7821

amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva[55].
Sicché, da questa prima operazione qualificatoria può desumersi che l'atto in cui s'estrinseca il potere preventivo del Ministro sia un provvedimento di polizia di sicurezza ablativo a carattere personale[56].

7. (segue) Alcune riflessioni sulla polizia di sicurezza.
Può, a questo punto del ragionamento giuridico, svolgersi qualche riflessione ulteriore sul diritto di polizia, che sta attraversando una fase di rivitalizzazione[57], pur rimanendo circondato dalla diffidenza di larghi settori della dottrina[58].
Le ragioni del rafforzamento degli istituti securitari si rinvengono, oltreché nella recrudescenza della criminalità anche organizzata, nel rischio terroristico, di un "nemico"[59] all'interno dei confini nazionali, che muove attacchi asimmetrici, agendo una violenza indiscriminata[60].
In questa prospettiva potrebbe leggersi la complementarietà dello strumento amministrativo rispetto a quello penale, testimoniato dalla combinazione delle misure preventive e repressive negli interventi legislativi in materia di sicurezza[61].
Va precisato, peraltro, che l'introduzione di figure criminose implica il rispetto dei principi penalistici e processualpenalistici in materia di legalità, colpevolezza e prova

[55] In tema, R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti esterni*, in *Diritto on line* 2013. L'Autrice ritiene che la giurisdizione ordinaria si radichi in quanto il potere fronteggia un diritto soggettivo. Al g.o. è assegnata una giurisdizione piena, potendo annullare o riformare l'atto sanzionatorio.

[56] Ulteriore argomento a sostegno di questa tesi è la sussistenza di una discrezionalità pura (oltre che tecnica) in capo al Ministro, cui è rimessa una valutazione di opportunità/convenienza della misura nel caso concreto. In sede teorico-generale, si tende infatti ad escludere che, in materia sanzionatoria, possano residuare in capo all'amministrazione margini di discrezionalità inerenti all'*an puniendi*. In tema, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017 afferma che può riconoscersi all'Amministrazione una discrezionalità nella definizione dei contorni dell'illecito, mentre, una volta ritenuta l'integrazione della fattispecie, ad essa sarebbero precluse valutazioni di merito sull'opportunità della sanzione.

[57] Di rivitalizzazione, autorevolmente, parla F. FAMIGLIETTI, *La sicurezza "ai tempi dell'ISIS": tra "stato di emergenza", diritto penale "del nemico" e rivitalizzazione del diritto di polizia in un sistema integrato di azioni e strutture*, in *Diritti fondamentali* 2/2016.

[58] Con particolare riferimento alle misure di prevenzione, cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Atti del Convegno di studio svoltosi a Alghero, 26-28 aprile 1974*, Milano, 1975, nonché, più recentemente, G. BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2/2017, pp. 505-525.

[59] Sebbene la formula evochi la notissima e contestata dottrina di Gunther Jakobs, si ritiene che – su un piano descrittivo – essa conservi una portata euristica, laddove concettualizza un rapporto di inconciliabile opposizione tra ordinamento e fenomeno deviante, esigendo più anticipati strumenti di tutela. *Contra*, distinguendo tra diritto penale del nemico e diritto dell'emergenza, il secondo soltanto costituzionalmente ammissibile, P. SCEVI, *Diritto penale e terrorismo. Il difficile equilibrio tra sicurezza nazionale e diritti fondamentali*, in *Archivio penale*, 1/2018, p. 53.

[60] Sebbene con sfumature talora significativamente diverse, questa tendenza pare riscontrabile in tutti gli ordinamenti occidentali: cfr. M. TONDINI – J. P. PIERINI, *Tavole di legislazione e giurisprudenza comparata sul fenomeno del terrorismo internazionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, luglio 2008.

[61] V. G. CAIA, *op. cit.*, p. 286, che osservava come i "pacchetti sicurezza" unissero le strategie penale ed amministrativa.

ISSN 2036-7821

oltre ogni ragionevole dubbio[62].
Si tratta di un apparato di regole, preordinato a garantire la persona dall'arbitraria irrogazione di una pena, che potrebbe tuttavia rivelarsi "inefficiente" sul piano strettamente preventivo.
La sanzione penale viene infatti ontologicamente *dopo* il fatto-reato, allorché il bene giuridico sia già stato compromesso.
Non v'è dubbio che alle funzioni retributiva e specialpreventiva s'accosti anche quella generalpreventiva. Nondimeno, le insidie "nemicali" parrebbero esigere l'apprestamento di strumenti di tutela più avanzata, che anticipino la difesa dell'interesse protetto.
È sulla scorta di queste riflessioni che va riassumendo centralità, nel dibattito giuridico, la funzione di pubblica sicurezza, quale azione orientata alla prevenzione dei reati e a preservare la pace sociale.
Peraltro, è innegabile come il ricorso a uno strumentario amministrativistico determini un abbassamento del livello di garanzie[63].
Le fattispecie, infatti, possono essere elaborate mediante un più significativo ricorso a concetti giuridici indeterminati, consegnando all'amministrazione una sfera di discrezionalità tecnica intangibile dall'autorità giudiziaria.
Ancora, in sede di decisione è sovente assegnato un potere discrezionale puro rispetto all'*an* e al *quantum* della misura, anch'esso censurabile soltanto per motivi di legittimità.
Infine: si tratta non già di scrutinare un fatto, bensì di compiere un giudizio prognostico di pericolosità, intrinsecamente appartenente al dominio della

[62] Ma v. M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Questione giustizia*, settembre 2016.

[63] Cfr., in senso fortemente critico, P.P. PAULESU, *Contrasto al terrorismo e presunzione di non colpevolezza*, in *Rivista di diritto processuale* 3/2008, pp. 623 ss. osserva che «sul piano puramente "afflittivo", le misure di prevenzione non si discostano nella sostanza dalle sanzioni penali vere e proprie. Di qui la tendenza del legislatore a farvi ricorso in dosi sempre più massicce al fine di comminare trattamenti "punitivi" che prescindono dall'accertamento giudiziale di una fattispecie criminosa. E l'espressione "pena del sospetto" descrive plasticamente il carattere insieme punitivo e aleatorio delle misure di prevenzione». Riguardo l'espulsione prefettizia parla di «postmoderne *lettres de cachet*» A. CAVALIERE, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in R. WENIN – G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Trento, 2017. Altrettanto critico R. CORNELLI, *La politica della paura tra insicurezza urbana e terrorismo globale*, in *Criminalia* 2017, p. 260. Più possibilista sull'utilità e compatibilità costituzionale del diritto della prevenzione parrebbe essere F. FASANI, *I martiri invisibili. Quale ruolo per il diritto penale nella lotta al terrorismo islamico?*, in *Criminalia* 2015, secondo il quale l'ineludibile volontà della società di difendersi dal terrorismo potrebbe essere in parte soddisfatta attraverso l'implementazione delle attività di raccolta e scambio transnazionale delle informazioni, nonché attraverso strumenti coercitivi più *soft*, quali le misure di prevenzione e di espulsione, che promettono contro il terrorismo islamico i medesimi buoni risultati che hanno dato contro le altre forme di criminalità organizzata. Certo occorrerà prestare attenzione alle condivisibili preoccupazioni della dottrina, che teme forme occulte di lesione dei diritti fondamentali, ma questo sembra il male minore, nell'ottica di una progressività dei mezzi di reazione che veda ovviamente nel reato e nel carcere i suoi picchi».

ISSN 2036-7821

probabilità piuttosto che a quello della certezza[64].

8. Potere, terrorismo e diritti fondamentali.

Definito, secondo la prospettiva nazionale, il decreto d'espulsione ministeriale quale espressione del diritto di pubblica sicurezza, occorre esplorare – problematicamente – se siffatto potere possa legittimamente incidere su diritti costituzionalmente garantiti.

In via preliminare, non può sottacersi come appartenga ai *topoi* della filosofia del diritto il conflitto tra autorità e libertà, come se all'aumento del peso dell'un piatto della bilancia, dovesse salire l'altro[65].

E certamente questa lettura coglie nel segno, atteso che garantire la sicurezza può implicare delle limitazioni della sfera giuridica del singolo.

Tuttavia, questa prospettiva potrebbe rivelarsi parziale, trascurando l'esigenza di protezione del metodo democratico e, più in particolare, delle libertà fondamentali[66].

In ipotesi estreme, una garanzia a oltranza dei diritti individuali, senza un bilanciamento con le esigenze generali, potrebbe mettere a repentaglio il sistema e – in ultima istanza – quegli stessi diritti fondamentali che si intendeva garantire.

Sembrerebbero testimoniare questo necessario equilibrio i reati di opinione; il regime amministrativo delle riunioni, che l'autorità può vietare per motivi di sicurezza; il potere di limitare la libertà di circolazione per ragioni di sicurezza; il divieto di istituire associazioni per fini contrari alla legge penale o segrete o comunque che perseguano scopi politici mediante un'organizzazione militare.

I diritti fondamentali, in quest'ottica, non potrebbero essere considerati incomprimibili, dovendo essere conformati alla luce dei valori in gioco. Si eviterebbe così che essi possano tiranneggiare altri interessi altrettanto rilevanti sul piano costituzionale.

A questa stregua, negli ordinamenti democratici i diritti fondamentali dovrebbero trovare nel loro limite la propria garanzia.

Un'affermazione radicale dei diritti individuali potrebbe condurre ad una società anomica ed egoista, incontrollabile e sostanzialmente "privatistica".

Con il pericolo dell'emersione di forze antisistema che, per l'assenza di anticorpi del

[64] Al riguardo, TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 12 febbraio 2021, n. 1776 afferma – con riguardo all'espulsione ministeriale – che «le suddette previsioni introducono procedure pienamente assimilabili alle misure di sicurezza che si adottano con la finalità di prevenzione le quali, avendo come scopo quello di prevenire il compimento di reati, non richiedono che sia comprovata la responsabilità penale e neppure che il reato sia stato già compiuto. […] Ai fini dell'emanazione del provvedimento ministeriale di espulsione, non è necessario aver accertato con assoluta certezza che vi sia il suindicato pericolo, essendo sufficiente che vi siano fondati motivi di ritenerlo».

[65] Cfr. P. SCEVI, *op. cit.*, p. 50, laddove rileva che «il contrasto al terrorismo rende particolarmente intensa la tensione fra esigenze di difesa sociale ed esigenze di garanzia».

[66] Di «falsa contrapposizione» parla A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, in *Questione giustizia*, settembre 2016.

ISSN 2036-7821

sistema giuridico, potrebbero conquistare le istituzioni democratiche per distruggerle e con esse annichilire i diritti fondamentali. Ed infatti, come è stato osservato, «nessuno può dubitare che non possano esistere libertà e diritti senza sicurezza dello Stato in sé e delle istituzioni destinate a realizzare e garantire le prime e i secondi»[67].
In questa logica, è stato rilevato come, ai fini in discorso, andrebbe effettuato un bilanciamento tra un diritto attuale (la libertà) e un pericolo eventuale (per la sicurezza). Nella ragionevolezza del sacrificio dell'uno per scongiurare l'altro starebbe il requisito di legittimità della misura di prevenzione[68], così da evitare il rischio che lo Stato, per difendere i valori costituzionali, finisca per tradirli.

9. (segue) Compatibilità della misura con la libertà di manifestazione del pensiero, con il diritto di difesa, con il diritto all'unità familiare.
Posta, su un piano teorico, la legittimità costituzionale di una limitazione dei diritti fondamentali per esigenze securitarie, non è ancora dimostrata la compatibilità costituzionale della misura espulsiva.
Occorre, infatti, indagare, in concreto, se le limitazioni ai diritti fondamentali imposte dal decreto ministeriale, da un canto, siano giustificate e proporzionate in relazione al fine perseguito, e, dall'altro, non incidano il nucleo inscalfibile delle libertà costituzionalmente garantite.
In proposito, viene anzitutto in rilievo la libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost.
La norma in parola, nell'assicurare a tutti il diritto di esprimere la propria opinione, parrebbe ostare alla stigmatizzazione delle idee recata dalla misura espulsiva[69].

---

[67] Così G. SILVESTRI, *Decisioni recenti riguardo il conflitto tra la libertà e la sicurezza*, relazione tenuta all'incontro di studio tra la Corte costituzionale federale tedesca e la Corte costituzionale italiana, Karlsruhe, 19-21 novembre 2009. L'Autore osserva altresì che «la libertà ha bisogno della sicurezza e quest'ultima si svuota di significato senza la libertà». Analogamente, A. PERTICI, *Terrorismo e diritto fra storia ed attualità*, in *Speciale QG* settembre 2016, rileva come «la contrapposizione tra la tutela dei diritti e la garanzia della sicurezza delle persone, quindi, sembra essere frutto di un equivoco, talvolta alimentato dagli stessi governi degli Stati al fine di accrescere o consolidare la propria potenza, sottraendosi alle limitazioni poste dalle stesse Convenzioni internazionali».

[68] G. DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo*, in *Federalismi*, 20 maggio 2015. L'Autrice, in consonanza con A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, cit., evoca il concetto di *controlimite*, quale argine alle norme che comprimano i diritti di libertà in ragione del contrasto all'emergenza terroristica.

[69] Eloquente, in tema, il caso di Fall Mamour, "l'imam della Carmagnola": TAR Lazio, sez. I *ter*, 11 novembre 2004, n.15336 aveva in prime cure accolto il ricorso dell'interessato, adducendo come non fosse documentata, dall'atto espulsivo, «alcuna "condotta" del ricorrente che po[tesse] esser ritenuta pericolosa per l'ordine costituito o la sicurezza nazionale»; proseguivano i giudici affermando che «si deve constatare come – a carico del ricorrente – non restino che le sue ben note esternazioni, semplici manifestazioni di pensiero […]», che rappresenterebbero comunque «facoltà tutelate direttamente dalla Costituzione […] che possono esser compresse "amministrativamente" soltanto ove il loro esercizio si sia rivelato (o si riveli) idoneo a[…] a porre concretamente in pericolo l'ordine costituito», ciò che, nel caso di specie, veniva escluso. In appello, invece, Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88 confermò la legittimità della decisione ministeriale, assegnando particolare valore indiziario alle dichiarazioni rese ai *media* dell'interessato, che sarebbero trasmodate anche «in comportamenti diretti ad assecondare l'attività svolta dal summenzionato movimento fondamentalista islamico, con la conseguenza che gli

ISSN 2036-7821

Quest'ultima, infatti, finirebbe col "criminalizzare" opinioni, sulla base delle quali lo straniero può essere destinatario di una misura particolarmente rigorosa e invasiva. In questa prospettiva, non può omettersi di rilevare come, anche dalla lettura della giurisprudenza, il provvedimento si fondi talora su mere espressioni di solidarietà a organizzazioni o iniziative terroristiche.

A queste tesi potrebbe obiettarsi che, fermo il riconoscimento del diritto di manifestazione del pensiero, è altrettanto vero che esso incontra dei limiti, tra i quali – si ritiene – figura anche l'ordine pubblico in senso materiale[70]. Sicché, non «è tanto dalle idee repellenti, quanto dalla concreta possibilità che la loro diffusione 'crei disordine' che, per dirla col titolo d'un autorevole contributo, lo Stato può difendersi»[71].

Si tratta, ad ogni buon conto, di fattispecie che resta problematica, alla luce dell'accoglimento, da parte della Costituzione, del principio della "democrazia aperta" e non "militante"[72], desumibile, tra l'altro, dall'art. XII disp. trans. e fin. Cost.

---

stessi sono stati legittimamente considerati idonei a mettere a rischio i valori dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato». I supremi giudici amministrativi chiarivano, peraltro e più radicalmente, che «la tutela della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 della Costituzione ha sempre un limite non derogabile nell'esigenza che attraverso il suo esercizio non vengano sacrificati beni anche essi voluti garantire dalla Costituzione, e che tale deve ritenersi il mantenimento dell'ordine pubblico, che è da intendere come ordine su cui poggia la convivenza sociale (cfr. Corte Costituzionale 14 dicembre 1972, n. 199)». Sul caso giudiziario dell'imam di Carmagnola v. anche M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, Milano, 2012, p. 262, dove stigmatizza l'atteggiamento deferente del giudice amministrativo.

[70] Nel senso che l'ordine pubblico vada inteso nell'accezione materiale *ex multis* G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, Torino, pp. 437 ss. Superata sembra la tesi di P. VIRGA, *op. cit.*, p. 20, secondo cui dovrebbe aversi conto anche dell'ordine «morale», che includerebbe i «valori morali considerati essenziali per la ordinata esistenza di uno Stato in un dato momento storico (religione, costume, culto dei defunti, ecc.). Confermerebbe questo orientamento, soprattutto in relazione al caso di specie, il disposto dell'art. 20 d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, secondo il quale i motivi imperativi di pubblica sicurezza giustificanti l'espulsione del cittadino dell'Unione Europea sussistono quando questi abbia tenuto comportamenti che costituiscono

una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave ai diritti fondamentali della persona ovvero all'incolumità pubblica. Ritiene, condividendo l'orientamento della Consulta, che l'ordine pubblico materiale rappresenti un limite implicito del diritto di cui all'art. 21 Cost. F. GAMBINI, *Art. 21*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, secondo il quale, invece, non troverebbe cittadinanza nell'ordinamento costituzionale la nozione ideale di ordine pubblico. Secondo P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 268, invece, il limite dell'ordine pubblico, non richiamato dall'art. 21 Cost., non potrebbe mai concorrere a limitare tale libertà; in senso analogo P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, pp. 112-113, ove l'Autore criticamente osserva come Corte cost. 8 luglio 1971, n. 168 si riveli «possibilista» riguardo al limite dell'ordine pubblico «costituzionale».

[71] E. MAZZANTI, *L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione*, in *Diritto penale contemporaneo* 1/2017. L'Autore, peraltro, con riferimento all'espulsione ministeriale, esprime delle riserve, ritenendo che l'istituto confligga con i principi liberali accolti dalla Costituzione.

[72] Il concetto di democrazia "militante" risale a K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *The American Political Science Review* 3/1937, pp. 417 ss. L'Autore stima necessario che le democrazie si difendano, allo scopo di impedire l'azione sovversiva degli estremismi (soprattutto di destra). In questa logica, il

ISSN 2036-7821

Il solo limite imposto sarebbe, in questa logica, l'accettazione del metodo democratico[73].

Ulteriore profilo che merita attenzione attiene al diritto di difesa, *ex* art. 24 Cost., con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali.

Viene evidenziato da parte di alcuni autori, infatti, che il giudizio amministrativo – quale giudizio tipicamente sull'atto – appresta un'insufficiente tutela giurisdizionale all'espulso, titolare di diritti fondamentali potenzialmente compromessi dall'atto dicasteriale[74]. Sicché, lo straniero non potrebbe estrinsecare pienamente la difesa dei diritti fondamentali, incontrando i limiti cognitivi e di sindacato della giustizia amministrativa. Unico giudice dei diritti dovrebbe essere, in questa logica, il giudice ordinario.

Invero, queste osservazioni paiono intercettare il dibattito in materia di *interessi legittimi fondamentali*[75], che – secondo una certa posizione dottrinale[76] – sarebbero ammissibili nel nostro ordinamento.

In particolare, secondo la tesi appena evocata, anche i diritti fondamentali potrebbero essere "affievoliti" dal potere, non potendo configurarsi come "resistenti a tutta oltranza".

Allora, la posizione dello straniero, frontista del potere ministeriale, sarebbe coerentemente di interesse legittimo oppositivo[77], come tale tutelabile innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità.

Né questa circostanza parrebbe lesiva del diritto di difesa, giacché – come rilevato dalla Corte costituzionale[78] – anche l'interesse legittimo è protetto in modo pieno ed effettivo, come confermato dall'art. 1 c.p.a.

---

campo di legittimazione politica andrebbe ristretto agli attori che accettano i principi fondamentali dell'ordinamento. In tema, cfr. anche S. CECCANTI – F. FERRONI, *Democrazia protetta*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2015 e, anche in chiave comparatistica, G. MAESTRI, *Paura dei partiti antisistema e scelte sulla "protezione" della democrazia, tra Italia e Germania*, in *Democrazia e sicurezza* 2/2019.

[73] In proposito, la dottrina si è interrogata sul rilievo dell'*hate speech* terroristico esterno, che non minacci cioè la tenuta ordinamentale italiana, ma si rivolga alla destabilizzazione di altri Stati. Sul tema specifico, cfr. M. MONTI, *L'hate speech terroristico e le risposte ordinamentali: profili costituzionali dell'espulsione ministeriale*, in F. DAL CANTO - P. CONSORTI - S. PANIZZA (a cura di), *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e rischi per la sicurezza*, Pisa University Press, 2016, 76 e ss. In realtà, può ritenersi che il terrorismo islamico, per la sua vocazione ubiquitaria e l'aspirazione universalista, rappresenti una minaccia anche per l'ordinamento interno, sicché l'obiezione pare superabile. Dell'universalismo del messaggio del terrorismo islamico parla G. SALVI, *Dal terrorismo politico alle nuove forme di terrorismo globale: la precomprensione dei fenomeni sociali e criminali e il ruolo della magistratura*, Relazione tenuta a Roma, 1° marzo 2017 per il corso *Il terrorismo internazionale: strumenti di conoscenza e di contrasto*.

[74] Condivide questa obiezione N. GULLO, *Prevenzione del terrorismo*, cit., p. 478.

[75] Sul punto, R. GAROFOLI – Gi. FERRARI, *op. cit.*, pp. 1772 ss.

[76] N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *Federalismi* 12/2020. Ma v. anche A. PACE, *op. cit.*, p. 100, laddove qualifica in termini di interesse legittimo la libertà di riunione, allorché essa fronteggia il potere dell'autorità di pubblica sicurezza.

[77] Così, ex multis, L. GIORDANO, *op. cit.*, p. 147.

[78] Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204; Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191.

ISSN 2036-7821

Peraltro, non va trascurato che il diritto di difesa soffre limitazioni anche in ragione della restrizione al diritto d'accesso, precluso in relazione ai documenti in materia di ordine pubblico e sicurezza. Su questo punto, dovrebbe forse aderirsi ad un'interpretazione più aperturista dell'art. 24 della l. 7 agosto 1990, n. 241, così da consentire all'interessato una sufficiente contezza del quadro "accusatorio" a suo carico[79].

Altro profilo costituzionalmente sensibile afferisce al diritto all'unità famigliare, *ex* art. 29 Cost.

Anche in questo caso, appare evidente l'interesse dello straniero alla permanenza nel Paese per ragioni familiari debba essere bilanciato con l'ordine pubblico e sicurezza, interesse che può – alla stregua di una comparazione da svolgersi in concreto – prevalere sul primo.

Del resto, anche secondo la giurisprudenza amministrativa, il diritto all'unità familiare assume carattere recessivo a fronte delle istanze di tutela dell'ordinamento da eventuali attacchi terroristici[80].

10. La compatibilità convenzionale: l'art. 6, volet pénal e l'art. 7 CEDU.

Può ritenersi, allora, che la misura espulsiva ministeriale rappresenti – alla stregua del diritto nazionale – un provvedimento ablativo di polizia, costituzionalmente ammissibile.

Ma, in virtù dell'integrazione dell'ordinamento nazionale in una dimensione giuridica *multilevel*, diviene necessario altresì scrutinare l'istituto alla luce delle fonti sovranazionali, e, in particolare, della Carta fondamentale dei diritti dell'uomo (CEDU).

In questa prospettiva, viene anzitutto in rilievo l'art. 6 della Convenzione, che appresta specifiche garanzie in caso d'accusa penale.

Come noto, al fine di evitare condizionamenti ad opera dei legislatori nazionali, la Corte EDU ha elaborato, sin dal 1976[81], una nozione autonoma di illecito penale, così da poter penetrare la sostanza degli istituti giuridici, senza arrestarsi alla qualificazione formale.

Allo scopo, la Corte ha elaborato dei criteri (cc.dd. *Engel criteria*) che consentono uno scrutinio sostanziale della misura all'attenzione[82].

Si tratta, in particolare, di:

a) qualificazione formale dell'illecito secondo il diritto nazionale;

[79] Per un caso in cui l'Amministrazione non ha ottemperato alle richieste istruttorie del giudice, senza peraltro che tanto inficiasse la legittimità dell'atto, Cons. St., sez. III, 23 settembre 2015, n. 4471.

[80] *Ibidem*, nonché TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 12 febbraio 2021, n. 1776.

[81] Corte EDU 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi.

[82] In tema cfr. R. CHENAL – A. TAMIETTI – F. GAMBINI, *Art. 6*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012.

ISSN 2036-7821

b) natura dell'illecito;
c) grado di severità dell'illecito.

La qualificazione formale come reato secondo il diritto nazionale implica *tout court* l'applicazione dell'art. 6 CEDU.

Qualora, invece, tale caratterizzazione interna manchi, l'interprete dovrà procedere alla verifica del ricorrere delle condizioni di cui alle lettere b) e c), applicabili in via alternativa.

Ove la Corte qualifichi l'istituto in termini "penali", esso soggiacerà al regime garantistico dettato dalla CEDU (ma non, invece, allo statuto costituzionale del reato, riservato appunto agli illeciti penali in senso formale).

Chiarito che la misura, secondo il diritto nazionale, ha carattere amministrativo e non penale, ci si dovrà soffermare sui parametri *sub* b) e c).

In questo senso, l'espulsione ministeriale presenta finalità prevenzionale, e non punitiva, puntando alla minimizzazione del rischio di commissione di reati, anche terroristici.

Sul piano dell'afflittività, poi, la misura appare sì equivalente a pene *stricto sensu*, ma anche a decisioni di carattere amministrativo che attengono alla corretta gestione dei flussi migratori, senza che sia comunque involta – salvo che per l'aspetto esecutivo – la libertà personale del prevenuto.

Potrebbe allora ragionevolmente escludersi il carattere "penale", ai fini CEDU, dell'espulsione ministeriale[83].

Tuttavia, attesa la opinabilità dell'opzione ermeneutica privilegiata, null'affatto scontata, si ritiene opportuno verificare le conseguenze, in punto di regime, del riconoscimento della natura penale dell'illecito secondo gli *Engel criteria*[84].

Al riguardo, come osservato dalla dottrina[85], il sistema dicotomico procedimento-processo amministrativo parrebbe corrispondere ai principi convenzionali.

Come emerso anche dalla nota sentenza Menarini[86], la CEDU non osta a che sanzioni "penali" siano emesse da organi amministrativi all'esito di un procedimento, purché esse siano ricorribili innanzi a un giudice terzo e imparziale, dotato di *full jurisdiction*.

Nonostante il giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, non possa ingerirsi nel merito (né nella sfera tecnico-discrezionale) della decisione amministrativa, la Corte EDU ha ritenuto che essa soddisfi i principi recati dal *volet*

[83] Né alla conclusione pare ostare la giurisprudenza Corte EDU, 15 dicembre 2009, Gurgughiani c. Spagna, che ha sussunto negli artt. 6 e 7 CEDU l'espulsione dello straniero accessoria alla condanna penale.

[84] Sul regime convenzionale dell'illecito amministrativo qualificato in termini penali dalla giurisprudenza EDU, v. G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Napoli, 2018.

[85] G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo*, cit., pp. 269 ss.

[86] Corte EDU, 27 settembre 2011, Menarini c. Italia.

ISSN 2036-7821

pénal di cui all'art. 6 CEDU in punto di pienezza della tutela giurisdizionale[87].
Occorre trattare, nell'ambito del regime convenzionale della sanzione penale, anche della presunzione di innocenza, secondo cui «ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata».
Tale principio parrebbe collidere con l'immediata efficacia della sanzione amministrativa. In materia di sanzioni tributarie, la Corte EDU ha ritenuto, peraltro, che sia compatibile con la presunzione d'innocenza l'escussione della sovrattassa, purché essa sia recuperabile dal contribuente all'esito del giudizio.
Tuttavia, attesa la diversità strutturale tra i beni giuridici in gioco nell'ipotesi tributaria e in quella d'espulsione dello straniero, si potrebbe ritenere che l'immediata efficacia del decreto ministeriale violi l'art. 6, comma 2 CEDU, poiché implicherebbe un potenzialmente irretrattabile effetto sanzionatorio prima dell'accertamento giudiziale dell'illecito penale.
La norma convenzionale garantisce all'imputato anche il diritto di difendersi provando, desunto dal principio di equità del processo. Questo diritto parrebbe posto in discussione dall'inaccessibilità degli atti posti a fondamento dell'espulsione, ai sensi dell'art. 24, comma 6, lett. c) della legge generale sul procedimento amministrativo. Lo straniero, dunque, non verrebbe messo in grado di conoscere gli elementi a sostegno della "accusa penale" nei suoi confronti, con conseguente frustrazione del diritto di difesa.
Peraltro, nell'avviso della Corte EDU, «il diritto alla *discovery* non è tuttavia assoluto»[88], potendo essere bilanciato, in esito a un *test* di necessità, con valori concorrenti, tra cui si colloca la sicurezza nazionale. Sicché, può ritenersi che la disciplina nazionale sia convenzionalmente compatibile, essendo la deroga giustificata in ragione di preminenti interessi pubblici.
La qualificazione dell'espulsione come misura penale chiama in causa anche l'applicazione dell'art. 7 CEDU, che sancisce il principio *nullum crimen sine lege*.
La legalità convenzionale, del resto, dovendo governare anche gli ordinamenti di *common law*, si caratterizza per la valorizzazione, oltreché del valore della determinatezza, dei corollari dell'accessibilità e prevedibilità delle fonti.

---

[87] Nel senso, comunque, di una specialità del diritto di polizia anche nella perimetrazione del concetto di *full jurisdiction*, implicante l'esigenza di salvaguardare spazi di "politicità" del potere, F. ROTA, *Full jurisdiction e diritto di polizia*, in *P.A. Persona e Amministrazione* 2/2018, pp. 285 ss. Contra, sostiene l'esigenza di apprestare una garanzia defensionale effettiva, oltre gli stilemi tradizionali del giudizio sull'atto, in ottemperanza alle prescrizioni della CEDU, M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018, p. 184. Analogamente, ritiene che al fine d'assicurare la *full jurisdiction* debba essere previsto un giudizio «sostitutivo» dell'autorità giurisdizionale M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, p. 68.

[88] 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi.

[88] In tema cfr. R. CHENAL – A. TAMIETTI – F. GAMBINI, *Art. 6*, cit.

ISSN 2036-7821

In questa logica, occorre valutare se il precetto in analisi sia accessibile e, soprattutto, prevedibile nella sua concreta applicazione.
L'evocazione di concetti giuridici indeterminati, invero, non confligge, di per sé, con le norme convenzionali, atteso che la Corte EDU ha costantemente negato la praticabilità di una tassatività assoluta[89].
Resta, però, da esaminare se l'elasticità dei concetti espressi dal legislatore nazionale consenta ai destinatari di orientare la propria condotta calcolando il "rischio penale" della propria condotta.
In questa prospettiva, la richiamata giurisprudenza del Consiglio di Stato pare foriera di una lettura consolidata delle disposizioni, tale da garantire una elevata predicibilità degli esiti applicativi[90].
Naturalmente, la configurazione in termini penali della misura dovrebbe implicare l'esigenza di osservare il principio di irretroattività anche nel caso dell'*overruling* estensivo, a fronte del quale l'autore verserebbe in una situazione di non conoscibilità del precetto penale.

11. (segue) L'art. 6, volet civil.
Come noto, l'art. 6 CEDU afferma il principio del giusto processo non solo in materia penale, ma anche per le controversie aventi ad oggetto diritti e doveri di carattere civile. Il livello delle garanzie per il *volet civil* è, evidentemente, meno elevato, ma rappresenta comunque un *minimum* al di sotto del quale le discipline statuali non possono collocarsi.
Sicché, è utile perimetrare la nozione di diritto o dovere di carattere civile, allo scopo di comprendere se l'espulsione ministeriale ricada sotto l'egida dell'art. 6 per l'aspetto civile.
Al riguardo, la Corte EDU ha proceduto mediante un approccio casistico, evitando l'adozione di definizioni generali e astratte[91].
Tentando di trarre dalla giurisprudenza europea un'indicazione di massima, può affermarsi che sono attratte all'art. 6 nel suo *volet civil* le controversie privatistiche, nonché quelle pubblicistiche aventi comunque ad oggetto pretese a contenuto patrimoniale.
In coerenza con questo orientamento, si è tradizionalmente[92] esclusa la tutela ex art. 6 *volet civil* alla materia dell'ingresso, permanenza ed espulsione di stranieri, in cui vengono in gioco prerogative sovrane degli Stati. D'altronde, con riferimento

[89] In tal senso, v. anche F. ROTA, *op. cit.*, p. 291.
[90] Sulla tipicità giurisprudenziale, cfr. Corte EDU 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, annotata da M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1/2016, p. 346.
[91] Così R. CHENAL – A. TAMIETTI – F. GAMBINI, *Art. 6*, cit.
[92] Ivi, si cita il *leading case* C. EDU, 5 ottobre 2000, Maaouia c. Francia.

ISSN 2036-7821

all'espulsione, trova applicazione la *lex specialis* di cui all'art. 1, prot. 7.
Ad ogni modo, come argomentato per le più penetranti garanzie richieste dal *volet pénal*, la giurisdizione amministrativa parrebbe soddisfare le condizioni di equità del processo fissate dalla Convenzione

12. (segue) Le garanzie procedurali nel caso di espulsione di stranieri.
Il protocollo n. 7, entrato in vigore il 1° novembre 1988, ratificato e reso esecutivo in Italia con l. 9 aprile 1990, n. 98, prevede delle specifiche garanzie procedurali per il caso di espulsione dello straniero regolarmente residente nel territorio di uno Stato-parte.
In particolare, viene previsto che «uno straniero regolarmente residente sul territorio di uno Stato non può essere espulso, se non in esecuzione di una decisione presa conformemente alla legge e deve poter: a) far valere le ragioni che si oppongono alla sua espulsione, b) far esaminare il suo caso e c) farsi rappresentare a tali fini davanti all'autorità competente o ad una o più persone designate da tale autorità».
Si soggiunge che «uno straniero può essere espulso prima dell'esercizio dei diritti enunciati al paragrafo 1 a), b) e c) del presente articolo, qualora tale espulsione sia necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico o sia motivata da ragioni di sicurezza nazionale».
Va premesso che la norma non ha trovato significativa applicazione, anche in ragione della tutela assicurata allo straniero *par ricochet*, sulla base di altri principi convenzionali, come si è avuto modo di illustrare in precedenza.
Sotto il profilo subiettivo, l'art. 1 prot. 7 concerne soltanto gli stranieri regolarmente soggiornanti nello Stato.
Sotto il profilo obiettivo, secondo un generale e consolidato canone interpretativo della Corte, la nozione di espulsione va ricavata autonomamente, senza condizionamenti delle discipline nazionali. In questo senso, qualsivoglia forma di allontanamento dal territorio dello Stato è qualificabile in termini convenzionali come espulsione, con l'eccezione dell'estradizione e del respingimento, quest'ultimo naturalmente rivolto a persone irregolarmente giunte alla frontiera.
La Convenzione non contempla le ragioni giustificative dell'espulsione, preferendo rinviare alla legislazione nazionale, in conformità alla quale si esige che il provvedimento venga adottato.
Il riaffermato principio di legalità non tollera, comunque, una copertura meramente formale del potere espulsivo, pretendendo – in coerenza con la trama complessiva della Convenzione – la accessibilità e prevedibilità della disciplina interna.
Come visto, tre sono le garanzie procedurali apprestate dalla Convenzione in favore dello straniero: il diritto di far valere le ragioni che si oppongono alla sua espulsione; di far esaminare il suo caso; di farsi rappresentare a tali fini davanti all'autorità competente o ad una o più persone designate da tale autorità.

ISSN 2036-7821

La prima garanzia e la seconda hanno ambiti, logici e cronologici, di applicazione distinti. Il diritto di far valere le ragioni che si oppongono all'espulsione si colloca nella fase anteriore all'emanazione del provvedimento; il diritto di far esaminare il proprio caso si colloca a valle dell'adozione della misura, e consente all'interessato di adire un'autorità (non necessariamente giudiziaria) per la revisione dell'atto.
L'esame dev'essere «effettivo e concreto e non teorico e illusorio»[93]: a tal fine, l'interessato dev'essere messo in grado di conoscere tempestivamente gli addebiti mossigli, così da poter dispiegare una consapevole difesa.
Una deroga a queste garanzie potrebbe essere giustificata ai sensi dell'art. 1, comma 2 prot. 7, secondo cui «uno straniero può essere espulso prima dell'esercizio dei diritti enunciati al paragrafo 1 a, b e c del presente articolo, qualora tale espulsione sia necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico o sia motivata da ragioni di sicurezza nazionale».
Lo Stato che attivi la deroga appena citata è tenuto a motivare specificamente i motivi di ordine pubblico o le ragioni di sicurezza nazionale che presiedono alla scelta, in coerenza con i principi di necessità e proporzionalità.
Alla luce del quadro normativo sovranazionale, e rinviando alle conclusioni per un ulteriore approfondimento, si deve scrutinare la legislazione italiana, laddove pone significative restrizioni al diritto d'accesso da parte dell'interessato agli atti di polizia posti a fondamento dell'espulsione.
Questa disciplina domestica pare, in effetti, precludere una piena difesa, in contrasto con la Convenzione.
In questo senso potrebbe richiamarsi anche la recente decisione della Corte EDU Muhammad e Muhammad c. Romania del 15 ottobre 2020, che ha condannato lo Stato contraente per violazione dell'art. 1 prot. 7, avendo esso precluso agli stranieri espulsi di avere accesso alle informazioni concernenti l'accusa, così da negarne il diritto di difesa[94].

13. *Il principio di* non refoulement
Altro fondamentale limite al potere espulsivo posto dalla CEDU si rinviene nel principio del *non refoulement*, in ossequio al quale lo straniero non può essere espulso verso Paesi in cui rischierebbe di essere sottoposto a tortura.
Questa regola di civiltà giuridica è ricavata, in via interpretativa, dall'art. 3 della Convenzione, ai sensi del quale «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o

[93] R. CHENAL – A. TAMIETTI – F. GAMBINI, *Art. 6*, cit.
[94] Per un'analisi del caso Muhammad e Muhammad c. Romania, cfr. F. L. GATTA, *Equo processo e espulsione dello straniero (regolare): la Grande Camera di Strasburgo delinea i diritti di trasparenza procedurale*, in A. BUFALINI – G. DEL TURCO – F. L. GATTA – M. SAVINO – F. V. VIRZI' – D. VITIELLO (a cura di), *Annuario ADIM 2020. Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, Napoli, 2021, pp. 329 ss.

ISSN 2036-7821

trattamenti inumani o degradanti».
La giurisprudenza della Corte EDU, già dal caso Soering c. Regno unito del 1989, ha enucleato dalla disposizione un obbligo negativo dello Stato, tenuto ad «astenersi dall'adottare provvedimenti di espulsione o estradizione nei confronti di individui che rischino, nel Paese di destinazione, di essere sottoposti a violazioni dell'art. 3»[95], obbligo non bilanciabile con altri interessi, quale la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico.
La Corte europea dei diritti dell'uomo, peraltro, non si accontenta di dati meramente formali per escludere il rischio di trattamenti disumani, accedendo ad una visione sostanziale, in cui penetra – potremmo dire – la *law in action*.
Sicché, non bastano rassicurazioni puramente testuali sul divieto di tortura nello Stato di destino, ma diviene necessario che attendibili fonti terze possano attestare che, nella realtà effettuale, non si faccia ricorso a tali pratiche[96].
Questo principio è recepito, al livello nazionale, dall'art. 19 del testo unico immigrazione. La norma interna pone dei divieti assoluti, applicabili anche all'espulsione ministeriale, attinenti al rischio di discriminazione, di rinvio in altro Stato ove lo straniero non sia protetto dalla persecuzione, di tortura, di sistematica valutazione dei diritti umani[97].
Per contro, è ammessa la sola espulsione ministeriale – e non le altre tipologie di allontanamento – nei confronti dei minori, degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge di nazionalità italiana, delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono.
Il legislatore italiano ha dunque con chiarezza recepito il principio di *non refoulement*, senza dare adito a dubbi di illegittimità convenzionale della disciplina nazionale.

14. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare.
Il diritto al rispetto della vita familiare, *ex* art. 8 CEDU, può essere limitato dalle pubbliche autorità soltanto con una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della

[95] P. PUSTORINO, *Art. 3*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *op. cit.* Il principio trova fondamento internazionale anche nell'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 e nell'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
[96] Cfr. Corte Edu, Grande Camera, 15 novembre 2011, Saadi c. Italia, 37201/06. Sulla decisione Saadi v. M. PACINI, *Il controllo della Cedu sul rispetto dei diritti umani da parte di Stati terzi*, in *Giornale di diritto amministrativo* 9/2006.
[97] La norma non è scalfita dall'art. 20 d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, che ne fa comunque salva l'applicazione allorché dispone che il rifugiato o lo straniero ammesso alla protezione internazionale è espulso quando rappresenta un rischio per la sicurezza dello Stato o risulta condannato con sentenza definitiva per un reato punito con la reclusione non inferiore nel minimo a quattro anni e nel massimo a dieci anni.

ISSN 2036-7821

salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.
In questa logica, il diritto in parola non è ritenuto dalla Corte europea tale da precludere l'esercizio del potere sovrano all'espulsione dello straniero.
Questi, dunque, quantunque regolarmente soggiornante e con legami famigliari nel Paese ospite, può essere legittimamente espulso sulla base della disciplina interna, in coerenza con le ragioni giustificative espresse dalla Convenzione[98].
Qualora, in particolare, la decisione amministrativa fondi su esigenze di sicurezza nazionale, la base giuridica del provvedimento deve presentare i caratteri dell'accessibilità e prevedibilità, contemplando altresì il diritto di difesa dell'interessato innanzi ad organo terzo e imparziale.
Più ondivaga la giurisprudenza della Corte EDU in tema di tutela dell'ordine pubblico: un orientamento nega che questo interesse possa prevalere sulle istanze famigliari; altro filone giurisprudenziale, invece, ammette il sacrificio del diritto al rispetto della vita familiare per esigenze di ordine pubblico, purché l'atto sia ispirato a criteri di proporzionalità e adeguatezza[99].
L'art. 19 del testo unico immigrazione, sopra richiamato, esclude che possa essere disposta l'espulsione nei confronti dello straniero con legami parentali qualificati con cittadini italiani, con l'eccezione – però – del provvedimento ministeriale di cui all'art. 13, comma 1, testo unico immigrazione, prevalendo l'interesse alla sicurezza sul diritto all'unità familiare del migrante, sebbene regolarmente soggiornante.
Alla stregua dell'analisi svolta, può concludersi per la piena coerenza tra diritto nazionale e disposizioni convenzionali.

15. L'estensione dell'ambito oggettivo di applicazione della misura espulsiva.
Esaminati i profili di compatibilità costituzionale e convenzionale della misura, può essere utile vagliarne i confini applicativi, evocando anche dei casi-limite, allo scopo di saggiare la potenziale estensione del potere ministeriale.
I presupposti d'attivazione del potere, come sopra ricordato, sono rappresentati dalla sussistenza di:
a) motivi d'ordine pubblico;
b) motivi di sicurezza nazionale;
c) fondati motivi di ritenere che la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali[100].

[98] Corte EDU, 18 ottobre 2006, Uner c. Paesi Bassi.
[99] Cfr. Corte EDU, 24 novembre 2020, Unuane c. Regno Unito, caso in cui lo Stato aveva disposto l'espulsione dello straniero senza avere bilanciare con l'interesse familiare del ricorrente (legame con figlio minore) l'entità del reato commesso (falsificazione di un documento di identità). I criteri formulati dalla Corte per condurre una valutazione di proporzionalità della misura sono enucleati in Corte EDU, 2 agosto 2001, Boultif c. Svizzera.
[100] Per la chiarezza del disposto, si è tralasciato di commentare, tra i presupposti della misura espulsiva, l'appartenenza ad una delle categorie di cui 18 della legge 22 maggio 1975, n. 152.

ISSN 2036-7821

Riflettendo sui margini valutativi commessi al Ministro dell'interno con riguardo alla fattispecie *sub* a), una lettura estensiva potrebbe condurre a ritenere che anche atteggiamenti di devianza e di difformità dalla morale generalmente condivisa possano abilitare all'adozione della misura di rigore. Una siffatta interpretazione, tuttavia, fonderebbe su una concezione ideale dell'ordine pubblico, ripudiata dalla Carta costituzionale dopo l'esperienza fascista in nome di una declinazione materiale della nozione[101]. In questa logica, peraltro, il pluralismo accolto dalla Costituzione nega recisamente che possano essere operate discriminazioni culturalmente motivate.

Convenendo dunque sulla circostanza che la materia dell'ordine pubblico e sicurezza in senso amministrativistico – nella sua accezione materiale – afferisce alla prevenzione dei reati, residuano ancora alcune questioni problematiche.

Potrebbe infatti argomentarsi che anche il rischio della commissione di reati culturalmente motivati – posto che la *cultural defense* non potrebbe operare né da scriminante né da scusante ove vengano lesi diritti fondamentali[102] – possa giustificare l'adozione della misura.

A titolo d'esempio, il pericolo dell'imposizione di matrimoni forzati, della perpetrazione di pratiche di mutilazione femminile, di maltrattamenti famigliari, di violenze sessuali potrebbe assurgere a presupposto per l'espulsione ministeriale, fermo il doveroso rispetto del principio di proporzionalità[103].

In questa prospettiva, non si tratterebbe di far luogo ad una prevaricazione della cultura dominante su quelle minoritarie, assicurandosi invece la tutela preventiva di beni costituzionalmente rilevanti e penalmente presidiati.

Non diverso ragionamento può essere svolto con riferimento alla sicurezza nazionale: anche in questo caso, occorre verificare il pericolo per la personalità esterna o interna dello Stato. Potrebbe richiamarsi la fattispecie di un agente straniero

---

[101] Nel senso che la Costituzione accolga una nozione esclusivamente materiale dell'ordine pubblico, cfr. A. PACE, *op. cit.*, p. 121.

[102] Per un'analisi del rilievo del diritto di cultura nel sistema costituzionale italiano, v. G. CAVAGGION, *La cultural defense e il diritto alla cultura nello Stato costituzionale*, in *Rivista AIC* maggio 2015. L'Autore, ai fini dell'accoglimento della *cultural defense*, evoca un doppio *test*, di veridicità (della motivazione culturale) e di compatibilità (con i principi costituzionali): soltanto superato questo giudizio bifasico si potrebbe annettere rilievo scriminante al diritto culturale. Si deve osservare che la Corte di cassazione ha adottato un orientamento restrittivo circa l'ammissibilità della cultural defense, per l'esigenza di evitare un allentamento della funzione generalpreventiva del diritto penale, nonché di apprestare adeguata protezione agli interessi dei soggetti più deboli, messi a rischio da una radicale applicazione scriminante dell'eccezione culturale. In questo senso, per la condanna di un *sikh* per il porto del *kirpan* rituale cfr. Cass. pen., sez. I, 15 maggio 2017, n. 24048; analogamente, Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2018, n. 29613, con riguardo al c.d. "omaggio al pene", di tradizione albanese. In tema, e*x multis*, cfr. F. BASILE, *I reati cd. culturalmente motivati commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione giustizia* 1/2017; I. RUGGIU, *Omnia munda mundis. La pratica culturale dell'omaggio al pene del bambino: uno studio per la culturale defense*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 27/2019.

[103] Sul rilievo della proporzionalità ai fini della legittimità del provvedimento di polizia, v. già P. VIRGA, *op. cit.*, p. 62.

ISSN 2036-7821

che svolga attività di spionaggio o di destabilizzazione delle istituzioni democratiche, determinando la necessità di un suo allontanamento.
Con riguardo, infine, al rischio terroristico, esso parrebbe consistere nel pericolo per beni giuridici fondamentali dello Stato di diritto, senza che possano invocarsi a sostegno dell'atto espulsivo moventi politici che, pur radicali, si inscrivano dentro la logica pluralista della Costituzione[104]. L'interpretazione della nozione non potrà prescindere dal riferimento penalistico di cui all'art. 270-*sexies* c.p.
Va, peraltro, analizzato anche il concetto di agevolazione, che pare riecheggiare quella nozione di causalità agevolatrice anch'essa propria del diritto penale.
In proposito, si esclude che l'atto espulsivo possa essere motivato da una mera connivenza. Per contro, dovrà essere saggiato il potenziale apporto che lo straniero potrebbe fornire ad un'organizzazione od attività terroristica.
L'esplicito richiamo anche alle attività – oltre che alle organizzazioni – terroristiche fa includere nel novero dei destinatari della misura anche i "lupi solitari"[105].

16. Conclusioni.
Alla luce dell'indagine compiuta, si può sostenere – anche dalla compulsazione della giurisprudenza amministrativa – che l'espulsione ministeriale è un istituto quanto mai vitale, impiegabile per la suprema difesa dell'interesse dello Stato alla salvaguardia delle istituzioni democratiche e dell'incolumità dei cittadini.
Alla stregua del diritto domestico, esso rappresenta la declinazione del diritto di polizia nel settore dell'immigrazione, e si volge ad allontanare dal territorio nazionale individui pericolosi per i valori essenziali dell'ordinamento.
In questa prospettiva, potrebbe argomentarsi come l'istituto si ponga al di fuori dell'alveo della "*crimmigration*", atteso che essa non punta ad un indiscriminato allontanamento dello straniero-massa[106], ma che, sulla base di un approccio selettivo, mira esclusivamente a preservare i valori fondamentali della Repubblica, recidendo il nesso territorio/straniero per il caso di pericoli per lo Stato.
È, certamente, un istituto "al limite": tuttavia, potrebbe sostenersi che *extremis malis, extrema remedia*.
E, a fronte del pericolo terroristico, lo Stato parrebbe avere non solo il diritto, ma anche il dovere – per i propri cittadini – di difendersi, nel rispetto dei principi

[104] Oltre a quanto già rilevato alla nota n. 99, si rinvia anche a G. CAIA, *op. cit.*, che ha anch'egli cura d'escludere che l'ordinamento repubblicano possa accogliere una nozione "ideale" dell'ordine pubblico.
[105] Sul piano della tecnica legislativa, sarebbe forse stato più appropriato, peraltro, che il legislatore parlasse anche di *commissione* di attività terroristiche, giacché il "lupo solitario" ben potrebbe realizzare una fattispecie criminosa autonomamente, senza cooperare con altri.
[106] Per questa categorizzazione, cfr. l'interessante saggio di A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2/2017.

ISSN 2036-7821

fondamentali, che paiono comunque osservati anche in questo caso "estremo"[107], in cui è assicurata quella «soglia minima» di garanzie, violata la quale l'ordinamento sconterebbe la propria «incoerenza giuridica»[108].

In questa prospettiva, esplorate le conferenti norme costituzionali e convenzionali, è parso che l'espulsione ministeriale sia, sotto il profilo sostanziale, compatibile con la Carta fondamentale e con la CEDU, salvi dei profili di criticità in punto di diritto di difesa dello straniero, cui andrebbe riconosciuto un più ampio accesso agli atti istruttori.

Come rammentato, parte della dottrina guarda criticamente a questo ritorno del diritto amministrativo securitario, che tradirebbe una involuzione verso lo Stato di polizia[109].

Il rafforzamento di poteri amministrativi incidenti nella sfera individuale, anche in relazione ai diritti fondamentali, viene interpretato come il segno di una torsione autoritaria.

A titolo d'esempio, le misure di prevenzione, in questa logica, altro non sarebbero che pene di seconda classe[110], applicate in ragione di scorciatoie probatorie e, dunque, in sostanziale violazione dei principi penalistici.

Tuttavia, potrebbe opinarsi che una lettura pan-penalistica dell'ordinamento conduca a obliterare le ragioni fondanti il diritto di polizia, trascurandone l'autonomia concettuale e ontologica.

Il diritto della pubblica sicurezza non mira infatti a *punire*, ma ad eliminare gravi pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblica[111]. Non infligge una pena, ma impone

---

[107] Secondo Corte cost., 1° febbraio 1982, n. 15 «[d]i fronte ad una situazione d'emergenza, […], Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza». Tuttavia – come precisa A. CALIGIURI, *Strumenti di contrasto al terrorismo internazionale e tutela dei diritti umani: l'esperienza italiana*, Relazione al Convegno "Stato di diritto e democrazia in Italia. Il rispetto e l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano" 22-23 Novembre 2010 - Sala del Refettorio Biblioteca della Camera dei Deputati – secondo la Corte possono essere adottate «legislazioni d'emergenza purché le misure previste rispondano al criterio della ragionevolezza e della temporaneità e non svuotino di contenuto i diritti fondamentali che eventualmente vanno a comprimere». Come detto, quest'opinione deve oggi confrontarsi con la stabilizzazione del fenomeno terroristico, che sembra dover essere gestito con norme "a regime".

[108] Ritiene, appunto, necessario salvaguardare la soglia minima di garanzie, pena l'incoerenza del sistema, P. SCEVI, *op. cit.*, p. 51.

[109] Cfr., tra i molti, A. CALIGIURI, *op. cit.*, diffidente rispetto a una "preventivizzazione" della lotta al terrorismo.

[110] Così si è espresso, nella sua *dissenting opinion* nel caso *de Tommaso contro Italia*, il giudice della Corte EDU Pinto de Albuquerque.

[111] Sull'ontologia della polizia di sicurezza O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, IV, Milano, 1904, pp. 205-1256, nonché ID., *Il concetto della polizia di sicurezza*, *Scritti giuridici scelti*, I, *Lo Stato*, Napoli, 1992 [1898]; P. VIRGA, *op. cit.*, p. 31, secondo cui «mentre la potestà di polizia mira a prevenire i pericoli alla sicurezza pubblica e ad eliminare le turbative all'ordine pubblico, la potestà penale mira a retribuire con la pena il male della trasgressione». Più recentemente G. CORSO, *Polizia di sicurezza*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XI, Torino, 1996, 324 ss. e G. CAIA, *op. cit.*, nonché F. FAMIGLIETTI, *Le funzioni di polizia: inquadramento storico-generale e approccio alle categorie di specie*, in F.

ISSN 2036-7821

misure preventive, cautelari, dissuasive.

La pretesa di circoscrivere la tutela dei beni giuridici fondamentali al diritto penale potrebbe altresì tradire un affidamento integrale nel giudiziario, a scapito dell'esecutivo, assecondando una logica monistica che depotenzia l'effettività dell'ordinamento.

Accanto e prima della violazione e della punizione stanno, infatti, il pericolo e la prevenzione. Sicché, esigere per il diritto di polizia le garanzie penalistiche potrebbe rappresentare un fuor d'opera.

Si potrebbe, allora, guardare allo statuto del diritto di polizia non come a un *minus* rispetto al diritto penale, quanto, piuttosto, come ad un *altro* diritto, con altri principi e altri fini.

Ma quest'opzione teorico-generale dovrebbe essere attentamente vigilata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, allo scopo di impedire che questa pur necessaria rivitalizzazione dello strumento di polizia si traduca in un'elusione dei principi di civiltà giuridica consacrati nella Convenzione e nella Costituzione[112].

CARINGELLA – A. IANNUZZI – L- LEVITA (a cura di), *Manuale di diritto di pubblica sicurezza*, Roma, 2013. Osserva P. P. PAULESU, *op. cit.*, che «non si dice nulla di nuovo quando si sottolinea che il terreno elettivo del contrasto al terrorismo resta quello della "prevenzione". È infatti in questo settore che si realizza la massima tutela del cittadino: la profilassi mira a scongiurare l'attacco terroristico là dove la repressione serve solo ad individuare e punire coloro che lo hanno già realizzato». Tuttavia, di «criminalizzazione in senso lato», con riferimento alla prevenzione amministrativa, parla C. RUGGIERO, *Le linee di tendenza della crimmigration nel sistema penale italiano dal "decreto Minniti" al "decreto sicurezza-bis"*, in *Archivio penale* 2/2020.

[112] Di quest'esigenza di vigilare attentamente sullo Stato di prevenzione fa menzione. V. BALDINI, *Tirannia della sicurezza nello stato costituzionale di diritto?*, in ID. (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, pp. 14-15.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La concorrenza negli appalti pubblici tra disciplina ordinaria e disciplina derogatoria della fase emergenziale da Covid-19. La tutela degli interessi dei privati.

di Linda Giovanna Vacchiano

(Avvocato comunale Nocera Inferiore)

Sommario

1. Premessa – 2. Nozione di concorrenza e fondamento giuridico. – 3. 3. Ruolo e funzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 4. 4. La concorrenza nella materia degli appalti pubblici. – 5. Appalti e concorrenza: istituti giuridici di dubbia efficacia. – 6. 6. Le gare indette da CONSIP S.p.a. – 7. Orientamenti giurisprudenziali recenti in materia delle gare indette da Consip S.p.a. e l'intervento dell'Antitrust. – 8. Concorrenza ed appalti in fase emergenziale: quid pluris?

Abstract

Competition is a general value, which has always affected national and supranational legislation.

Competition is, first of all, an economic value, defined as a condition in which several companies compete on the same market and in which supply and demand meet and in which none of the operators is able to influence the trend of negotiations with their own behavior or their own. decisions.

In order to be able to speak of competition, the following constitutive elements are necessary in the reference market: the number of operators both on the demand side and on the supply side; a freedom of entry into the market; homogeneity of the product; perfect information and transparency in the market; simultaneity of bargaining, the result of a negotiation phase in which the operators become aware of the necessary information.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

La concorrenza è un valore di portata generale, che ha da sempre interessato la normativa nazionale e sovranazionale.

La concorrenza è, innanzitutto, un valore economico, definita quale condizione nella quale più imprese competono sullo stesso mercato e nel quale si incontrano domanda ed offerta e nel quale nessuno degli operatori è in grado di influenzare l'andamento delle contrattazioni con propri comportamenti o proprie decisioni.

Affinché si possa parlare di concorrenza sono necessari i seguenti elementi costitutivi nel mercato di riferimento: la numerosità degli operatori sia dal lato della domanda che dal lato della offerta; una libertà di ingresso nel mercato; omogeneità del prodotto; perfetta informazione e trasparenza nel mercato; simultaneità delle contrattazione, frutto di una fase di trattativa in cui gli operatori vengono a conoscenza delle informazioni necessarie.

Nell'analisi del diritto[1], la concorrenza involge in sé una serie di valori fondamentali soggetti a specifica tutela in contemperamento con gli interessi dei privati che operano nel mercato. Si configurano due tipologie di tutela: tutela della concorrenza nel mercato e tutela della concorrenza per il mercato. Nella prima accezione la concorrenza è tutelata nella sua qualificazione di insieme di misure che prescrivono l'apertura dei mercati e l'eliminazione delle restrizioni di accesso agli stessi. Nella seconda accezione la concorrenza è definita come quell'insieme di misure volte al perseguimento del fine di assicurare procedure competitive che realizzino la più ampia apertura di mercato a tutti gli operatori economici. Proprio per tale loro duplice natura, tali misure concorrenziali necessariamente interessano anche le procedure ad evidenza pubblica.[2]

L'applicazione della disciplina della concorrenza, che assurge al rango di principio fondamentale dell'attività economica e del mercato, incide e condiziona alcuni istituti particolari del diritto amministrativo. Si pensi, in particolare, alle procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di contratti pubblici, anche sotto soglia comunitaria, ove in applicazione della concorrenza è preminente l'adozione di criteri oggettivi, imparziali e trasparenti per la scelta dei soggetti contraenti. La disciplina dei r.t.i. è stata, anch'essa, interpretata alla luce della disciplina della concorrenza: tali raggruppamenti sono, infatti, ammessi in quanto non ostacolino la concorrenza, e ciò avviene quando consentono ad imprese di piccole e medie dimensioni di partecipare insieme a gare alle quali non sarebbero state altrimenti ammesse singolarmente. Lo stesso dicasi con riferimento alla disciplina delle concessioni amministrative. Il

[1] V., a tal proposito, D'Alberti M., *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., fasc.2, 2004, pag. 347

[2] Le misure in questione sono, infatti, quelle che prescrivono modalità di gestione dei servizi tali da render necessaria una procedura concorsuale. V., a tal proposito, Concas A., *Il principio della libera concorrenza*, in www.diritto.it

ISSN 2036-7821

conferimento delle concessioni è limitato dalla legge ad un numero di imprese circoscritto e ciò si giustifica in quanto i concessionari devono essere titolari di diritti esclusivi e/o speciali e di privilegi, espressione delle loro posizioni dominanti e di rilievo nei mercati in cui operano. L'ambito della loro applicazione è, dunque, limitato agli ambiti in cui esiste una riserva di beni o di attività a favore di poteri pubblici.[3]

Alla luce di quanto sopra relativamente alla incidenza nel diritto amministrativo del principio di concorrenza, ne deriva che la logica tradizionale del diritto amministrativo di contrapposizione tra autorità pubblica e privata viene pian piano superata in favore di una visione trilatere dell'equilibrio normativo tra potere pubblico, potere privato e libertà (di mercato).

2. Nozione di concorrenza e fondamento giuridico.

Il diritto della concorrenza[4] ha suscitato l'attenzione degli operatori pubblici sin dalla entrata in vigore della Costituzione. La riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione (L. cost. n. 3 del 18.10.2001) ha introdotto, poi, una specifica disciplina in materia di concorrenza, attribuendone in via esclusiva lil potere regolatorio allo Stato, nell'ottica di uniformità ed omogeneità della disciplina nazionale in coordinamento con la disciplina sovranazionale. L' 117, comma 2, lett. e) Cost. attribuisce, infatti, allo Stato la tutela della concorrenza in tutte le sue declinazioni di significato.[5]

A conferma dell'importanza che da sempre il legislatore italiano ha attribuito alla concorrenza occorre richiamare, per completezza, altresì l'art. 41 Cost., che riconosce e garantisce la libertà di iniziativa economica dei privati.[6] Si ci trova, così, di fronte alla tutela costituzionale di un valore - la concorrenza - non fine a sé stesso ma, piuttosto, trasversale e funzionale alla realizzazione "sociale" dell'individuo, in attuazione dell'art. 3 Cost.

---

[3] Si pensi al caso dei consorzi di produzione e commercializzazione di beni alimentari a denominazione protetta, che hanno dato luogo ad intese tra imprese aderenti sul contingentamento della produzione, e che sono state considerate restrittive della concorrenza e sono state, tuttavia, ammesse ad una autorizzazione in deroga.

[4] V. In proposito, Caravita B., *Il fondamento costituzionale della concorrenza, editoriale n. 8 del 19.04.2017*, in www.federalismi.it; Trimarchi Banfi F., *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in Dir. Ammin., fasc. 1-2, 2013, pag. 15

[5] Viene intesa tale tutela nel senso della tutela della moneta, del risparmio, dei mercati finanziari, della tutela della concorrenza nel mercato e della concorrenza per il mercato. Tuttavia, secondo parte della dottrina la concorrenza oggetto della disposizione citata sarebbe qualificabile solo in termini di concorrenza economica a tutela degli interessi dei privati competitori, riconducendo il fondamento dei limiti pubblici della concorrenza nel disposto di cui all'art. 41 Cost.

[6]M.S. Giannini in merito a tale disposizione ha elaborato una interpretazione che prevede una distinzione tra la previsione del primo comma, quale garanzia costituzionale del diritto di impresa come diritto privato; e la previsione del secondo e terzo comma quali garanzie costituzionali del pubblico potere di sottoporre il diritto di impresa a potestà pubblicistiche a tutela di interessipubblici prevalenti.

ISSN 2036-7821

2.1. Nell'ambito del settore privato è il Codice Civile che disciplina la concorrenza, regolamentando il divieto di patti di non concorrenza tra imprenditori, che si configura nei casi in cui un imprenditore si obblighi, in cambio di una controprestazione di altro genere o senza controprestazione, a non svolgere attività concorrenziale rispetto ad altro imprenditore; ovvero quando due imprenditori si obblighino a non farsi concorrenza, stabilendo ciascuno un settore di attività o una distinta zona territoriale di mercato; o, in alcuni casi determinati, in ipotesi di cartello nelle forme del controllo dei prezzi o del controllo della produzione. A fronte di tali comportamenti, è prevista la sanzione per il danno arrecato dalla c.d. concorrenza sleale all'operatore economico escluso dal mercato.
Specifica disciplina è, poi, emersa con la legge n. 287 del 10.10.1990, istitutiva altresì dell'Autorità preposta alla tutela di tali valori.
Nell'ambito del diritto pubblico, la concorrenza ha sempre avuto una configurazione eterea, evanescente, trasversale, ed ha sempre accompagnato la tutela dell'interesse pubblico e dell'interesse privato in posizione di reciproco contemperamento. Fondamento pubblicistico della concorrenza, secondo orientamento maggioritario di dottrina e giurisprudenza, si rinverrebbe, dunque, nella norma di cui all'art. 41 Cost. in combinato disposto con l'art. 43 Cost., ed in sostanza nel principio di buon andamento de imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., a tutela altresì dell'interesse generale alla concorrenza[7].
A livello comunitario, la concorrenza trova il suo massimo riconoscimento negli artt. 101 e 102 TFUE e nel Regolamento CE n. 1/2003 (Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato). Ma il riconoscimento europeo della concorrenza affonda le proprie radici già nel Trattato di Roma del 1957, che per la prima volta detta una disciplina sovranazionale della concorrenza con impatto diretto nella legislazione degli Stati aderenti.[8] Con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, poi, la concorrenza diventa un principio informatore dell'ordinamento comunitario. Nell'art. 3 TFU si legge, infine, che l'azione degli Stati membri deve essere finalizzata all'adozione, tra l'altro, di una politica economica espressione del

[7] Il fondamento costituzionale della tutela della concorrenza si rinviene già nella legislazione delle Repubbliche marinare che iniziarono a stringere rapporti commerciali che le portarono in breve tempo a sviluppare interessi economici di rilevante estensione territoriale. V., in proposito, Boscolo Anzoletti M., *Concorrenza nella Costituzione*, in www.diritto.it; Cintioli F., *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in www.astrid- online.it

[8] La disciplina UE in questione si divide in policies e regole. Le policies vengono utilizzate per garantire la formazione d un mercato comune e il graduale riavvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, lo sviluppo coordinato delle attività economiche, una stretta relazione tra gli Stati membri e ciò a tutela dell'interesse finale a che la concorrenza non venga falsata. Le regole, invece, individuano le ipotesi di illecito concorrenziale, che hanno trovato ausilio nella definizione delle figure in questione nella giurisprudenza comunitaria.

ISSN 2036-7821

principio di economia di mercato aperta e in libera concorrenza. E proprio da tale disciplina comunitaria ne deriva il fondamento normativo costituzionale del diritto antitrust [9] a tutela di un'economia di mercato fortemente competitiva, che giustifica altresì la creazione di un'autorità (nazionale e sovranazionale) a garanzia della concorrenza. [10]

Nell'ordinamento nazionale, applicazione concreta della regola comunitaria della concorrenza si esplica nella L. n. 287 del 1990. Riferimento esplicito alla concorrenza si rinviene, poi, nel comma 4 dell'art. 1 della legge n. 280 del 1990 [11] che impone una interpretazione delle norme ivi contenute in modo conforme ai principi in materia di concorrenza, determinando in tal modo - pur nei limiti di cui all'art. 11 Cost. - una sorta di rinvio in bianco al diritto comunitario. Nell'ambito della contrattualistica pubblica, infine, a partire dal D.lgs. n. 163/2006 la concorrenza è divenuta l'obiettivo di garanzia fondamentale nello scambio di volontà, finendo per incidere sulla discrezionalità amministrativa funzionale alla massimizzazione degli interessi pubblici di cui la pubblica amministrazione si fa portatrice.[12]

3. Ruolo e funzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Come meglio sopra evidenziato, il diritto della concorrenza (o diritto antitrust) è quell'insieme di regole ed azioni di vigilanza "*volto ad impedire comportamenti e strategie delle imprese, che possano condurre a posizioni di monopolio o accordi collusivi a danno dei consumatori, che impediscano l'ingresso sul mercato di imprese concorrenti, o in altro modo distorcano la possibilità di libera concorrenza sui prezzi, sulla qualità dei prodotti, sulle innovazioni tecnologiche*".[13]

A tutela dei valori sopra meglio evidenziati, in adesione al modello eurounitario, anche in Italia la legge n. 287 del 1990 istituisce l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (ACGM), attribuendo alla stessa poteri di regolamentazione e controllo, nonchè in alcuni specifici casi sanzionatori, proprio in considerazione della

[9] V. a tal proposito anche Manganelli A., *Il principio di concorrenza fra Antitrust e regolazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, in Concorrenza e mercato, fasc. 1, 2013, pag. 279.

[10] V. a tal proposito Corte Giust. UE C-41/90 del 23.04.1991.

[11] Norma definita a "gestazione comunitaria" in Benedettelli M. V., *Sul rapporto fra diritto comunitario e diritto italiano della concorrenza (Riflessioni in margine al disegno di legge n. 3755ed al regolamento comunitario sulle concentrazioni)*, in "Il Foro italiano", V, 1990, p. 235; e definita affetta da "strabismo costituzionale" in Oppo G., *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in Rivista di diritto civile, 1993, p. 543.

[12] Esempio tipico è la disciplina delle concessioni di beni e servizi condizionata in modo pregnante dal principio di concorrenza. Sia al momento del rilascio (soggetto alla procedura di gara pubblica), che al momento dello svolgimento dell'attività del concessionario, infatti, le regole che devono trovare applicazione non sono più soltanto quelle previste nel disciplinare o nel contratto, od ancor prima nel bando di gara, ma devono trovare applicazione le regole immanenti dellaconcorrenza, ed in particolare le regole in materia di divieto di abuso di posizione dominante. V. a tal proposito anche Trimarchi Banfi F., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione Europea e nella Costituzione*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., fasc. 5, 2012, pag. 723.

[13] Definizione da www.treccani.it

ISSN 2036-7821

peculiare natura ibrida che interessa le autorità indipendenti.[14]
Ai sensi dell'art. 10 della l. N. 287/1990 l'autorità opera "*in autonomia e con indipendenza di giudizio e valutazione*". Essa è indipendente dagli organi centrali; è soggetta solo alla legge; è dotata di autonomia contabile, gestionale e finanziaria; è sottoposta al sindacato ordinario giurisdizionale (in virtù del fatto che trattasi di una pubblica espressione dell'amministrazione) e non ha natura giudiziaria, anche se all'autorità in questione - a differenza che per le altre autorità indipendenti - è attribuito un potere che parte della dottrina qualifica come para-giurisdizionale.
L'AGCM ha il compito di dare risoluzione a questioni concrete di violazione della concorrenza, decidendo in modo vincolante e definitivo le questioni tra gli imprenditori ed i soggetti lesi. Nell'esercizio di tale potere l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non svolge le tipiche funzioni di regolazione, sulla base di un accertamento discrezionale ed in applicazione delle norme di settore. Anche le modalità procedimentali dell'AGCM sono del tutto peculiari per la funzione che la stessa svolge. Tali procedimenti sono caratterizzati da un'ampia partecipazione dei soggetti coinvolti nella violazione della concorrenza, vale a dire le imprese denunciate, le imprese denuncianti e le associazioni di consumatori; sono procedimenti caratterizzati da un ampio contraddittorio ed i cui provvedimenti sono fondati su una istruttoria che acquisisce non solo fatti ma anche prove del comportamento anticoncorrenziale. Inoltre, pur essendo provvedimenti amministrativi, in quanto emanati da autorità amministrativa, sono provvedimenti che hanno contenuto giustiziale.
Le finalità perseguite dall'AGCM nell'esercizio di tali poteri sono: 1) la punizione di intese restrittive della concorrenza; 2) il divieto di abusi di posizione dominante all'interno del mercato nazionale, con effetti negativi per i consumatori e limitazione della libertà di ingresso per le altre imprese nel mercato; 3) la limitazione delle operazioni di concentrazione tra imprese al fine di evitare qualunque elusione della concorrenza mediante accordi collusivi o rafforzamento illegittimo di posizione dominante sul mercato.[15] Con la riforma del 1992 all'Autorità è stato riconosciuto, peraltro, un potere di vigilanza e repressivo sulla pubblicità ingannevole che potrebbe recare danno ai consumatori ed indirettamente falsare la concorrenza, confluita poi nella repressione delle pratiche commerciali scorrette regolate dal codice del consumo.
Accanto a poteri di concreto intervento con riferimento a situazioni potenzialmente o concretamente lesive della concorrenza, la legge istitutiva del 1990 attribuisce

[14] V. In proposito, anche Facondini L., *I contratti pubblici e la tutela della concorrenza*, in www.diritto.it
[15] E 'mediante tali finalità che l'AGCM persegue altresì l'obiettivo di garantire l'accesso libero e le pari opportunità sul mercato, la promozione della innovazione, della riduzione dei costi, il miglioramento qualitativo dei prodotti mediante la differenziazione dei prodotti, arricchendo ilconsumatore delle alternative disponibili, la promozione della meritocrazia.

ISSN 2036-7821

all'Autorità anche un potere di iniziativa nei confronti del Governo ed al Parlamento in merito a proposte di legge o di regolamento che siano idonee a tutelare la concorrenza, ovvero di segnalazione di disposizioni normative che, invece, distorcono - anche in modo indiretto - la concorrenza.

3.1. Tra i poteri attribuiti all'AGCM in materia di concorrenza quello che maggiormente interessa il rapporto tra il diritto della concorrenza ed il diritto amministrativo è sicuramente il potere sanzionatorio e repressivo, conseguente all'accertamento di intese anticoncorrenziali. Ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/1990 sono considerate intese che restringono la libertà di concorrenza tutti quegli "*accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari*".[16] Tali intese sono vietate nella misura in cui abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, e pertanto sono ritenute nulle.[17] Ai fini della dichiarazione di nullità, l'AGCM procede: 1) all'accertamento dei fatti; 2) alla contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza; 3) al confronto dei fatti accertati con la norma contestualizzata, servendosi anche di elementi probatori oltre che della partecipazione attiva dei soggetti coinvolti nella violazione della disciplina della concorrenza; 4) infine alla diffida alle imprese ed, 5) ove necessario, all'applicazione delle sanzioni.[18] In virtù dell'alto grado di discrezionalità a cui è soggetto tale procedimento, la giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato degli indici presuntivi (sintomatici) di sussistenza di intese restrittive della concorrenza. Si fa riferimento, in particolare, al caso in cui una impresa partecipi a riunioni in cui è stata decisa la concentrazione dell'attività economica, non essendo necessaria la prova della adesione della impresa

[16] V. a tal proposito anche Russo F., *Le intese anticoncorrenziali: prova, sanzioni e autorizzazioniin deroga*, in Foro ammin. CDS, fasc. 4, 2008, pag., 1233.

[17] La norma richiama espressamente le condotte tipicamente restrittive della concorrenza, ovvero a) la fissazione diretta ovvero indiretta dei prezzi di acquisto o di vendita ovvero di altre condizioni contrattuali; b) l'impedimento o la limitazione della produzione, degli sbocchi o degli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico od il progresso tecnologico; c) la ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento; d) l'applicazione, nei rapporti commerciali con altri contraenti, di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, che determinano per essi ingiustificati svantaggi di concorrenza; e) la subordinazione della conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi. Non è necessario, tuttavia, che ci sia una forma scritta di accordo anticoncorrenziale. Secondo costante orientamento della giurisprudenza e della dottrina, infatti, fanno fede a tal fine anche i gentleman's agreement.

[18] V. a tal proposto anche Garilli C., *Le intese restrittive della concorrenza nell'attività dell'Acgm (anno 2015)*, in Rassegna di legislazione nazionale, Concorrenza e mercato, 2016, pt. 2, pp. 267-290; Cazzuto C. E., *Le intese restrittive della concorrenza nell'attività dell'Agcm*, in Rassegna di decisioni adottate dall'Agc, nel corso del 2013, Concorrenza e mercato, 2014, pt. 3, pp. 383-399; Mangialardi G., *Sulle intese restrittive della concorrenza nelle gare pubbliche, 2017*; Filippelli M., *Le misure correttive per ab usi di posizione dominante e cartelli tra imprese nel diritto della concorrenza*, in Concorrenza e mercato, fasc. 0, 2011, pag. 566 e ss.

ISSN 2036-7821

a tale concentrazione né tanto meno la prova dell'esecuzione di tale accordo. A fronte di questa presunzione di illecito è la impresa accusata che deve dimostrare la sua estraneità alla intesa (e - nell'ipotesi sopra meglio espressa - che ha manifestato nelle riunioni il proprio dissenso alla stessa[19]). Comunque, resta fermo che quando mancano significativi elementi probatori esogeni su cui fondare la presunzione di illecito anticoncorrenziale, l'AGCM ha l'onore di provare che eventuali comportamenti paralleli siano frutto di un cartello e non possono essere giustificati in via alternativa, in tale circostanza determinandosi una inversione dell'onere della prova a carico dell'Autorità per la condanna dell'illecito.[20]

3.2. Secondo l'art. 15 della legge n. 287/1990, a fronte dell'accertamento del comportamento anticoncorrenziale edecorso inutilmente il termine per l'eliminazione delle infrazioni di cui agli artt. 2 e 3 (trattasi dei c.d. impegni), ovvero in caso di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata della infrazione, l'Autorità "*dispone […] l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali deve procedere al pagamento della sanzione*". Ove, dunque, non venga data ottemperanza alla diffida alle imprese in posizione anticoncorrenziale, l'Autorità ha il potere di applicare la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione per ritardo di cui al comma 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con il limite massimo del dieci per cento del fatturato di cui al comma 1. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre anche la sospensione dell'attività di impresa fino a 30 giorni.

Ove, invece, le imprese si adoperino con qualificata collaborazione all'attività procedimentale dell'Autorità (trattasi dei c.d. programmi di clemenza), questa può evitare di applicare la sanzione amministrativa ovvero applicarla in misura ridotta nelle ipotesi previste dal diritto comunitario.[21] Diverso è il caso delle c.d. autorizzazioni in deroga di cui all'art. 4 della legge n. 287/1990.[22] Trattasi di dispense

[19] A titolo esemplificativo si vedano i recenti casi decisi dal giudice amministrativo. In particolare, v. T.a.r. Piemonte, Torino, sez. 2, 14.02.2018 n. 219; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 30.01.2018, n. 1090; T.a.r. Lazio, Roma, sez. 1, 31.01.2018, n. 1119; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 23.11.2017, n. 11582; T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 6.12.2017, n. 810; T.a.r. Toscana, Firenze, sez. II, 22.12.2017, n. 1665.

[20] L'adeguamento delle condizioni di mercato, in linea generale e ferma restando la prova contraria dell'Autorità in merito, deve considerarsi un comportamento lecito in virtù della necessità di essere competitivi sul mercato, a prescindere da qualsivoglia schema collusivo.

[21] Accanto al sistema normativo, i poteri sanzionatori dell'AGCM trovano regolamentazione anche negli orientamenti della Commissione Europea, qualificati dalla giurisprudenza come norme di comportamento indicative della prassi da seguire dalla quale la pubblica amministrazione non può discostarsi senza fornire motivazioni specifiche compatibili con il principio di parità di trattamento.

[22] L'art. 4 cit. dispone che: "*L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i*

ISSN 2036-7821

dalla applicazione della normativa anticoncorrenziale e ciò con l'effetto di rendere lecito un atto o un fatto altrimenti illeciti per il diritto antitrust. Per un periodo limitato nel tempo la legge ammette la possibilità per l'Autorità di autorizzare intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/1990, nel caso in cui diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato ed i cui effetti comportino un sostanziale beneficio per i consumatori, sempre che sul mercato residui un grado di concorrenza sufficiente. L'autorizzazione deve essere concessa entro 120 giorni dalla presentazione della richiesta all'Autorità da parte dei soggetti interessati, a seguito di una istruttoria disposta ai sensi dell'art. 14 della legge n. 287/1990[23]. Tale deroga, dunque, non può determinare restrizioni che vadano oltre la stretta necessità di raggiungimento di finalità concorrenziali.

4. La concorrenza nella materia degli appalti pubblici.

4.1. La disciplina dei contratti pubblici è in rapporto biunivoco rispetto alla disciplina della concorrenza. La materia dei contratti pubblici è, infatti, finalizzata alla scelta del miglior contraente per il perseguimento dell'interesse pubblico e tale scelta, in linea generale, viene effettuata dalla stazione appaltante in virtù di un procedimento di gara che garantisce la libera concorrenza, la libertà di accesso e la *par condicio* tra le imprese concorrenti.[24]

Già nell'ambito delle nuove direttive europee in materia di contratti pubblici (direttive n. 23-24-25/2014/UE), recepite in Italia dal D.lgs. n. 50/2016, si prevede una disciplina in materia di contratti pubblici fondata su valori altri rispetto al solo

---

quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessita' di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato. 2. L'Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione. 3. La richiesta di autorizzazione e' presentata all'Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria di cui all'articolo 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa".

[23] I requisiti che la intesa in deroga deve presentare affinché sia soggetta ad autorizzazione sono: a) miglioramento delle condizioni di offerta di beni e servizi sul mercato, tale da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori; b) non completa eliminazione della concorrenza; c) miglioramento qualitativo della produzione o della distribuzione, ovvero del progresso etnico o tecnologico; d) limitazioni delle restrizioni della concorrenza a quanto strettamente necessario al raggiungimento delle finalità positive di concorrenza. Ai sensi dell'art. 2 del Regolamento CE n. 1/2003 è la impresa che presenta la richiesta a dover provare la sussistenza di tali requisiti ai fini dell'autorizzazione.

[24] V. a tal proposito Clarich M., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in Diritto Amministrativo, fasc.01-02, 2016, pag. 71. I contesti che facilitano, infatti, comportamenti anticoncorrenziali sono quelli in cui vi siano pochi concorrenti, prodotti omogenei, perdurante partecipazione alle gare delle stesse imprese, appalto ripartito in più lotti dal valore economico simile. I fenomeni che possono risultare associati a comportamenti anticoncorrenziali sono, ad esempio, il boicottaggio della gara, la presentazione di offerte di comodo, la rotazione delle offerte e la spartizione del mercato.

ISSN 2036-7821

criterio della maggiore efficienza e minore spesa della pubblica amministrazione. Il secondo considerando della direttiva 2014/24/UE in materia di settori ordinari dispone, in proposito, che "*gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 […] in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva, garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere rivista ed aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale*". Anche nella direttiva 2014/25/UE in materia di settori speciali (acqua, energia, trasporti, servizio postale) nei primi considerando si evidenzia la necessità di perseguire il fine di assicurare l'apertura di tali mercati alla concorrenza. Testualmente la direttiva dichiara che "*risulta [ancora] opportuno mantenere norme riguardanti gli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in quanto le autorità nazionali continuano a essere in grado di influenzare il comportamento di questi enti, anche attraverso la partecipazione al loro capitale sociale o l'inserimento di propri rappresentanti nei loro organi amministrativi, direttivi o di vigilanza*".

4.2. Proprio in virtù della "globalizzazione" dei mercati, viene meno il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti agli altri offerenti nella attribuzione degli appalti, sia che la stazione appaltante scelga il contraente in virtù di considerazioni non economiche. Ecco che trova piena attuazione il principio di parità di trattamento degli offerenti, il principio di trasparenza ed il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in attuazione di una concezione di concorrenza molto più estesa rispetto ai confini unicamente nazionali e territorili.[25] Sul punto, di rilevante interesse è l'art. 18 della direttiva 2014/24/UE, il quale impone alle amministrazioni aggiudicatrici di trattare gli operatori economici in virtù del principio di par condicio ed in modo non discriminatorio e di agire in virtù della trasparenza e della proporzionalità. In sostanza, la lex specialis di gara deve essere costruita in modo tale da non limitare artificialmente (ed artificiosamente) la concorrenza, intesa come "*la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di*

[25] Altri riferimenti alla tutela della concorrenza si rinvengono nelle direttive europee del 2014. In particolare si pensi agli artt. 51 e 52 della direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni senza previa pubblicazione del bando; all'art. 32 della direttiva 2014/24/UE in materia di proceduranegoziata senza previa pubblicazione del bando limitata a casi tassativi; all'art. 42 della direttiva 2014/24/UE in materia specifiche tecniche per l'accesso degli operatori economici; l'art. 55 della direttiva n. 2014/24/UE in materia di imitazione del numero dei candidati invitati a negoziare ed a presentare un'offerta, che deve essere scelto dalla stazione appaltante in modo che si assicuricomunque un'effettiva concorrenza; all'art. 18 della direttiva 2014/24/UE sui principi diaggiudicazione degli appalti.

ISSN 2036-7821

pubblicità e di trasparenza al singolo atto di scambio".[26] La procedura di gara altro non è, infatti, se non uno dei casi in cui la pubblica amministrazione mette a disposizione di soggetti privati una risorsa scarsa - in questo caso il contratto da affidare - e nella quale trovano applicazione i principi generali richiamati dalla normativa comunitaria (c.d. concorrenza per il mercato).[27] In linea generale, ogni procedura ad evidenza pubblica costituisce un atto di scambio su un determinato mercato creato artificialmente ed appositamente, nel quale debbano esser presenti in condizioni di concorrenza vari operatori che siano in grado di erogare quei beni, servizi e forniture del medesimo genere di quello richiesto dalla stazione appaltante.

La disciplina nazionale prevede una serie di riferimenti alla tutela della concorrenza in materia di procedure ad evidenza pubblica. Già il D.lgs. n. 163/2006 all'art. 4 faceva riferimento alla disposizione costituzionale in materia di concorrenza, stabilendo un limite per le regioni in materia di disciplina di selezione dei concorrenti alle procedure di evidenza pubblica.[28] Anche la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 14 del 2004, ha avuto modo di occuparsi della questione della compatibilità del diritto della concorrenza con il diritto degli appalti statuendo che: 1) la tutela della concorrenza non è una materia il cui oggetto sia identificabile a priori, ma è una finalità che si atteggia in modo diverso a seconda del settore con riferimento al quale si applica l'intervento statale; 2) la funzione di tutela della concorrenza comprende anche interventi regolativi, la disciplina antitrust e le misure destinate a promuovere il mercato aperto ed in libera concorrenza (c.d. concorrenza dinamica); 3) si configura, di conseguenza, una natura trasversale della competenza statale a tutela della concorrenza e quindi la potenziale capacità dell'intervento

[26] Cit. Clarich. M. V. a tal proposito Clarich M., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in Diritto Amministrativo, fasc.01-02, 2016, pag. 71.

[27] V. a tal proposito anche Cassetti L., *Appalti e concorrenza: quante sono le "anime" della competenza esclusiva statale in materia di "tutela della concorrenza"?*, in Giur. cost., fas. 6, 2007, pag. 4559; D'Alberti M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in Dir. ammin., fasc. 2, 2008, pag. 297; Caponigro R., *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in Relazione al Convegno "Efficienza, legalità, controlli. Pesi e contrappesi", Napoli, 10.06.2010, in giustamm.it, fasc. 6; Clarich M., *La tutela della concorrenza negli appalti pubblici*, Relazione al seminario Syimez (Associazione per lo sviluppo dell'industria nel Mezzogiorno) "La nuova legge sugli appalti. Aperture al diritto della concorrenza ed opportunità per il Mezzogiorno", Roma, 15.03.2016, in Rivista giuridica del Mezzogiorno, 2016, fasc. 3, pzg. 737 e ss.; Brunetti F., *Note minime su provvedimenti sanzionatori dell'A.G.C.M. [Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato] per intese restrittive della concorrenza ed esclusione dalle gare*, Nota a T.A.R. Campania - Salerno, sez.I, 2.01.2017, n. 10, in giustamm.it, 2017, fasc. 7, pp.16; Mangialardi G., *Sulle intese restrittivedella concorrenza nelle gare pubbliche*, Nota a Cons. Stato sez. VI 20.02.2017, n. 740, in Urbanistica e appalti. 2017, fasc. 4, pp. 502 e ss.

[28] La Corte Corte costituzionale ha avallato tale interpretazione normativa stabilendo che la tutela della concorrenza si concretizza altresì "nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura dei mercati a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi", nonché "di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza" (Corte Cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401).

ISSN 2036-7821

pubblico di interferire, in modo diretto ovvero indiretto, con le scelte operate nei settori di competenza legislativa concorrente ovvero residuale delle regioni; 4) tale trasversalità comporta la necessità che la Corte costituzionale operi un sindacato finalizzato alla valutazione della proporzionalità, congruità, ragionevolezza della misura statale in relazione alla sua capacità di incidere sugli equilibri economici nazionali. Ed il motivo per cui lo Stato può effettuare tale ingerenza nella competenza regionale è rinvenibile proprio nella necessità di imporre l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza.[29]

Ogni contratto che attribuisce un vantaggio economico all'Ente deve, dunque, osservare un nucleo minimo di garanzie, ovvero rispettare i principi desumibili dal diritto europeo e dal diritto nazionale in materia di concorrenza. Si pensi alla direttiva 2014/24/UE che al considerando n. 2 espressamente afferma che gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 per la realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva. Per realizzare tale obiettivo, la direttiva di cui sopra si prefigge l'obiettivo di rimodulare la disciplina degli appalti al fine di garantire l'efficienza della spesa pubblica, favorire la partecipazione alle gare anche delle P.M.I., di conseguire obiettivi a valenza sociale e di assicurare la certezza del diritto. Già in tali obiettivi è ravvisabile un'aura di tutela della concorrenza che viene, poi, esplicitamente menzionata dalla direttiva n. 2014/25/UE sui settori speciali che, nei primi due considerando dichiara la necessità di assicurare un'apertura alla concorrenza dei mercati di tali settori. Anche nella direttiva n. 2014/23/UE sulle concessioni si fa esplicito riferimento alla concorrenza, ad esempio per evidenziare che l'affidamento senza previa pubblicazione del bando dovrebbe essere consentita in casi eccezionali e per una durata predeterminata, al fine di evitare la preclusione all'accesso al mercato e le restrizioni della concorrenza.

4.3. Nell'ambito del dettato normativo nazionale, la concorrenza trova la sua fonte normativa innanzitutto nell'art. 41 Cost., il quale prescrive la libertà di iniziativa economica; nonchè nell'art. 43 Cost. relativo al contemperamento della suddetta libertà da parte del potere pubblico per il soddisfacimento dell'interesse generale; infine, nell'art. 117 Cost. che individua la concorrenza quale materia di esclusiva protesta legislativa dello Stato, nonostante nella previsione di competenza concorrente siano inserite materie che, seppur indirettamente, interessano la concorrenza, comportando un apparente contrasto di norme, risolto proprio in virtù

[29] Riferimento a tali valori si rinviene, peraltro, già nell'art. 2 del vecchio codice dei contratti pubblici che, nell'individuare i principi che ispirano il corpus normativo, pone in primo piano la qualità delle prestazioni, il principio di economicità, efficacia, tempestività e correttezza aggiungendo che l'affidamento deve rispettare altresì i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

ISSN 2036-7821

della prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato. La tutela della concorrenza viene intesa come clausola generale trasversale atta a giustificare la legittimità costituzionale di leggi statali di disciplina del mercato. Le regioni non possono prevedere una disciplina diversa da quella contenuta nel Codice dei contratti pubblici in relazione a tutti quei profili relativi alla selezione dei concorrenti (ad esempio, qualificazione delle imprese, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione ecc ecc), in quanto la normativa nazionale non è altro che espressione di un rinvio generalizzato alle disposizioni sovranazionali di rango europeo relative al tema della concorrenza ed in quanto tale prevalente rispetto a qualunque altra espressione del potere normativo[30].

La normativa nazionale in tema di regolamentazione della concorrenza è individuata: nella L. n. 287/1990, istitutiva, tra l'altro, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella sua funzione paragiurisidzionale in materia; nel D.P.R. n. 217/1998 (regolamento attuativo della disciplina della concorrenza); nel D.lgs. n. 175/2016 sulle società pubbliche; nel D.l. n. 1/2012 sulla concorrenza nelle PA; infine, nel D.L. n. 201/2011 avente ad oggetto la liberalizzazione delle attività economiche e rimozione dei controlli ex ante e nella L. n. 99/2009 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonche' in materia di energia). Disciplina, questa appena citata, convogliata idealmente in un disegno normativo unico, ovvero il Codice della concorrenza. Esso si configura come una raccolta sistematica delle norme primarie e secondarie a tutela e promozione della concorrenza, ideato e curato dall'AGCM, al fine di garantire la massima conoscibilità e trasparenza della materia.

4.4. Di particolare incidenza sulla concorrenza negli appalti pubblici nell'ambito della disciplina nazionale sono la centralizzazione ed il decentramento dei centri di spesa. Nella specie, si fa riferimento, a titolo esemplificativo, alla figura introdotta nel nuovo codice appalti, delle centrali uniche di committenza e delle stazioni appaltanti qualificate, nonché alla frammentazione del mercato per garantire la massima partecipazione alla procedure ad evidenza pubblica anche alle piccole e medie imprese, come obiettivo fissato dalle direttive europee[31]. L'art. 30 del D.lgs. n. 50/2016, al comma 7, prescrive i criteri di partecipazione alle gare, i quali devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese, in applicazione anche del disposto comunitario in materia[32]. Sono qualificate come

[30] V. per approfondimenti sul punto, Lopilato V., *Il riparto delle competenze fra Stato e regioni nel Codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it; Pizzolato F., *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, Il diritto dell'Economia; Costa P., *L'ordoliberalismo della Corte costituzionale? Sul ripetuto tentativo di giustificazione giustificazione di un modello economico*, in Il diritto dell'economia, 2015.

[31] Tale frammentazione, tuttavia, ha un altro risvolto della medaglia: la esiguità degli importi messi a base d'asta dissuadono le imprese alla partecipazione, con la conseguenza che, di fatto, si va a creare un mercato per le sole imprese locali, restringendo quindi la concorrenza.

[32] La disposizione normativa deriva, infatti, dal recepimento della Comunicazione della Commissione Europe,

ISSN 2036-7821

micro imprese quelle con meno di 10 dipendenti; le piccole imprese sono, invece, quelle che hanno dai 10 ai 49 dipendenti; per medie imprese si intendono quelle che hanno dai 50 ai 249 dipendenti. A rafforzamento della previsione che impone la partecipazione delle PMI alle procedure di gara si richiama l'art. 51, comma 1, del Codice appalti secondo cui "*nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettere qq), ovvero n lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), in conformità alle categorie o specializzazione nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. E' fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonchè di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti*"[33]. Secondo l'AGCM, affinché si realizzi un effettivo confronto competitivo tra le imprese partecipanti, il numero dei lotti deve essere inferiore al numero dei partecipanti alla gara.

Tuttavia, fermo restando il principio giurisprudenziale secondo cui la suddivisione in lotti costituisce la regola generale a tutela della concorrenza e che la scelta di suddivisione in lotti è soggetta ad una valutazione discrezionale della P.A. non sindacabile dal punto di vista della mera opportunità, a garanzia dell'ampia partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, come bilanciamento rispetto all'interesse della suddivisione in lotti è stato previsto un divieto di tale suddivisione con finalità meramente elusive, anche se nel rispetto del principio di "apply or explain", ovvero previa motivazione adeguata che giustifichi la mancata suddivisione in lotti funzionali, che sia riconducibile a ragioni di convenienza economica[34].

4.5. Altro strumento introdotto dalla legge a tutela della concorrenza è la rotazione, finalizzata anche al contrasto di potenziali fenomeni correttivi nell'affidamento della commessa pubblica. Esso trova applicazione nella fase di consultazione degli operatori economici ed è volto ad evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente e la cui posizione di vantaggio è determinata proprio dall'acquisizione delle informazioni durante il pregresso affidamento, nonchè di garantire la redistribuzione delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori

al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle Regioni (c.d. Small business act) adottato il 25.06.2008.

[33] Disposizione, questa, già contenuta nell'art. 2, comma I-bis, del D.lgs. n. 163/2006.

[34] Per approfondimenti, v. Gamberini A., in F. Caringella – M. Giustiniani – P. Mantini (a cura di), Manuale dei Contratti Pubblici, III Edizione, DIKE Giuridica Editrice.

ISSN 2036-7821

potenzialmente idonei. Ecco che, in applicazione di tale principio, l'invito all'affidatario uscente deve essere disposto soltanto in via eccezionale e va adeguatamente motivato, avuto riguardo anche al numero ridotto degli operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del procedente contratto ovvero all'oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento.

Maggiore applicazione di tale principio si configura negli appalti sotto soglia, nei quali è maggiore il rischio del consolidarsi di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte dei singoli operatori del settore, in precedenza aggiudicatari, e soprattutto a livello locale. Il problema della limitazione della concorrenza con riferimento alla rotazione, tuttavia, si configura anche nelle procedure aperte: è ben possibile, infatti, che il bando di gara preveda dei requisiti di partecipazione eccessivamente restrittivi, idonei a determinare una sostanziale limitazione della concorrenza a favore di un solo operatore economico, fino ad addivenire alle ipotesi di bandi fotografia. In tali casi, si configurerebbe un abuso del potere discrezionale attribuito alla P.A. nell'adozione delle scelte di evidenza pubblica.

4.6. Nel settore degli appalti, la concorrenza trova la sua espressa tutela sia nella forma oggettiva, di apertura dei mercati alla concorrenza, sia in senso soggettivo, di parità di accesso agli operatori nel mercato.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici è, oggi, l'art. 30 del D.lgs. n. 50/2016 ad individuare i principi che ispirano l'interno corpus normativo, ponendo in primo piano la qualità delle prestazioni ed i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. L'ambito di applicazione della disciplina degli appalti pubblici svolge, dunque, un ruolo determinante ed una influenza rilevante nell'economia di ciascuno Stato. Ciò trova conferma nella necessità per le pubbliche amministrazioni di trovare un metodo di scelta del contraente che consenta una trasparente, imparziale ed economica gestione del denaro pubblico, a vantaggio della collettività e della qualità ed efficienza della pubblica amministrazione. E sono proprio le procedure ad evidenza pubblica che consentono il rispetto di tali principi, corollario dei quali è la tutela della libera concorrenza tra gli operatori del mercato. La norma aggiunge poi (allo stesso modo che nella versione precedente, v. art. 2 del D.lgs. n. 163/2006), che nell'affidamento dei contratti pubblici le stazioni appaltanti debbano rispettare altresì "*i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità con le modalità indicate nel presente codice*" […] "*le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, fornire o servizi. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese*". L'art. 2 del nuovo codice dei contratti dispone, inoltre, in merito che "*le disposizioni del presente codice sono adottate nell'esercizio della competenza*

ISSN 2036-7821

esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto".[35]

4.7. In materia di concorrenza[36], anche la giurisprudenza recente si è pronunciata a favore della sua tutela affermando che "*le imprese del settore sono legittimate a denunciare dinanzi al giudice amministrativo gli effetti distorsivi della concorrenza determinati da affidamenti diretti non consentiti, facendo valere il loro interesse legittimo all'espletamento di una gara*", in tal caso ponendo l'attenzione su un potere-dovere conferito a ciascun operatore in merito alla tutela della concorrenza, in ausilio alla tutela pubblicistica (Cons. Stato, sez. III, 01.03.2021 n. 1708). Ed ancora, secondo TAR Lazio, Roma, sez. II, 09.04.2021 n. 4190, in materia di concorrenza, "*l'Amministrazione aggiudicatrice è tenuta a garantire ex ante e in astratto il rispetto dei principi di libera concorrenza, di non discriminazione e di trasparenza, nei confronti dei partecipanti alla gara, sicché le è precluso disattendere in ogni modo il valore della certezza delle regole da esse poste in gara (autovincolo) nonché quello dell'affidamento riposto in esse dagli operatori. La violazione di questi principi, una volta consumata, non è sanabile in quanto la convalida degli atti non è comunque in grado di eliminare il vulnus che si è già creato nella procedura di gara e, quindi, nella gestione dell'interesse pubblico*". In tali casi, ferma restando la non applicabilità della misura dell'autoannullamento d'ufficio, in presenza di altri presupposti che legittimino la misura prescelta (ovvero l'interesse pubblico all'annullamento e la comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti), la PA deve provvedere all'annullamento della gara. E proprio in tale ottica, anche Cons. Stato, sez. III, 01.03.2021 n. 1708 ammette la possibilità per le imprese di "*denunciare dinanzi al giudice amministrativo gli effetti distorsivi della concorrenza determinati da affidamenti diretti diretti non consentiti, facendo valere il loro interesse legittimo all'espletamento di una gara*", con la conseguenza di investire ciascun operatore economico di un'aspettativa qualificata alla indizione della gara che consente allo stesso di agire in giudizio per la tutela della propria posizione giuridica soggettiva (v., sul punto, Cons. Stato, sez. V, 08.10.2014 n. 5007). Con riferimento alla posizione degli operatori economici di cui sopra, la giurisprudenza addiviene ad affermare che "*trattasi di un interesse legittimo senza dubbio strumentale rispetto all'ottenimento del "bene della vita" finale (comunque e sempre individuabile nell'aggiudicazione), in relazione a situazioni che sono correlate all'aggiudicazione attraverso un nesso di conseguenzialità diretta; situazioni eccezionalmente prese in considerazione dall'ordinamento alla luce del*

[35] V. sul punto, per ulteriori approfondimenti Fonzi A., *Il principio di concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Giappichelli Editore, 2019.

[36] Sul punto, per maggiori approfondimenti v. AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli Editore, 2020; AA.VV., *Mercato concorrenza regole*, Il Mulino Editore, 2021; Ghidini G., Cavani G., *Proprietà intellettuale e concorrenza. Corso di diritto industriale*, Zannichelli Editore, 2021; Fattori P., Tudino M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino Editore, 2019; Rea M., *Public e private enforcement antitrust. La tutela della concorrenza tra riforme europee e ordinamento italiano*, Editoriale Scientifica, 2020; Clarich M., *Concorrenza e mercato. Antitrust, regulation, consumer welfare, intellectual property*, Giuffrè Editore, 2019.

ISSN 2036-7821

principio di effettività della tutela, nella consapevolezza che diversamente opinando ne risulterebbe inesorabilmente frustrata la tutela del bene finale". Se di pretendesse la prova dell'utile partecipazione ipotetica, gli affidamenti diretti operati in palese e frontale contrasto con le più elementari norme della concorrenza per il mercato finirebbero per sostanziare abusi senza rimedio, "*con definitiva compromissione dell'interesse pubblico alla trasparenza e alla competizione in materia di appalti (interesse pubblico che rimarrebbe affidato alla legittimazione straordinaria di ANAC, ex 211, commi 1-bis e comma 1-ter del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii.)*". Fermo quanto sopra, dunque, con rifermento all'interesse legittimo strumentale e condizionato in capo a ciascun operatore economico, l'azione giudiziale non potrebbe, tuttavia, essere esperita in assenza di qualsivoglia interesse a ricorrere ex art. 100 c.p.c., configurabile nella specie come possibilità di ritrarre una qualche apprezzabile utilità dall'eventuale sentenza di accoglimento che deve permanere per tutto il tempo necessario ad addivenire ad un giudicato. Tale interesse, nella specie, si potrebbe configurare soltanto in capo ai chi effettivamente avrebbe potuto partecipare alla gara non indetta, con la conseguenza che solo in tali casi prevarrebbe la tutela della concorrenza rispetto all'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, espressione dei principi di cui all'art. 97 Cost.

4.8. Proprio per l'importanza attribuita alla concorrenza della legge e riconosciuta da dottrino e giurisprudenza unanimemente, ruolo determinante ai fini della tutela della concorrenza stessa in materia di appalti ricopre anche l'ANAC a cui è attribuito dalla legge un potere di regolazione, monitoraggio, vigilanza e controllo, funzionale a promuovere l'apertura dei mercati e la tutela della concorrenza ai sensi dell'art. 41 Cost. L'ANAC collabora con l'AGCM nella rilevazione di comportamenti aziendali sospetti al fine dell'attribuzione del c.d. rating di legalità[37]. A fronte di tali segnalazioni, l'AGCM interviene prima con i suoi poteri istruttori ed, a seguito di accertamento delle situazioni anticoncorrenziali, con i poteri di enforcement per la eliminazione delle infrazioni commesse, fino alla comminatoria di sanzioni.

Inoltre, Il decreto Salva Italia convertito nella legge n. 214/2011 ha attribuito all'AGCM[38] il potere di agire in giudizio contro gli atti amministrativi che violano la concorrenza ed il mercato. A seguito di tale attribuzione, ove l'AGCM ritenga che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto violativo della disciplina a tutela della concorrenza, emette un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate ed invita la P.A. a conformarvisi entro sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, decorsi i quali l'Autorità può

[37] V. sul punto, Cassano C., *Anticorruzione e concorrenza negli appalti pubblici*, in Amministrazione in Cammino - LUISS

[38] V. sul punto, Bruzzone G., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Arbitri dei mercati - Le autorità indipendenti e l'economia, Bologna, 2012; Mattarella B., Pellissero M., *La legge anticorruzione - Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino 2013; Fidone G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in Giornale di diritto amministrativo, 2015; Vannucci A., *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in Le gare pubbliche: il furuto di un modello, Napoli 2010.

ISSN 2036-7821

presentare, tramite l'Avvocatura generale dello Stato, il ricorso entro i successivi trenta giorni. La giurisprudenza in materia è nel senso di ammettere una incidenza dei provvedimenti emessi dall'AGCM in materia di concorrenza nelle procedure di gara. Resta fermo, tuttavia, che, pur incidendo sulle procedure di gara, le decisioni dell'AGCM non hanno effetto automatico sull'andamento delle stesse. Si richiama, sul punto, il principio chiaramente affermato dal Consiglio di Stato, sez. III, 17.11.2020 n. 7115, secondo cui "*nel giudizio per l'impugnazione del provvedimento Agcm, di accertamento di un'intesa restrittiva e di irrogazione di sanzione pecuniaria, non è tutelabile in via cautelare il pregiudizio fondato sull'esclusione da procedure di affidamento di contratti pubblici. Conformemente alla giurisprudenza della CGUE, l'accertamento della violazione di norme a tutela della concorrenza da parte dell'autorità preposta non determina in via automatica l'esclusione dalla gara di appalto, essendo in ogni caso richiesta una valutazione concreta e specifica della condotta posta in essere dall'operatore. Pertanto, l'esclusione dell'impresa da procedure ad evidenza pubblica non può ritenersi effetto "immediato e diretto" del provvedimento impugnato, e conseguentemente non integra un pregiudizio idoneo a giustificare la misura cautelare richiesta*".

5. Appalti e concorrenza: istituti giuridici di dubbia efficacia.

5.1. In virtù del coordinamento tra la disciplina delle procedura ad evidenza pubblica e della tutela della concorrenza, l'ordinamento disciplina strumenti procedimentali proconcorrenziali che le stazioni appaltanti sono legittimate ad utilizzare per la scelta del contraente e che, invece, possono apparire anticoncorrenziali.

La evidenza pubblica si estrinseca in procedimenti preordinati a far emergere in un atto amministrativo le ragioni per le quali la P.A. stipula uno specifico atto negoziale e l'interesse pubblico che intende perseguire. Le norme che regolano l'evidenza pubblica hanno, di per sé sole giò lo scopo di garantire la trasparenza e la verificabilità del rapporto negoziale instaurato tra la P.A. ed il soggetto privato aggiudicatario, assicurando che la selezione indetta sia volta a garantire la scelta delle migliori condizioni contrattuali per l'amministrazione e l'affidabilità del contraente privato e, dunque, tutelare la concorrenza. E per raggiungere tale finalità, la P.A. può utilizzare procedure tipiche ed atipiche, in applicazione del principio di autonomia contrattuale, ma pur sempre nel rispetto dei principi comunitari e nazionali in materia. Tuttavia, nonostante le prescrizioni normative sopra richiamate, è ben possibile che si configurino nel mondo fenomenico della realtà negoziale ipotesi di "elusione" della concorrenza. E le ipotesi di elusone non si configurano soltanto con riferimento alle ipotesi di applicazione delle fattispecie atipiche, ma anche con riferimento alle fattispecie tipiche.

5.2. Con riferimento alle figure atipiche passibili di configurare una ipotesi di elusione delle regole dell'evidenza pubblica e, di conseguenza, della concorrenza, si fa un cenno all'acquisto di beni immobili mediante la compravendita di cosa futura

ISSN 2036-7821

di cui all'art. 1472 c.c. L'adozione dell'istituto della vendita di cosa futura potrebbe, infatti, determinare la configurabilità di pratiche elusive delle procedure ad evidenza pubblica e collusive. Tuttavia, secondo orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza, sussiste una differenziazione tra la compravendita di cosa futura ed il contratto di appalto di lavori che, pertanto, non possono intrecciarsi. Il contratto di appalto, a differenza del contratto di compravendita di cosa futura, si caratterizza, infatti, per la prevalenza di un facere accompagnato da un risultato determinato; l'oggetto dell'appalto è la elaborazione e trasformazione della materia, che si trasfonde nella creazione di un bene giuridico. Nella vendita, invece, l'elemento essenziale è il trasferimento del bene e l'oggetto del contratto si configura, dunque, in un dare.

Secondo il parere reso dal Consiglio di Stato, si deve, dunque, considerare ammissibile il ricorso alla compravendita di cosa futura "*solo nei ristrettissimi limiti in cui l'opera da realizzare o, meglio, da acquisire, costituisca, secondo un ampiamente motivato e documentato apprezzamento dell'amministrazione, un bene infungibile, con riguardo alle sue caratteristiche strutturali e topografiche ovvero un unicum non acquisibile in altri modi ovvero a prezzi, condizioni e tempi inaccettabili per il piu` solerte perseguimento dell'interesse pubblico*".

5.3. Altro istituto atipico di dubbia concorrenzialità è, poi, il leasing pubblico, contratto atipico che assume svariate forme. In base alla disciplina generale, con il contratto di leasing un soggetto si procura la disponibilità di un bene da lui stesso scelto, che viene acquistato o fatto costruire per suo conto da un soggetto terzo, che lo concede in uso al richiedente per un certo periodo di tempo. Il conduttore si obbliga al pagamento di un canone periodico per tutta la durata del contratto; i rischi di perdita e deterioramento del bene rimangono in capo alla società leasing; alla fine del periodo del leasing, il conduttore può scegliere di acquistare il bene, pagando il prezzo predeterminato, ovvero di prorogare la locazione o restituire il bene. Il leasing operativo, invece, si configura nella ipotesi in cui è lo stesso fornitore del bene a concederlo in leasing all'utente.

Con riferimento a tale contratto, le problematiche si configurano nell'ipotesi in cui il soggetto beneficiario del bene dato in leasing è una pubblica amministrazione e quando il bene oggetto del leasing è un bene immobile. Il leasing pubblico, infatti, potrebbe essere assimilato all'appalto di lavori pubblici ed in quanto tale il caso in cui la P.A. acquisti un bene a mezzo di un contratto di leasing potrebbe configurare una ipotesi di elusione della concorrenza.[39] La giurisprudenza ormai consolidata è addivenuta, però, ad ammettere la legittimità dell'utilizzo di tale strumento finanziario da parte della P.A. previa valutazione di convenienza economica e degli oneri finanziari derivanti, i quali devono risultare sostenibili in riferimento ai valori

[39] V. sul punto decisione Corte dei Conti n. 49/2011.

ISSN 2036-7821

ed ai vincoli di bilancio. Con riferimento specifico, poi, al leasing immobiliare, anche tale forma contrattuale è ammessa per la P.A. purché: 1) vengano mantenute ferme le caratteristiche essenziali del contratto; 2) la realizzazione riguardi un'opera suscettibile di proprietà privata; 3) l'ente pubblico abbia la facoltà di riscattare il bene al termine del contratto. Tale forma contrattuale, infatti, non grava sul bilancio dell'Ente, in quanto non viene qualificata come operazione di indebitamento, né ha patto sul calcolo del saldo ai fini del Patto di Stabilità, ma piuttosto si qualifica come operazione di partenariato pubblico-privato, con allocazione dei rischi di costruzione e disponibilità in capo al concessionario[40].

5.4. Il contratto di sponsorizzazione, anch'esso strumento atipico nelle mani della P.A., è uno degli strumenti utilizzati per realizzare l'interesse pubblico, tenuto conto della scarsità delle risorse finanziarie della Pubblica Amministrazione. Si fa riferimento, in particolare, alla sponsorizzazione passiva, ove è l'amministrazione ad essere lo sponsor. In applicazione di tale forma contrattuale, ogni contributo in beni e servizi, denaro od ogni altra utilità proveniente da terzi vede come contropartita la promozione del nome, marchio od attività del "finanziatore", ovvero una proiezione positiva di ritorno e, sostanzialmente, un ritorno d'immagine. E', anch'esso, un contratto a prestazioni corrispettive (e non un contratto gratuito), mediante il quale la P.A. offre ad uno sponsor la possibilità di farsi pubblicità a fronte del pagamento di un contributo e/o della realizzazione di un'opera per il soddisfacimento dell'interesse pubblico.

La incertezza circa la possibilità di utilizzo da parte della P.A. di tale strumento contrattuale deriva dall'assenza di previsioni normative che regolano la procedura per la scelta dello sponsor privato, alimentando il dubbio che, stante la particolare causa del contratto di sponsorizzazione, l'amministrazione possa scegliere direttamente lo sponsor senza ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica. Tuttavia, secondo orientamento costante nella giurisprudenza e nella dottrina, è necessario che la P.A. proceda alla scelta del contraente sponsor tramite le procedure ad evidenza pubblica, potendo derogarne soltanto in alcuni casi tassativamente previsti dalla legge, in considerazione anche della circostanza che in caso di sponsor non direttamente esecutore dell'opera e/o della prestazione, è necessario che la P.A. preveda nella lex specials di gara strumenti di scelta dell'esecutore in coerenza con i principi di trasparenza, par condicio e concorrenza, altrimenti violando (e non più eludendo) la disciplina relativa alla stipulazione dei contratti con la P.A.[41]

[40] Diverso è, invece, il caso del leasing finanziario il quale ha una finalità essenzialmente di finanziamento e va considerata una operazione di indebitamento, inserita come tale nel calcolo del disavanzo e del debito dell'Ente. In tal caso, la contabilizzazione dell'operazione dovrà seguire il metodo finanziario e la spesa, sia pur affrontata dalla società di leasing, è qualificata come spesa di investimento dell'Ente.

[41] In sostanza, in questi casi si ci troverebbe di fronte ad un esecutore scelto fiducariamente dallo sponsor, a sua volta scelto fiduciariamente dalla P.A.

ISSN 2036-7821

5.5. La finanza di progetto (c.d. project financing) è un altro strumento in bilico tra proconcorrenzialità ed anticoncorrenzialità. Essa è definita come il finanziamento concesso ad una particolare unità economica, soggetto o gruppo, nel quale il finanziatore fa affidamento sui flussi di reddito di quell'unità come fonte di fondi per il rimborso di un prestito, o sul patrimonio dell'unità come garanzia per lo stesso. Il prestito in questione mira alla realizzazione di una particolare opera e/o attività, in ragione del fatto che dal ritorno economico di tale opera e/o attività dipende in definitiva la remunerazione del finanziatore. Nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, la finanza di progetto rientra nel fenomeno della concessione di costruzione e gestione.
Il corrispettivo per la realizzazione dell'opera consiste nella gestione del servizio connesso all'opera realizzata, in linea generale. Proprio per tale natura, la finanza di progetto può costituire una pericolosa forma di limitazione della concorrenza in ordine all'aggiudicazione dei servizi, in quanto mediante tale strumento giuridico i soggetti privati si assicurano l'affidamento in gestione di opere pubbliche e/o servizi pubblici per un periodo più o meno lungo, necessario per ripagare i costi di realizzazione dell'opera e/o prestazione del servizio, in luogo dell'attivazione della ordinaria procedura di gara.
5.6. Con riferimento, poi, agli istituti codicistici a tutela della concorrenza, dottrina e giurisprudenza ne hanno individuato alcuni che, accanto a quelli atipici di cui sopra, di fatto possono essere interpretati ed utilizzati ad elusione della concorrenza stessa.
Preme evidenziare, in premessa, che tutta la disciplina dei contratti pubblici è volta alla massima partecipazione ed alla par condicio degli operatori economici alle procedure di affidamento. Del resto, uno dei principi cardine del codice degli appalti è proprio la concorrenza (v. a tal fine l'art. 30 del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii.)[42], che

[42] L'art. 30 così dispone "*1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualita' delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicita', efficacia, tempestivita' e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresi', i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalita', nonche' di pubblicita' con le modalita' indicate nel presente codice. Il principio di economicita' puo' essere subordinato, nei limiti in cui e' espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonche' alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico. 2. Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi. 3. Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X. 4. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni e' applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente piu' rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attivita' oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente. 5. In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarita' contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'articolo 105, impiegato nell'esecuzione*

ISSN 2036-7821

trova una deroga unicamente in caso di affidamento diretto nelle ipotesi tassativamente individuate dalla legge all'art. 36. Le procedure "ordinarie" previste dal Codice appalti ai fini dell'affidamento dei contratti di appalto e concessione di lavori, servizi e forniture incarnano, invece, pienamente i principi di cui all'art. 30 del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. Si tratta, in particolare: 1) della procedura aperta; 2) della procedura negoziata; 3) della procedura ristretta[43].

Le procedure aperte si configurano quali massima espressione della concorrenza, in quanto aperte a qualsivoglia operatore economico interessato alla loro partecipazione, che possegga i requisiti previsti dal bando. In tal caso, chiunque può presentare un'offerta, secondo le modalità previste dalla lex specialis di gara. Le procedure ristrette, invece, permettono una concorrenza condizionata agli inviti formalizzati dalla stazione appaltante, tra soggetti, dunque, scelti. Seppur vero che ogni operatore economico può chiedere di partecipare alla procedura di gara presentando richiesta, è anche vero che è la stazione appaltante che sceglie di invitare gli operatori economici a cui richiedere la presentazione dell'offerta. Infine, le procedure negoziate limitano ancor più la concorrenza, pur nei limiti consentiti, in quanto consentono alla stazione appaltante - ferma restando la necessità di invitare un numero di operatori previsto per legge - di consultare gli operatori economici scelti e negoziare con uno o più di essi le condizioni dell'appalto.

5.7. Ferma restando la evidente natura proconcorrenziale - seppur con differenti gradi di apertura - delle procedure di gara sopra evidenziate nelle forme ordinarie di

---

del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile. 5-bis. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni e' operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformita', previo rilascio del documento unico di regolarita' contributiva. 6. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al comma 5, il responsabile unico del procedimento invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'articolo 105. 7. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese. 8. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attivita' amministrative in materia di contratti pubblici nonche' di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile".

[43] Per approfondimenti v. Cianflone A., Giovannini G., *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè Editore, 2021; AA.VV., *Guida agli appalti pubblici*, Il Sole 24 Ore, 2021; Giustiniani M., Fontana P., *Le gare pubbliche . Guida alle fasi di formazione dei contratti pubblici*, Dike Giuridica Editrice, 2021; Armenante F., *Le procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Giuffrè Editore, 2020; Corradino M., Sticchi Damiani S., *Nuovi appalti pubblici. Commento al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche ed integrazioni*, Giuffrè Editore, 2021; Sandulli A., De Nictolis R., *Trattato sui contratti pubblici - III - Vol. 3 - Procedure di gara e criteri di scelta del contraente*, Giuffrè Editore, 2019; Giovagnoli R., Chieppa R., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2021; Galli D., Gentile D., Corradino M., *I contratti pubblici*, Ipsoa, 2017.

ISSN 2036-7821

affidamento, l'attenzione va posta, piuttosto, sugli istituti di dubbia concorrenzialità. Si fa riferimento, in particolare, ai r.t.i., alle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, all'avvalimento, al dialogo competitivo ed al partenariato pubblico.[44]

5.8. I raggruppamenti temporanei di imprese sono individuati dall'art. 48 del D.lgs. n. 50/2016 come riunione di operatori economici che partecipano, in raggruppamento, alla procedura di gara. Si parla di raggruppamenti di tipo verticale quando in un gruppo di operatori economici uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; si parla di raggruppamenti di tipo orizzontale quando il gruppo di operatori economici realizza i lavori della stessa categoria.[45] Differente è la disciplina del raggruppamento di tipo orizzontale o verticale nell'ambito delle forniture o dei servizi: si intende per verticale il raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o forniture indicati come principali, anche in termini economici, ed i mandanti quelle indicate come secondarie; si intende per orizzontale il raggruppamento in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione.

La funzione propria del raggruppamento temporaneo di imprese è quella di creare una sinergia tra imprenditori al fine di garantire loro la partecipazione ad una gara, senza che ciò comporti necessariamente la creazione di un autonomo soggetto di diritto, né la costituzione di una stabile organizzazione di impresa, mediante la creazione di una realtà soggettiva transitoria, in cui vari operatori economici cooperano nella realizzazione dell'opera mediante la commistione delle proprie competenze e mediante la ripartizione del rischio d'impresa e del costo finanziario ed economico, secondo il modello del mandato con rappresentanza.

Dalla configurazione di questo nuovo soggetto di diritto ne derivano, in prima battuta, effetti positivi. In primo luogo, si consente a piccole e medie imprese[46], che sole non avrebbero potuto partecipare alla procedura di gara, di prendervi parte; si conferisce una maggiore garanzia economico-finanziaria alla stazione appaltante; si garantisce una maggiore efficienza tecnica e specializzazione nell'esercizio dell'attività oggetto dell'appalto. Ecco che il raggruppamento temporaneo di imprese diventa uno strumento efficiente e proconcorrenziale, soddisfacendo le esigenze sia della disciplina dei contratti pubblici che della tutela della concorrenza.

Tuttavia, nell'applicazione concerta si configurano casi di utilizzo distorto del

[44] V. per maggiore approfondimento, anche Martini B., *Il principio di concorrenza con particolare riferimento alla figura dell'organismo di diritto pubblico*, in www.justowin.it

[45] V. a tal proposito Bertini F., *Brevi note in tema di associazioni temporanee di imprese: pratica lecita o intesa vietata?*, in Giur. merito, fasc. 6, 2008, pag. 1721.

[46] Le piccole e medie imprese con la nuova disciplina dei contratti pubblici hanno, peraltro, maggiori possibilità di partecipare anche in via autonoma alle procedure di scelta del contraente in virtù della predilezione per la divisione in lotti degli appalti, garantendo così ai massimi livellianche la concorrenzialità ed il libero mercato.

ISSN 2036-7821

modello del r.t.i. che ledono, di fatto, la concorrenza. Ed infatti, con riguardo ai requisiti che gli operatori devono possedere per la partecipazione alla gara, quelli di moralità e di affidabilità devono essere posseduti da tutti i partecipanti al raggruppamento; per quel che concerne, invece, i requisiti di idoneità tecnica e di solidità economica l'AGCM e la giurisprudenza prevalente hanno ritenuto che tali requisiti dovessero rispondere ad esigenze oggettive della pubblica amministrazione. Per la frazionabilità di tali requisiti di capacità tecnica ed economica, dunque, risulta rilevante la disposizione della lex specialis di gara in materia. Secondo altro orientamento giurisprudenziale, tuttavia, nel caso in cui l'opera venga realizzata dalle imprese con prestazioni diverse e complementari tra di loro, è necessario per la stazione appaltante abbia almeno la garanzia che i partecipanti al raggruppamento possiedano la totalità dei requisiti richiesti per la prestazione che si impegnano ad eseguire, a nulla rilevando, in tal caso, la migliore condizione della mandataria o di altre imprese mandanti, ed a nulla rilevando la ratio sottesa a fondamento dell'istituto del raggruppamento temporaneo. Tesi mediana, infine, ritiene che, ai fini della regolare partecipazione del raggruppamento temporaneo alla gara, è necessario valutare cosa richieda il bando in merito ai requisiti di capacità tecnica ed economica. Ne consegue che, ove il bando richieda per una determinata opera requisiti in un certo quantitativo in capo a tutti i partecipanti alla procedura di gara, a nulla giova la circostanza che tali requisiti nella misura prescritta nel bando siano posseduti dal r.t.i. nel suo insieme.[47]

Proprio con riferimento al possesso dei requisiti di cui all'art. 83 del Codice appalti, questo accordo tra imprese per la partecipazione alla procedura di gara potrebbe sembrare una forma di intesa restrittiva della concorrenza. Ma, a ben vedere, pur configurandosi una ipotesi di riduzione del numero dei concorrenti e pur sussistendo una ipotesi di limitazione dell'autonomia contrattuale delle parti, prevale comunque la valutazione degli effetti positivi che possono derivare dalla intesa temporanea, sia in termini di vantaggi per il consumer welfare, sia in termini di dinamiche

[47] Anche l'AGCM si è mostrata, nelle proprie decisioni, favorevole a forme di raggruppamenti temporanei di imprese di tipo verticale, in quanto consentono ad imprese che operano in varie fasi della filiera di presentare un unico progetto d'opera che individualmente non sarebbero in grado di presentare per poter partecipare alla gara. Diverso è il discorso con riferimento ai raggruppamenti temporanei di imprese di tipo orizzontale costituiti da imprese che producono il medesimo bene o servizio. In questo caso l'AGCM ha rilevato una loro funzione anticoncorrenziale, ove le imprese partecipanti al r.t.i. siano dotate di una dimensione e capacità produttiva sufficienti per lapartecipazione autonoma alla procedura di gara. Secondo l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, infatti, posto che una corretta procedura di gara deve garantire la più ampia partecipazione di soggetti interessati al processo di selezione, ove, invece, le imprese raggruppate siano in grado di partecipare da sole alla procedura di gara essendogià in possesso dei requisiti richiesti, in tal caso è necessario un intervento in merito della stazione appaltante a tutela della concorrenza. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui i raggruppamenti temporanei di imprese siano partecipati dall'operatore incumbent, consentendo così allo stesso di mantenere il proprio bacino d'utenza e la propria predominanza nel settore interessato. Si configurano, così, dei raggruppamenti temporaneic.d. non necessari o sovrabbondanti che determinano una ripartizione in concreto del mercato in quanto tali vietati ai sensi dell'art. 101 TFUE (ex art. 81 TCE).

ISSN 2036-7821

concorrenziali, sotto forma di incrementi di efficienza che incidono sui consumatori, non determinandosi, dunque, alcuna compromissione della concorrenza.[48] Non si tratterebbe, in tali casi, di intesa giustificata in quanto benefica ai sensi dell'art. 101 comma 3 TFUE e dell'art. 4 della legge n. 287/1990. L'art 4 dispone, infatti, che "*L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2, che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessita' di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità di cui al presente comma né può consentire che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato. 2. L'Autorità può revocare il provvedimento di autorizzazione in deroga di cui al comma 1, previa diffida, qualora l'interessato abusi dell'autorizzazione ovvero quando venga meno alcuno dei presupposti per l'autorizzazione. 3. La richiesta di autorizzazione e' presentata all'Autorità, che si avvale dei poteri di istruttoria di cui all'articolo 14 e provvede entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta stessa*".

Peraltro, si consideri altresì la circostanza secondo cui nel nostro ordinamento non esiste una norma che vieti la creazione di c.d. rti sovrabbondanti, purché non violino le prescrizioni a tutela della concorrenza. In proposito l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha affermato che l'ammissibilità di una clausola di esclusione di r.t.i. sovrabbondanti è strettamente connessa al principio di proporzionalità; di conseguenza, l'esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese c.d. sovrabbondante intanto è ammissibile in quanto in concreto lo stesso incida negativamente sulla libera concorrenza, in violazione delle disposizioni di cui all'art. 101 TFUE ed all'art. 2 della legge n. 287/1990.[49] Se, invece, tale

[48] Ai sensi dell'art. 2 del D.lgs. n. 50/2016 la disciplina dei contratti pubblici è improntata alla tutela della concorrenza. Al comma 1 la norma prevede, infatti, che "*Le disposizioni contenute nel presente codice sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui e' riconducibile lo specifico contratto*".

[49] Secondo l'Autorità è, dunque, ammessa tale clausola immediatamente escludente per i raggruppamenti temporanei di imprese sovrabbondanti solo se la clausola espliciti le ragioni della possibile esclusione in relazione alle esigenze del caso concreto; l'esclusione del r.t.i. non sia automatica, essendo la stazione appaltante tenuta a dimostrare la sussistenza di rischi concreti e attuali di collusione delle imprese partecipanti alla gara in raggruppamento; la valutazione della stazione appaltante, relativa alla sussistenza dei possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, tenga conto delle giustificazioni che le imprese partecipanti al r.t.i. forniscono al momento della presentazione della domanda o su richiesta della stazione appaltante.V. anche parere ANAC 21 maggio 2014, n. 114 sulla legittimità della c.d. clausola antitrust. L'ANAC a tal proposito ha chiarito che non è ammissibile una clausola di tal genere che vieti in via generale la partecipazione alla gara ai raggruppamenti sovrabbondanti, trattandosi di clausola escludente in contrasto con il principio di tassatività di cui all'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016 (ex. Art 46, comma 1 bis, del vecchio Codice dei

ISSN 2036-7821

raggruppamento non ha effetti proconcorrenziali ma si presta a rappresentare uno strumento utile ad elevare artificialmente i requisiti di partecipazione e, per le imprese, ad essere un mezzo idoneo a realizzare una spartizione del mercato e ad escludere potenziali concorrenti, allora dovrà trovare applicazione il divieto di cui all'art. 101 TFUE.

5.9. Il D.lgs. n. 50/2016, in recepimento della direttiva n. 24/2014/UE, ed in particolare dell'art. 63, ha innovato la regolamentazione delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara. Trattasi di procedure di scelta del contraente che le amministrazioni aggiudicatici possono utilizzare nei casi previsti dalla legge, dando adeguata motivazione della scelta nel primo atto della procedura. Anche in riferimento a tale strumento di scelta del contraente si è posta la questione in dottrina ed in giurisprudenza circa la sua lesività con riferimento alla concorrenza, alla par condicio ed alla libertà di mercato. Secondo orientamento prevalente, tale procedura negoziata trova una sua ratio giustificativa nella tassatività delle ipotesi e nella valutazione che ne da la giurisprudenza di strumento avente "*carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, per cui la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza*" (Cons. Stato, sez. 3, 18.01.2018, n. 310). La procedura, inoltre, tiene conto della tutela della concorrenza, imponendo la normativa di settore che la scelta del contraente avvenga sulla base di una rosa di almeno cinque operatori economici che si ritengano idonei. L'art. 63, poi, individua - a differenza della disciplina normativa precedente - le ipotesi in cui la stazione appaltante può usufruire dei vantaggi e della celerità della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, che sono riconducibili a situazioni in cui non esiste una reale ipotesi di concorrenza.

5.10. L'avvalimento si configura quando un operatore economico, in possesso di parte dei requisiti per la partecipazione alla gara, si avvale, per i requisiti mancanti, di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83 del D.lgs. n. 50/2016, di un'altra impresa.[50] In tal caso, la legge impone che in allegato alla domanda di partecipazione l'operatore economico depositi anche un contratto di avvilimento nel quale siano individuati specificatamente, a pena di nullità, i requisiti forniti e le risorse messe a disposizione dalla impresa ausiliaria a favore dell'impresa ausiliata concorrente.

---

contratti pubblici). A tal fine, dunque, è la stazione appaltante che deve procedere alla valutazione in concreto della possibile sussistenza di cause di anticoncorrenzialità, e solo ove accerti - a seguito anche dell'audizione delle parti interessate - chela formazione del raggruppamento temporaneo abbia avuto ad oggetto o per effetto quello difalsare o restringere la concorrenza, procederà alla esclusione dalla gara.

[50] V. a tal proposito anche Cannizzaro E., Iannucci M., Caroli L., Ventura S., Scamoni C., *Avvalimento e concorrenza*, in www.diritto24.ilsole24ore.it

ISSN 2036-7821

Da tale disciplina se ne dovrebbe desumere una valutazione positiva in termini di proconcorrenzialità dell'istituto dell'avvalimento in quanto, in primo luogo, consente ad un'impresa di partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica a cui altrimenti non avrebbe potuto partecipare in mancanza di requisiti prescritti nella lex specialis di gara; inoltre, determina una maggiore garanzia per la stazione appaltante in virtù del fatto che il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stessa in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di avvalimento.

Secondo altro orientamento della giurisprudenza e della dottrina, tuttavia, lo strumento dell'avvalimento può produrre anche effetti anticoncorrenziali. E ciò giustificherebbe la disciplina interna in materia, più dettagliata rispetto a quella europea, in relazione al riconoscimento in capo alla stazione appaltante del potere di verifica in concreto della sussistenza dei requisiti generali e speciali in capo alle imprese parti del contratto di avvalimento. Inoltre, non è possibile per la impresa ausiliaria esserlo per più di un concorrente, al fine evidente di evitare che le offerte formulate dai concorrenti nella procedura di gara siano frutto in qualche modo di scelte congiunte da più imprese. Inoltre, vige il divieto di avvalimento frazionato, ovvero della possibilità per un concorrente di avvalersi di requisiti di diverse imprese ai fini della partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica. Attraverso tale istituto le imprese potrebbero, infatti, accordarsi sulla spartizione del mercato oggetto di gara, e ciò sia in forma esplicita (ove le imprese stabiliscano prima della gara una ripartizione delle capacità che sono oggetto di avvalimento), falsando ex ante la concorrenza; ovvero anche in maniera implicita (mediante il coordinamento delle imprese che, sulla base delle loro caratteristiche e di quelle della fornitura, del servizio ovvero dei lavori, si accordano per non competere su quella o altre gare di settore). Classico esempio di uso anticoncorrenziale dell'avvilimento si verifica quando un operatore, pur essendo in possesso di tutti i requisiti per la partecipazione alla gara, dichiari di volersi avvalere di un altro soggetto. Tale forma distorta di avvalimento determina una compressione della concorrenza, in primo luogo perché consente alla impresa che si è avvalsa dell'ausiliaria di avere una posizione di prevalenza rispetto alle altre concorrenti nella procedura di gara; in secondo luogo, perché impedisce alla impresa ausiliaria di partecipare autonomamente alla procedura stessa; infine, perché scoraggia la partecipazione di altre imprese alla procedura ad evidenza pubblica.

5.11. Il dialogo competitivo è uno strumento di scelta del contraente con effetti negoziali che agevola e semplifica l'operato della stazione appaltante ai fini del soddisfacimento dell'interesse pubblico oggetto di gara.[51] Esso è uno strumento

[51] V. a tal proposito anche Fazzone A., *Il rinnovato dialogo competitivo nella direttiva 2014/24/UE: l'occasione per un'inversione di tendenza?*, in www.lab-ip.net.

ISSN 2036-7821

congegnato per far fronte alle necessità informative e conoscitive in materie tecniche della stazione appaltante che deve realizzare appalti complessi; è caratterizzato da una procedura flessibile in grado di consentire alla stazione appaltante di realizzare progetti innovativi al miglior prezzo mediante l'utilizzo di differenti risorse scelte tra le migliori sul mercato; consente di ridurre il rischio di comportamenti opportunistici da parte degli operatori tramite lo strumento concorrenziale che connota in special modo la fase finale post-dialogo per la selezione delle offerte; permette di uniformare gli effetti sfavorevoli dell'asimmetria informativa tra la stazione appaltante e gli operatori concorrenti. Dopo la scelta della soluzione più adeguata a fronte delle proposte avanzate dai singoli operatori economici, infatti, la stazione appaltante invita i concorrenti individuati a presentare le loro offerte finali in base alle soluzioni presentate e specificate nella fase di dialogo.

Le difficoltà applicative dello strumento di dialogo competitivo si rinvengono, però, proprio nella flessibilità di tale procedura di scelta, che a volte mal si concilia con la necessità di rispettare i principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento ed effettività e, quindi, della concorrenza, in contemperamento con le esigenze di riservatezza e tutela del know-how dei soggetti partecipanti. A ben vedere, tale procedura, se posta in essere nei limiti di legge, non solo non distorce la concorrenza ma, anzi, diventa strumento proconcorrenziale per eccellenza. E ciò trova conferma nel fatto che la procedura è fondata su valutazioni comparative e simultanee di tutte le soluzioni alternative effettivamente offerte dal mercato in relazione al soddisfacimento di un dato bisogno, in modo da determinare una scelta più consapevole e dinamica e veritiera e concreta della pubblica amministrazione procedente. Peraltro, il dialogo competitivo è l'unica procedura che riconosce tutela anche alle idee non coperte da diritto di proprietà intellettuale. La norma, infatti, prevede che solo con il consenso del soggetto interessato è possibile per la stazione appaltante rivelare la soluzione dallo stesso proposta agli atri concorrenti, intesa in questo caso non come una deroga generale *"ma [come] […] riferito alla comunicazione di informazioni specifiche espressamente indicate"*.[52]

5.12. Accanto al dialogo competitivo, quale forma concorsuale di idee, l'art. 65 del Codice dei contratti pubblici prevede, poi, che le amministrazioni aggiudicatitici e gli enti aggiudicatari possano ricorrere alle procedure di partenariato pubblico per l'innovazione nei casi in cui l'esigenza di sviluppare progetti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, servizi o lavori che ne risultino non trovi soddisfacimento mediante soluzioni già disponibili sul mercato. Nei documenti di gara si devono fissare i requisiti minimi che gli operatori economici devono rispettare per poter presentare una domanda di partecipazione alla procedura e presentare i loro progetti innovativi che, se scelti, verranno realizzati.

[52] Art. 64 cit.

ISSN 2036-7821

Sono, infatti, soltanto gli operatori economici invitati dalle pubbliche amministrazioni, a seguito di valutazione delle informazioni presentate, che possono partecipare alla procedura di negoziazione.
Trattasi di una procedura dinamica strutturata in varie fasi, ciascuna delle quali con il proprio grado di flessibilità, che consente una modifica delle proposte presentate fintanto che non si arrivi alla proposta definitiva, al fine di meglio adeguarla alle esigenze del caso concreto. Resta fermo, tuttavia, che i requisiti minimi richiesti dalla lex specialis di gara non possono essere variati, e ciò a tutela della par condicio degli operatori e della tutela della concorrenza, onde evitare situazioni di accordi collusivi tra stazione appaltante ed operatori o tra gli operatori stessi. Peraltro, a garanzia di tali principi la norma espressamente impone una minuziosa specificazione dei modi di procedere della stazione appaltante per la scelta del miglior offerente, ivi compresa la volontà di avvalersi di una valutazione delle capacità di ricerca ed innovazione per la riduzione del numero di coloro i quali potranno procedere alla progettazione delle soluzioni richieste. Anche in tal caso, dunque, si tratta di una procedura che in una prima fase coinvolge tutti gli operatori che volessero parteciparvi, ed in una seconda fase si restringe soltanto agli operatori che vengano scelti dalla stazione appaltante in virtù di una valutazione fondata su criteri tecnici previsti espressamente dalla lex specialis di gara.
In tale contesto si potrebbe ben pensare ad una ipotesi collusiva degli offerenti, in quanto tale lesiva della concorrenza. A garanzia della stessa, tuttavia, è la norma che impone alla stazione appaltante il segreto sulle informazioni relative a progetti di ricerca e per l'innovazione presentati da ciascun operatore economico, e la non diffusione, se non con il consenso di quest'ultimo. Si proteggono, in questo caso, anche idee non coperte da diritto di proprietà intellettuale. E', inoltre, imposto alla stazione appaltante il dovere di invitare, a seguito di valutazione, comunque un numero minimo di operatori al fine di garantire in via concreta la concorrenza tra gli stessi.
5.13. Allo stesso modo, l'organismo di diritto pubblico è una figura giuridica che, dal punto di vista delle procedure di evidenza pubblica, seppur formalmente privata, esercitando attività di interesse generale non rientrante nel libero mercato, è passibile di elusione delle norme della concorrenza. L'organismo di diritto pubblico rappresenta lo strumento essenziale di riequilibrio di mercato secondo i principi sanciti dall'ordinamento europeo valevoli per gli Stati membri, e rimedio imminente all'urgenza emersa nella fase storica relativa al fenomeno delle privatizzazioni.
La Corte di Giustizia Europea ha ritenuto irrilevante la veste formale di natura privatistica degli enti di diritto pubblico qualora, per le caratteristiche dell'attività esercitata, gli stessi possano ritenersi estranei ai meccanismi competitivi e virtuosi tipici degli operatori del libero mercato, con la conseguenza che anche per l'organismo di diritto pubblico si palesa una obbligatorietà della scelta del contraente

ISSN 2036-7821

mediante forme di evidenza pubblica.
A contrario, un soggetto che opera in condizioni normali di mercato, che mira alla realizzazione del profitto e che sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività, non va considerato un O.D.P. (organismo di diritto pubblico) in quanto è lecito presumere che lo stesso sia stato costituito allo scopo di soddisfare esigenze di interesse generale di carattere e natura industriale e/o commerciale. Per O.D.P., dunque, si deve intendere un soggetto: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) finanziato per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico.
Tuttavia, secondo la teoria dell'organismo di diritto pubblico in parte qua, che ha di fatto soppiantato la teoria del contagio, l'O.D.P. è tale solo con riferimento ad attività di interesse generale come sopra richiamate, ben potendo assumere differente qualifica, con tutto ciò che tale differenziazione ne consegue, con riferimento alle altre attività esercitate, rispondendo ai criteri industriali o commerciali nell'ambito del mercato concorrenziale[53].
5.14. Pur prescindendo dagli istituti specificatamente individuati dalla legge come necessari per la scelta del contraente che siano valutabili come pronconcorrenziali o meno a seconda dell'utilizzo che la stazione appaltante ne faccia, ci sono dei casi in cui la interferenza tra tutela della concorrenza e tutela della scelta del miglior contraente per la realizzazione dell'interesse pubblico si intersecano a tal punto da determinare un'unica generale violazione delle norme di diritto interno. Si fa riferimento, in particolare, al caso in cui il comportamento anticoncorrenziale derivi direttamente da un vizio della lex specialis di gara e, nello specifico, dei criteri di valutazione delle offerte. In questo caso l'amministrazione deve esercitare il proprio potere di autotutela, altrimenti intervenendo il giudice amministrativo per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.
Altro caso concerne il comportamento anticoncorrenziale di un concorrente che venga segnalato dall'AGCM nel corso della procedura di gara. In questo caso, la stazione appaltante deve procedere in via ordinaria all'esercizio del proprio potere discrezionale di scelta del contraente ma, all'esito dell'accertamento, potrà riesaminare i propri provvedimenti di scelta nell'esercizio del potere di autotutela, revocando l'aggiudicazione eventualmente già avvenuta, e con effetti indiretti anche sui contratti eventualmente stipulati nell'ottica dell'esercizio del potere di autotutela pubblicistica esterna.
Altro caso peculiare si configura quando, nel corso della procedura di gara, intervenga una decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che

[53] L'impresa pubblica, invece, a differenza dell'O.D.P., opera al di fuori della concorrenza, svolgendo attività di carattere commerciale ed industriale.

ISSN 2036-7821

accerti la sussistenza di un illecito anticoncorrenziale in capo ad un concorrente. L'amministrazione procedente, ricorrendone i presupposti, deve esercitare il proprio potere di autotutela determinando la caducazione dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione in capo all'operatore sanzionato. Infine, se durante lo svolgimento della gara interviene una sentenza di secondo grado che accerti la sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale, la stazione appaltate deve adottare i propri poteri di autotutela, anche avverso il provvedimento di aggiudicazione.
In tutte queste situazioni emerge, tuttavia, pur sempre la prevalenza dell'autonomia valutativa discrezionale della stazione appaltante in merito all'affidabilità ed all'adeguatezza del soggetto scelto come aggiudicatario, nonostante la sussistenza di provvedimenti, anche definitivi, che accertino illeciti nell'ambito della concorrenza in capo ad uno dei partecipanti alla gara stessa. Ne consegue, dunque, una situazione di non ingerenza - e quasi estraneità, come se si trattasse di due fattispecie differenti - tra le pubbliche amministrazioni coinvolte nel procedimento di gara in ciascuna delle proprie sfere di competenza, pur nell'ottica di tutela dell'interesse pubblico e nonostante i provvedimenti dall'una emanati debbano in qualche modo influenzare la decisione dell'altra amministrazione. Le ipotesi di ingerenza dell'AGCM nella sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione procedente si ritengono, dunque, eccezionali e si giustificano proprio perché, in carenza di competenza delle stazioni appaltanti in materia antitrust, è l'Autorità di controllo che deve intervenire, imponendo alla stazione appaltante di destinare il proprio potere di autotutela al ripristino di una situazione concorrenziale[54].

6. Le gare indette da CONSIP S.p.a.

In Italia la gestione delle gare pubbliche, fino alle ultime riforme in materia, risultava frammentata in un numero indefinito di stazioni appaltanti, che comportavano la indizione di procedure ad evidenza pubblica spesso per importi poco elevati. Tale frammentazione, pur garantendo la partecipazione anche delle P.M..I., determina - di fatto - la creazione di tanti piccoli mercati locali, di fatto aperti soltanto alle imprese locali in virtù anche degli importi modesti dei contratti messi a base di gara, che si configurano quale disincentivo per le imprese non locali, le quali dall'aggiudicazione dell'appalto ricaverebbero profitti minori rispetto alle imprese locali. Ecco che anche in Italia è stato introdotto il sistema di centralizzazione delle commesse pubbliche, mediante la istituzione delle centrali uniche di committenza.[55] La norma

[54] V sul punto, Facondini L., *I contratti pubblici e la tutela della concorrenza*, in *www.diritto.it*; AA.VV., *Appalti pubblici e concorrenza - progetto concorrenza di Confindustria*; Perin R.C., Rocca G.M., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in Diritto Amministrativo - rivista trimestrale - fascicolo n. 2/2010.

[55] V. a tal proposito anche Midiri M., *Il T.a.r., la Consip e il ginepraio delle leggi*, in lamministrativista.it, fasc. 31.10.2017; Di Sciascio A. F., *La centralizzazione degli acquisti, la dimensione dei lotti ed il principio di concorrenza, Nota a Cons. Stato, sez. V 6 marzo 2017, n.1038*, in Urbanistica e appalti, 2017, fasc. n. 3, pag. 380-386; Quaglia G., *Appalti pubblici "Syndacates" aderenti ai "Lloyd's of London" - verifica della sussistenza del*

ISSN 2036-7821

che ha dato origine a tale centralizzazione è l'art. 26 della legge finanziaria per il 2000 (l. 23.12.1999 n. 448), il quale dispone che con procedure competitive si sarebbe dovuto procedere alla selezione di società di consulenza specializzate, tra primarie società nazionali ed estere, a cui affidare l'indizione di gare centralizzate per l'acquisizione di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni e per la stipula di convenzioni tipo. Con il d.m. 24.02.2000 il Ministero dell'economia e delle finanze ha affidato a Consip s.p.a. (precedentemente CON.S.I.P. - Concessionaria Servizi Informativi Pubblici) le funzioni di struttura di servizio per gli acquisti di beni e servizi per le pubbliche amministrazioni, senza procedere, tuttavia, ad una selezione come richiesta dall'art. 26 sopra citato. Fondamento normativo della scelta di Consip S.p.a. e delle funzioni alla stessa attribuite è la legge finanziaria del 2001, che all'art. 58 dispone espressamente che "*le convenzioni di cui al citato articolo 26 sono stipulate dalla Concessionaria sevizi informativi pubblici (CONSIP) S.p.a., per conto del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, ovvero di altre pubbliche amministrazioni […], e devono indicare, anche al fine di tutelare il principio della libera concorrenza e dell'apertura dei mercati, i limiti massimi dei beni e dei servizi espressi in termini di quantità. Le predette convenzioni indicano altresì il loro periodo di efficacia*".[56]
Nella disciplina in materia di contratti pubblici, l'art. 41 del D.lgs. n. 50/2016 evidenzia la necessità di una generale semplificazione delle procedure di scelta del contraente, e richiama espressamente le convenzioni Consip.[57] In particolare, l'art. 41 in questione prevede l'adozione, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentita la Conferenza unificata, previa consultazione di Consip S.p.a. e dei soggetti aggregatori [58] di "m*isure di revisione ed efficientemento delle procedure di appalto, degli accordi quadro, delle convenzioni e in genere delle procedure utilizzabili*", con il fine ultimo di migliorare la qualità degli approvvigionamenti e ridurre i costi ed i tempi di espletamento delle gare pubbliche. I criteri che la legge prevede ai fini della

c.d. collegamento sostanziale - rinvio pregiudiziale, Nota a ord. Tar Calabria - Catanzaro sez. I 9 marzo 2017, n. 385,in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2017, fasc. n. 2, pag. 507-509; Sabbatini P., *Collusione in appalti: gara "consip, pulizie delle scuole"*, in Mercato concorrenza regole, 2017,fasc. n. 2, pag. 333-335; Fares G., *La disciplina in materia di appalti pubblici sotto soglia e il sistema Consip al vaglio della Corte Costituzionale, nota a C. Cost. 125 novembre 2004, n. 345*, in Giurisprudenza costituzionale, 2004, fasc. n. 6, pag. 3859-3874; Zaramella S., *Appalto Consip: intesa restrittiva della concorrenza, nota a Cons. Stato sez. VI 2 marzo 2004, n. 926*, in Studiumiuris, 2004, fasc. n. 6, pag. 816-817.

[56]Le ulteriori modifiche alla disciplina normativa sono: art. 1, comma 449, della legge 27.12.2006,n. 296; art. 2, commi 573 e 574, della legge 24.12.2007, n. 244; art. 7, del d.l. 7.05.2012, n. 52, conv. in l. 6.07.2012 n. 94; art. 1, del d.l. 6.07.2012 n. 95, conv. in l. 7.008.2012, n. 135; art. 9, del d.l. 24.04.23014 n. 66, conv. in l. 23.06.2014 n. 89; art. 1, commi 508-509-520 del d.l. 28.12.2015, n. 208; art. 1, comma 449, della . 27.12.2016, n. 296.

[57] Anche la giurisprudenza, in merito, dispone che l'adesione volontaria alla convenzione Consip èla opzione privilegiata dal legislatore, in quanto "sorretta da una peculiare presunzione di convenienza" (Cons. Stato, 30.04.2015, n. 2194).

[58] I soggetti aggregatori sono, ai sensi dell'art. 3 del D.lgs. n. 50/2016, "*le centrali di committenza iscritte nell'elenco istituito ai sensi dell'articolo 9, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n.66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89*".

ISSN 2036-7821

attuazione di tale semplificazione sono la "*standardizzazione di soluzioni di acquisto in forma aggregata in grado di rispondere all'esigenza pubblica nella misura più ampia possibile, lasciando a soluzioni specifiche il soddisfacimento di esigenze peculiari non standardizzabili; aumento progressivo del ricorso agli strumenti telematici, anche attraverso forme di collaborazione tra soggetti aggregatori; monitoraggio dell'effettivo avanzamento delle fasi delle procedure, anche in relazione a forme di coordinamento della programmazione tra soggetti aggregatori; riduzione dei costi di partecipazione degli operatori economici alle procedure*". Da ciò se ne deduce la regola di azione della pubblica amministrazione, che la esonera dall'obbligo di motivare la sua adesione. Solo quando la pubblica amministrazione intenda discostarsi dalla convenzione e far ricorso al mercato libero deve farlo motivando con la constatazione circa la maggiore utilità della propria iniziativa rispetto ai parametri della convenzione Consip di settore. Ratio a fondamento di tale presunzione di preferenza per le soluzioni Consip rispetto alle soluzioni reperibili sul mercato libero si configura nella circostanza secondo cui Consip espleta una procedura ad evidenza pubblica centralizzata, finalizzata a conseguire le migliori condizioni sia economiche che tecniche ottenibili sul mercato, per un quantitativo importante di beni e servizi.[59] Il vantaggio primo che ne deriva alla pubblica amministrazione aderente è la migliore scelta reperibile sul mercato al miglior prezzo. Vantaggio indiretto, invece, è il risparmio di attività amministrativa e dei relativi oneri finanziari per l'espletamento della procedura di gara.[60] Con l'entrata in vigore della legge di stabilità 2016, all'art. 1, comma 510, è stato disposto che l'acquisto autonomo fosse soggetto ad una autorizzazione specificatamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo, da trasmettere anche alla Corte dei conti, che tenga conto delle caratteristiche essenziali del bene o del servizio, non in grado di soddisfare lo specifico fabbisogno della P.A. procedente. Alla luce di quanto sopra, appare evidente che il favor per le convenzioni Consip trova, comunque, un limite nei confronti dei superiori interessi di buon andamento, efficienza ed economicità della pubblica amministrazione.[61]

[59] V. a tal proposito Cons. Stato, sez. V, 1.10.2010, n. 7261; Cons. Stato, sez. III, 24.05.2013, n. 2842.

[60] L'art. 1, comma 7, del d.l. 6.07.2012 n. 95, conv. in l. 7.08.2012 n. 135 impone, peraltro, una adesione obbligatoria alla selezione Consip per tutte le pubbliche amministrazioni e le società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta, relativamente ad alcune categoria merceologiche (come, ad esempio, la fornitura di combustibili per il riscaldamento, l'energia elettrica, il gas, i carburanti rete ed i carburanti extra-rete, la telefonia fissa e mobile). La norma, tuttavia, fa salva la possibilità di affidamenti al di fuori di queste modalità purché conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori rispetto a quelli indicati nelle convenzioni Consip o negli accordi quadro. Si fa, in particolare, riferimento a limiti specifici: 10% per la telefonia fissa e mobile, 3% per carburanti, energia elettrica, gas e combustibili per il riscaldamento.

[61] V. a tal proposito anche Fracchia F., I contratti pubblici come strumenti di accentramento, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2015, 1530 e ss.; Corte dei Conti, sez. centrale di controllo sullagestione delle amministrazioni dello Stato, deliberazione 25.05.2017, n. 6/2017/G.

ISSN 2036-7821

7. Orientamenti giurisprudenziali recenti in materia delle gare indette da Consip S.p.a. e l'intervento dell'Antitrust.

7.1. Nel panorama della tutela della concorrenza, Consip S.p.a. ha da sempre avuto un ruolo preminente e di rilevante importanza, proprio in applicazione del principio di centralizzazione delle stazioni appaltanti, di rilevante importanza è la giurisprudenza recente che, interessandosi a tali procedure ad evidenza pubblica, di fatto ne ha esaltato pregi e difetti in funzione proconcorrenziale.[62]

7.2. Emblematica, sul punto, è la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V n. 1038 del 06.03.2017, avente ad oggetto una procedura ad evidenza pubblica per il servizio di vigilanza presso i palazzi ed edifici sede di enti pubblici, università ed istituti di ricerca. Nel corso della procedura, interveniva l'AGCM rilevando la sussistenza di una intesa restrittiva della concorrenza. [63] In tale circostanza, infatti, la segmentazione dell'appalto disposta da Consip S.p.a. avrebbe favorito la instaurazione di un mercato oligopolistico e di ridotta competitività, per via della irragionevole limitazione della facoltà di presentazione individuale delle offerte, non essendo la procedura, per come indetta e condotta, conforme al principio del c.d. *favor partecipationis*.[64] In tale contesto, la suddivisione in lotti, pur apprezzata come strumento proconcorrenziale, è stata, infatti, utilizzata da Consip S.p.a. in funzione anticoncorrenziale, in quanto restrittiva della partecipazione di piccole e medie imprese in considerazione dei requisiti richiesti per la partecipazione a ciascun lotto messo a base di gara. Al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché per preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le piccole e medie imprese, correttamente, dunque, l'AGCM è intervenuta nel procedimento di affidamento del servizio.

A fronte di tale provvedimento, Consip S.p.a. presentava ricorso avverso la pronuncia di primo grado che decideva in merito alla decadenza della procedura di gara dalla stessa condotta, rilevando che la dimensione ed il valore dei lotti geografici - di estensione ultraregionale - e l'importo specifico imposto a base di gara fossero irragionevolmente lesivi del favor partecipationis alla procedura di affidamento in questione, in quanto tale lesivi della concorrenza e della par condicio.

---

[62] V. sul punto, Picardi I., *Violazione delle norme in materia di concorrenza e partecipazione alle gare pubbliche*, in www.appaltiecontratti.it

[63] In tale circostanza l'AGCM ha espressamente riscontrato che "dall'analisi delle strategie partecipative nella gara indetta da Consip nel 2014 parrebbe emergere l'assenza di un effettivo confronto concorrenziale tra le parti in termini di mancata sovrapposizione delle offerte maggiormente competitive. L'ipotesi di coordinamento è supportata da legami di natura societaria e consortile intercorrenti tra le suddette imprese e/o le cordate costituite per partecipare alla gara".

[64] Secondo l'AGCM a nulla rileverebbe, in tale contesto, la norma di cui al 78 considerando della direttiva 2014/24/UE che sostiene che il favor partecipationis per la suddivisione dei contratti dell'amministrazione in lotti trovi il suo limite nella facoltà della pubblica amministrazione procedente di scegliere liberamente ed in modo insindacabile, sulla base di qualsiasi motivo rilevante, come suddividere l'appalto, in quanto trattasi di scelte afferenti alla discrezionalità pura dell'azione amministrativa, ovvero a scelte dimerito.

ISSN 2036-7821

Nell'appello, la stazione appaltante ha sostenuto che, con rifermento ai requisiti ritenuti dal giudice di prime cure escludenti (divisione in lotti ed individuazione del requisito del fatturato richiesto per la partecipazione alla gara), era stata sentita anche l'AGCM, la quale aveva reso parere favorevole ai sensi dell'art. 22 della L. n. 287/1990 e ss.mm.ii., in assenza di qualsivoglia ipotesi lesiva della concorrenza. I giudici di secondo grado, definitivamente pronunciando, hanno affermato che, per effetto della dimensione dei lotti territoriali - sebbene frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante - sarebbero stati violati i principi di concorrenza, buon andamento, ragionevolezza e proporzionalità. In virtù dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara sarebbe stato, infatti, semplice per la stazione appaltante scegliere tra i grandi operatori già detentori di posizioni consolidate sul mercato, i c.d. incumbents, precludendo per contro tale procedura alle piccole e medie imprese. Secondo il Consiglio di Stato "*anche gli istituti finalizzati alla massima partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici, quali il raggruppamento temporaneo di imprese o l'avvalimento possono rivelarsi insufficienti, e determinare quindi l'illegittimità della normativa di gara, quando sia dimostrata […] l'eccessiva restrizione della platea di concorrenti, a tutto svantaggio delle numerosissime imprese, di piccole e medie dimensioni, che compongono il mercato*". Ne consegue che una irragionevole formazione della domanda pubblica, sotto il profilo dimensionale, può vanificare i principi di massima concorrenzialità che presiedono al diritto degli appalti pubblici.

7.3. Altra pronuncia di rilevante importanza in materia è quella emessa dal T.A.R. Lazio, sez. II, n. 2394 del 02.03.2018. Il ricorso veniva promosso avverso e per l'annullamento del provvedimento di esclusione ex art. 38, comma 1, lett. f) del D.lgs. n. 163/2006 dalla procedura di gara per l'affidamento dei servizi di pulizia ed igiene ambientale, nonchè per altri servizi aggiuntivi da eseguirsi presso gli immobili ad uso caserma per le pubbliche amministrazioni (c.d. Gara Caserme con bando pubblicato in data 10.11.2015) e per l'affidamento dei servizi di pulizia, sanificazione ed altri servizi per gli enti del servizio sanitario nazionale (c.d. Gara Sanità, avviata con bando del 19.12.2014). Il provvedimento di esclusione impugnato faceva seguito ad una sanzione comminata all'escluso dall'AGCM n. 25802 del 22.12.2015, in occasione della c.d. Gara Scuole (procedura diversa da quella oggetto di affidamento), per una pratica concordata anticoncorrenziale insieme ad altre società partecipanti alla medesima gara. A fronte di tale sanzione, Consip risolveva ai sensi dell'art. 1456 c.c. le convenzioni già stipulate, e provvedendo alla sua esclusione nelle procedure ancora in corso.[65] A fronte di tale esclusione le società ricorrenti hanno presentato ricorso, lamentando in capo a Consip una ipotesi di eccesso di potere per

[65] Tale provvedimento sanzionatorio è stato impugnato da Manutencoop e da C.N.S. dinanzi al T.A.R. Lazio ma è stato riformato soltanto nella parte relativa al quantum sanzionatorio.

ISSN 2036-7821

violazione della tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006. [66] L'illecito antitrust, alle ricorrenti eccepito, secondo tale ricostruzione concernerebbe ad una fase preliminare alla gara. Peraltro, l'accertamento dell'illecito in questione non avrebbe avuto nemmeno i caratteri della definitività. Eccepivano, dunque, che la circostanza dell'illecito antitrust in una gara precedente non avrebbe potuto costituire una ipotesi automatica di esclusione dalla gara né ai sensi dell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 né ai sensi dell'art. 80 del D.lgs. n. 50/2016, attribuendo di fatto all'AGCM poteri limitativi della capacità giuridica di un concorrente ad una procedura di gara, nei rapporti con la P.A., e ciò in palese violazione sia dell'art. 24 Cost che dell'art. 41 Cost. Contrasto, questo, che si concretizzerebbe altresì in una violazione del principio del ne bis in idem, in quanto la condotta sanzionata dall'AGCM avrebbe assunto nuova ed autonoma rilevanza come causa di esclusione per una serie indefinita di procedure competitive.[67]

Con riferimento a tali eccezioni, il T.A.R. Lazio[68] è arrivato ad affermare che è la stazione appaltante che deve valutare, in linea generale, l'affidabilità della impresa concorrente. Una eventuale esclusione in virtù della comminatoria di una sanzione antitrust andrebbe valutata soltanto ai fini del rapporto fiduciario destinato a porsi a fondamento dei rapporti contrattuali di appalto pubblico, con riferimento in particolare alla credibilità professionale ed al rapporto fiduciario che dalla procedura ad evidenza pubblica ne deriverebbe.[69] Tuttavia, secondo i giudici di primo grado tale condotta ben potrebbe essere ricompresa nella ipotesi di "*errore nell'esercizio dell'attività professionale, in quanto concernente alle ipotesi di negligenza, malafede o incapacità di assolvere ab origine alle prestazioni contrattuali che comportano una violazione della disciplina antitrust*", di cui all'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 (ora art. 80 del D.lgs. n. 50/2016).[70] Si mette in dubbio, in tal modo, l'affidabilità dell'operatore economico, e di conseguenza si mette a repentaglio il soddisfacimento dell'interesse pubblico.[71]

---

[66] La norma in questione dispone la esclusione del concorrente dalla gara quando "secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

[67] V. a tal proposito anche Cons. Stato, sez. II, n. 1092/2018.

[68] V. Sul punto, anche T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 25.05.2021 n. 536

[69] Nel caso di specie, l'illecito rilevato dall'AGCM consisteva in una concentrazione complessa contraria all'art. 101 TFUE diretta a condizionare gli esiti della gara Consip mediante l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti da aggiudicarsi nel limite massimo fissato dalla lex specialis.

[70] Anche nel D.lgs. n. 50/2016 recante il nuovo codice dei contratti pubblici all'art. 80, comma 5, lett. c), il legislatore ha inserito tra i gravi illeciti professionali "i*l tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio*" ed "[il fornire] *informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*".

[71] A sostegno, peraltro, della motivazione addotta dalla stazione appaltante circa l'inaffidabilità di Manutencoop e di C.N.S. Consip richiama altresì l'avvio di un nuovo procedimento da parte dell'AGCM in data

ISSN 2036-7821

In merito, poi, all'adozione delle misure self-clearing adottate dalle società ricorrenti ai fini di adeguare la propria posizione sul mercato, il T.A.R. Lazio ne afferma la loro irrilevanza ai fini della esclusione disposta da Consip in quanto trattasi di "*misure* [che] s*ono state adottate successivamente alla presentazione dell'offerta* [in violazione anche delle linee guida ANAC n. 6 al nuovo codice dei contratti pubblici] *e non sono sufficienti a dimostrare in relazione alla gara in oggetto una effettiva dissociazione dalle precedenti condotte sanzionate perché riguardano condotte, quali il coordinamento delle iniziative e lo scambio di informazioni, che per loro natura si inseriscono nella fase che precede la partecipazione alla gara e la presentazione dell'offerta, e quindi inidonee ad incidere ed alterare anche solo potenzialmente, l'intero impianto di gara*".[72]
Avverso tale sentenza è stato proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato che già in fase cautelare[73] ha affermato la sussistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora ai fini dell'accoglimento delle istanze cautelari (si fa riferimento, in particolare, alla escussione della cauzione da parte della stazione appaltante) e sospeso la esecutività della sentenza del T.A.R. Lazio in merito alla esclusione di Manutencoop e C.N.S. dalle procedure di gara oggetto di contestazione. Con l'emissione del dispositivo di sentenza (sentenza n. 439 del 20.01.2020), il Consiglio di Stato ha parzialmente accolto gli appelli promossi da C.N.S. e Manutencoop (poi riuniti), ed in parte respinto gli stessi a conferma della sentenza di primo grado, compensando tra le parti le spese[74].

8. Concorrenza ed appalti in fase emergenziale: quid pluris?

8.1. Con l'avvento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 che ha interessato anche l'Italia, l'intento del Governo è stato quello di adottare misure di semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica, prima per gli approvvigionamenti sanitari a tutela della salute e dell'incolumità pubblica, poi, in via generale, per tutti gli affidamenti, e ciò al fine di garantire una rapida ripartenza dell'economia nazionale, anche in vista dell'attuazione del c.d. Recovery Fund. Con i

21.03.2017 (ed ancora in corso) finalizzato ad accettare eventuali condotte anticoncorrenziali nella c.d. gara FM4. Anche in tale procedura di gara si è riscontrato il sospetto di condotte anticoncorrenziali violative dei principi di correttezza, buona fede e libera concorrenza, talmente gravi da far ritenere leso il rapporto fiduciario necessario per la conclusione del contrattotra pubblica amministrazione e operatore economico.

[72] V. a tal proposito anche provvedimento n. 36357/2017 e n. 36358/2017 dell'AGCM; provvedimento n. 25802/2015 dell'AGCM relativamente alle gare indette da Consip nel 2012. Secondo altro orientamento della giurisprudenza, proprio tale riferimento espresso alla tutela della concorrenza assente nella vecchia formulazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del D.lgs. n. 163/2006 farebbe propendere per una interpretazione restrittiva della causa di esclusione della negligenza e dell'errore professionale.V. a tal proposito Cons. Stato, sez. V, 4.12.2017 n. 5704 che accoglie una interpretazione restrittiva del disposto di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del Dlgs. n. 163/2006 ricomprendendovi soltanto le gravi negligenze e gli errori professionali nella fase di esecuzione, categoria questa incui non rientra l'illecito antitrust; Cons. Stato, sez. V, sent. Non def. 5.02.2018 n. 722.

[73] V. a tal proposito, Cons. Stato, sez. V, ord. 5.04.2018 n. 1532; decr. 13.03.2018 n. 1170.

[74] V., anche, AA.VV., *Negli appalti pubblici prevale la tutela della concorrenza*, in www.ipsoa.it

ISSN 2036-7821

decreti c.d. "Semplificazioni" ed il decreto "Milleproroghe" il Governo ha, infatti, sospeso l'efficacia di parte del Codice dei contratti pubblici, riducendone l'efficacia a favore della maggiore celerità degli affidamenti[75]. Le riforme che si sono susseguite hanno determinato una innovazione nostalgica del codice appalti e della gestione delle procedure ad evidenza pubblica, nell'ottica, tuttavia, della ripartenza e della ripresa economica[76].

In tale contesto, ruolo determinante ha avuto sin dall'inizio l'ANAC che, con la delibera n. 312 del 09.04.2020, in piena fase emergenziale, ha individuato i comportamenti che le stazioni appaltanti avrebbero potuto adottare in fase di emergenza sanitaria con riferimento alle varie fasi della procedura di gara, a completamento ed integrazione delle indicazioni già fornite a livello europeo dalla Comunicazione UE del 01.04.2020 nonchè in attuazione del Decreto c.d. Cura Italia (D.L. n. 18/2020), concernenti soprattutto le procedure di gara per l'approvvigionamento delle forniture necessarie a fronteggiare l'emergenza sanitaria. Nella prima fase emergenziale, dunque, sono state bloccate sostanzialmente tutte le iniziative ad evidenza pubblica (v. il blocco dei termini relativi ai procedimenti amministrativi di cui all'art. 103 del D.L. n. 18/2020), ad eccezione di quelle indifferibili ed urgenti, soggette ad un regime semplificato e paragiuridico, purché comunque a garanzia della trasparenza e della concorrenza. Si è introdotta, per la prima volta, la possibilità per le stazioni appaltanti di svolgere le procedure di gara con modalità telematiche, effettuando sedute a distanza, evitando sopralluoghi in casi non necessari, utilizzando i collegamenti in streaming o da remoto, e consentendo i pagamenti n modalità tematica.

Proprio nell'ottica emergenza, sin dal D.L. n. 6/2020, come meglio specificato dall'ANAC nel suo ruolo di raccordo e specificazione delle varie disposizioni emergenziali emanate dal Governo centrale in materia di appalti, con specifico riferimento alla fase di esecuzione del contratto, è stata prevista l'esclusione della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardato od omessi adempimenti, relativa a contratti di servizi e forniture, in considerazione del rispetto delle misure di contenimento del contagio (che, nella fase iniziale della pandemia, comportavano il divieto di spostamento da un comune all'altro), alla stessa stregua di una causa di forza maggiore a giustificazione del ritardo nell'adempimento due contratti.

---

[75] A ciò si aggiunga la nota trasmessa dal Presidente dell'AGCM al Presidente del Consiglio dei Ministri nel quale si da atto della necessità di sospendere completamente la disciplina degli appalti per velocizzare la realizzazione delle opere finanziate con il Recovery Fund. V. sul punto, anche il contributo di Sanna L., *Procurement e libera concorrenza, perchè eliminare il Codice appalti non è la soluzione*, in www.agendadigitale.eu; Delfino G., *Codice dei contratti: analisi della proposta dell'Antitrust*, in www.lavoripubblici.it

[76] Per maggiori approfondimenti v. Usai S., *Affidamento diretto e procedure negoziate. Dopo la conversione del decreto "semplificazioni": le procedure in deroga e le procedure ordinarie*, Maggioli Editore, 2021; Capotorto D., Massari A., *Appalti pubblici dopo la conversione del decreto semplificazioni*, Maggioli Editore, 2021;

ISSN 2036-7821

Nell'ottica della continuità amministrativa, le misure acceleratorie disposte dalle normative emergenziali e specificatamente dettagliate dall'ANAC hanno, poi, riguardato: 1) la riduzione dei termini delle procedure ordinarie di aggiudicazione[77]; 2) il ricorso all'affidamento diretto ad operatore economico preselezionato che risulti essere l'unico in grado di consegnare le forniture necessarie, nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza; 3) l'adozione di procedura negoziate senza bando, in luogo delle procedure ordinarie; 4) l'adozione di strumenti digitali e telematici per garantire la massima partecipazione; 5) la non applicabilità del termine di stand still, con possibilità di stipulare immediatamente il contratto nelle ipotesi specificatamente previste dalla legge, e comunque nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione determini un gran danno all'interesse pubblico, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari. Per tutte le procedure "semplificate" è stato attribuito all'amministrazione procedente un potere di controllo postumo.

Diverso è strato, invece, il caso delle procedure di somma urgenza e di protezione civile di cui all'art. 163 del Codice appalti, per le quali la norma ha previsto la possibilità di immediato avvio, per i lavori entro il limite dei 200.000 euro o di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio, e per le forniture nei limiti dello stretto necessario, mediante lo strumento dell'affidamento diretto, consentendo agli aggiudicatari di provvedere all'autodichiarazione dei requisiti di cui alla legge, fermo restando il potere di controllo dell'Amministrazione a ciò deputata nei successivi 60 giorni.

8.4. Con il Decreto Rilancio (D.L. 34/2020), il Governo ha conferito sistematicità alle deroghe poste alla legislazione in materia di appalti ed adottate con il Decreto Cura Italia (D.L. n. 18/2020, convertito in L. n. 27/2020), introducendo anche agevolazioni economiche ai fini della ripartenza. Ed infatti, si è partiti dal temporaneo esonero dal pagamento dei contributi Anac fino al 31.12.2020, alla possibilità di aumentare l'importo dell'anticipazione del prezzo sul valore dell'appalto dal 20 fino al 30%, ferme restando le risorse disponibili[78].

Con il D.L. n. 76/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni, convertito in L. n. 120/2020), sono state confermate le disposizioni contenute nel Decreto Sblocca Cantieri, concernenti la sospensione di efficacia della normativa ordinaria in materia di appalti fino al 31.12.2021, ad eccezione della disciplina normativa in materia di subappalto, soggetta

[77] Secondo il disposto normativo, a fronte di una giustificata emergenza, i termini per la presentazione delle offerte potevano essere ridotti, per le procedure sopra soglia, da 35 a 15 giorni dalla data di invio del bando, e da 30 a 10 giorni in caso di offerta elettronica. Per le procedure sotto soglia, invece, si prevedeva un dimezzamento dei termini previsti dalla legge.

[78] V. Giuffrè, Guglielmo Aldo, *ANAC: pubblicato un Vademecum volto a velocizzare e semplificare gli appalti pubblici*, in Diritto e Giustizia - il quotidiano di informazione giuridica; Borriello Filippo, *Emergenza Covid-19. Le indicazioni dell'ANAC per lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica "a geometria variabile" e "a più velocità"*, in Diritto e Giustizia - il quotidiano di informazione giuridica.

ISSN 2036-7821

a sospensione unicamente fino al 31.12.2020[79]. Si è confermata la possibilità di avviare procedure ad evidenza pubblica, anche senza la loro programmazione nei documenti di cui all'art. 21, comunque soggetti ad aggiornamento entro 30 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione (15.10.2020).
Per le procedure sottosoglia, in deroga alla normativa vigente, è stato disposto l'esonero dalle garanzie provvisorie (tranne che in casi eccezionali e specifici, ma comunque per importi dimezzati). Sono stati individuati, altresì, termini precisi per la conclusione delle procedure: 1) due mesi dalla data di adozione dell'avvio del procedimento per affidamenti diretti e 60 giorni per la firma del contratto; 2) 4 mesi per le procedure negoziate e 60 giorni per la firma del contratto. La tardività nelle operazioni di conclusione delle procedure, anche in ottica di emergenza sanitaria, è stato previsto che possa essere imputata al RUP ai fini del danno erariale e, qualora imputabile all'operatore economico, possa determinare la sua esclusione e la risoluzione del contratto per inadempimento, operando la stessa di diritto.
Mutano anche le soglie per gli affidamenti: 1) affidamento diretto di lavori fino a 150.000 €; 2) affidamento diretto di servizi e forniture fino a 75.000 €; 3) per gli affidamenti fino a 40.000 € la pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento diventa facoltativa; 4) per i lavori da 150.000 € e fino a 350.000 € è ammessa la procedura negoziata senza bando con invito di almeno 5 operatori; 5) per i lavori da 350.000 € e fino a 1.000.000 € è ammessa la procedura negoziata senza bando con invito di almeno 10 operatori; 6) per i lavori da 1.000.000 € e fino alla soglia comunitaria è ammessa la procedura negoziata senza bando con invito di almeno 15 operatori; 7) per i servizi e forniture da 75.000 € a 214.000 € è possibile procedere a procedura negoziata senza bando con invito di almeno 5 operatori; 8) limite per i servizi tecnici, ferme restando le soglie di cui sopra, è l'applicazione esclusivamente del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 9) per le procedure sopra soglia si prevede un termine di conclusione pari a 6 mesi, nonchè termini ridotti per tutte gli atti endoprocedimentali; 10) per le procedura sopra soglia, inoltre, si prevede la possibilità di deroga delle disposizioni normative (tranne che di quelle penali) quando sussistono situazioni di estrema urgenza, connesse all'emergenza epidemiologica. In deroga alle disposizioni vigenti, inoltre, è stato previsto che, se per qualunque causa l'operatore economico non possa portare a termine l'esecuzione dell'appalto, la stazione appaltante deve risolvere il contratto di diritto ed ha facoltà di interpellare la graduatoria alle condizioni proposte dall'operatore interpellato o avvia nuova procedura di gara. Con la L. n. 120/2020, di conversione del Decreto Semplificazioni, poi, è stato esteso fino al 31.12.2021 il termine per l'applicazione delle nuove modalità semplificate degli appalti[80].

[79] A far data dal 01.01.2021 è prevista la necessità del limite fino al 40% del subappalto, nonchè la indicazione in fase di gara della terna dei subappaltatori.

[80] V. sul punto Bovino C., *Decreto Semplificazioni: superbonus , appalti, ZES e misure ambientali. Quali sono le novità*,

ISSN 2036-7821

Sempre fino al 31.12.2020 è stata, poi, prevista la possibilità per la PA di corrispondere alle imprese ed ai privati benefici economici comunque denominati (ad es. erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e pagamenti) anche in assenza della documentazione antimafia, qualora la stessa non sia immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati nazionale. In questo caso, i benefici vengono erogati sotto condizione risolutiva. Inoltre, è stato previsto che le PA possano stipulare, approvare o autorizzare contratti o subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture sulla base di una informativa antimafia provvisoria, anche in tal caso sottoposti a condizione risolutiva (previa verifica dal rilascio della documentazione antimafia entro il termine di 30 giorni).

8.5. Con il D.L.n. 77/2021 (c.d. Decreto Semplificazioni Bis), attualmente vigente in materia, si prevede la regolamentazione di tutte le misure attuative del PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza). Il D.L. Smplificazioni bis contiene una disciplina transitoria applicabile agli interventi finanziati con le risorse del c.d. Recovery Plan (previste dal Regolamento UE 2021/240 e 2021/241, nonchè dal Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui all'art. 1 del decreto legge 6 maggio 2021, n. 59), ed una disciplina transitoria generalizzata in materia di evidenza pubblica. Il D.L. Semplificazioni bis riduce - di fatto - l'accelerazione e la spinta che erano state garantite agli appalti dal D.L. Semplificazioni e dal D.L. Milleproroghe, riconoscendo tale velocizzazione delle procedure in casi più limitati, e comunque fino al 30.06.2023. Muta nuovamente la disciplina sul subappalto che, fino al 31.10.2021 è ammesso nella misura dl 50% dell'importo complessivo del contratto; dal 01.11.2021 viene rimosso qualunque limite quantitativo al subappalto, con la individuazione specifica, tuttavia, da parte delle stazioni appaltanti, dei lavori e prestazioni oggetto di esecuzione obbligatoria a cura dell'aggiudicatario nonchè delle opere e lavori per i quali è necessario rafforzare il controllo delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori, al fine di evitare infiltrazioni criminali, a meno che i subappaltatori siano iscritti nelle White List o nell'anagrafe antimafia. Resta ferma la solidarietà di responsabilità tra aggiudicatario e subappaltatore nei confronti della stazione appaltante.

Ritorna l'appalto integrato, avente ad oggetto l'affidamento per la progettazione e l'esecuzione dell'opera sulla base del progetto di fattibilità. L'aggiudicazione è legata al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, affinché si tenga conto degli aspetti qualitativi oltre che economici.

Si incentiva l'inserimento di donne e giovani a lavoro, prevedendo che per le imprese, anche di piccole dimensioni, che partecipano alle gare l'obbligo di presentare un rapporto sulla situazione del personale in riferimento all'inclusione

in www.ipsoa.it; Bovino C., *Decreto Semplificazioni: quali sono le norme "sblocca appalti" estese a tutto il 2021*, in www.ipsoa.it.

ISSN 2036-7821

delle donne, pena l'applicazione delle penali e l'esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche per 12 mesi. Inoltre, è previsto il riconoscimento di punteggi aggiuntivi per le aziende che utilizzano strumenti di conciliazione vita-lavoro, che si impegnino ad assumere donne e giovani under 35, che nell'ultimo triennio abbiano rispettato i principi di parità di genere ed adottato misure per promuovere le pari opportunità, imponendo la previsione di una quota di riserva per le assunzioni di tali categorie di soggetti

Novità in materia di soglie si configura anche con tale nuovo D.L. il quale prevede la possibilità di affidare servizi e forniture con affidamento diretto fino ad un massimo di € 139.000 (anziché 75.000 €); per i servizi e forniture di importo superiore ai 139.000 €, invece, è previsto l'espletamento di una procedura negoziata senza bando, con invito di almeno 5 operatori. I lavori sotto soglia, ferma restando la soglia dei 150.000 € per l'affidamento diretto, vengono invece affidati mediante procedura negoziata senza bando, secondo le seguenti modalità: 1) con invito di almeno 5 operatori per importi fino ad 1.000.000 €; 2) con invito di almeno 10 operatori nel caso di importi fino alla soglia comunitaria.

E' prorogato fino al 30.06.2023 l'obbligo di costituzione del Collegio Consultivo Tecnico per la risoluzione delle controversie in corso di esecuzione dei contratti per la realizzazione di opere pubbliche di importo sopra soglia. Si implementa l'importanza del CCT a tal punto che l'operatore che non rispetti le deliberazioni del CCT, poi confermate dal giudice, è soggetto alla condanna alle spese di lite nonchè al pagamento a favore dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato. Resta ferma la remunerazione dell'incarico del CCT unicamente in caso di svolgimento di attività (deliberazioni e pareri).

Si conferma la riduzione dei termini procedimentali: 1) termine non inferiore a 15 giorni per la ricezione delle offerte; 2) riduzione del termine a 10 giorni in caso di procedure con invito[81].

Semplificazioni ulteriori, infine, sono previste per l'acquisto di strumenti e servizi informativi finalizzati alla realizzazione del PNRR in materia di procedure di e-procurement e di acquisto di beni e servizi informatici sopra soglia, attraverso la possibilità di ricorrere a procedure negoziate senza pubblicazione del bando, purché

[81] Resta fermo, comunque, il principio di massima partecipazione. Secondo la giurisprudenza recente, infatti, "*i termini stabiliti per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta devono essere sufficienti per consentire alle imprese di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare la loro offerta, e l'art. 79 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 – come già il previgente art. 70 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – dispone che, nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, le amministrazioni aggiudicatrici devono tenere conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte ("fatti salvi i termini minimi"); la stazione appaltante deve dunque operare secondo canoni di proporzionalità (cfr. art. 30, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) e il termine di scadenza per la presentazione delle proposte deve essere idoneo alla loro corretta e ponderata predisposizione*" (TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 01.07.2019, n. 613; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 14.06.2021, n. 1930).

ISSN 2036-7821

le procedure siano avviate entro il 31 dicembre 2026.
Resta, invece, priva di proroga la disposizione derogatoria generalizzata della normativa dei contratti pubblici per le infrastrutture strategiche (università, attività giudiziaria, polizia ecc ecc), e ciò a dimostrazione dell'evidente riespansione graduale delle maglie della tutela della concorrenza, schiacciata inevitabilmente a causa dell'emergenza sanitaria[82].
8.6. Sintetizzando, le novità in materia di disciplina emergenziale concernono: 1) la possibilità di indire procedure ad evidenza pubblica anche senza la previsione delle stesse nei documenti di programmazione, a patti che questi ultimi vengano aggiornati entro 30 giorni dall'entrata in vigore del decreto legge; 2) l'assenza di garanzie provvisorie (salvo che per casi particolari e specifici, e comunque per importi dimezzati); 3) la previsione di tempi stretti per addivenire all'aggiudicazione; 4) la modifica delle soglie di affidamento; 5) la previsione di una durata massima della procedura; 6) l'ammissione di procedure negoziate ex art. 63 del codice appalti nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria. A fronte di tali semplificazioni, il legislatore ha comunque introdotto i c.d. presidi di legalità. In particolare, si è imposta la velocizzazione del rilascio della documentazione antimafia, proprio in attuazione della velocizzazione delle procedure di gara. A tutela della trasparenza e del controllo viene riconosciuto un maggior spazio al monitoraggio attuativo degli investimenti pubblici, coinvolgendo anche la Ragioneria Generale dello Stato.
9. Conclusioni
Sulla base di quanto sopra meglio evidenziato ed in considerazione del regime di emergenza da Covid-19 che ha imposto al Governo di adottare misure di semplificazione ed accelerazione delle procedure ad evidenza pubblica, a vantaggio dell'economia del Paese, si configura un quadro abbastanza variegato tra misure a tutela della concorrenza e misure che, proprio per la loro semplificazione, appaiono in contrasto con la concorrenza stessa.
Seppur nella prima fase emergenziale si è assistito ad un sostanziale schiacciamento delle esigenze di concorrenza in favore della tutela della salute pubblica, con la previsione normativa di massima semplificazione in deroga a qualunque procedura di affidamento, con l'affievolirsi delle situazioni emergenziali la concorrenza ha riacquistato, pian piano, il suo spazio originario, fino ad addivenire con il Decreto Semplificazioni Bis ad una palese rivalutazione della concorrenza quale valore primario da tutelare e che, in sostanza, limita le procedure ad evidenza pubblica. Nel nuovo disegno normativo si assiste, infatti, ad una semplificazione delle procedure finalizzata alla ripresa economica (le proroghe, infatti, sono previste fino al 2023), ma

[82] V. anche Paziani Ilenia, *Gli appalti pubblici nel nuovo D.L. n. 77/2021: tra novità e proroghe del "vecchio" DL Semplificazioni*, in www.mediappalti.it; Scantamburlo L., Di Michele M., *Nuovo DL Semplificazioni: cosa cambia in materia di appalti pubblici. L'analisi del Team di Public Law di DWF*, www.dwfgroup.it.

ISSN 2036-7821

sempre in un'ottica di par condicio e concorrenza, valore, questo, non suscettibile più di deroga alcuna.

E proprio in tale prospettiva, di rilevante importanza - ancor maggiormente rispetto a prima - si configura l'intervento dell'AGCM, con l'esercizio del potere sanzionatorio, finalizzato a punire un comportamento che, seppur secundum legem, lede il valore primario della par condicio e della concorrenza nel mercato. La legge istitutiva n. 287/1990 ha conferito, infatti, all'AGCM il compito di tutelare la struttura concorrenziale del mercato mediante poteri istruttori e decisori, di controllo preventivo delle concentrazioni e repressivo di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante. Tra questi poteri emerge quello di comminare sanzioni pecuniarie amministrative (v. in proposito l'art. 31 della legge n. 287/1990) che sono soggette alle disposizioni di cui alla legge n. 689/1991 per quanto applicabile. In particolare, l'art. 10 di tale legge dispone piena autonomia ed indipendenza di giudizio e di valutazione in capo alle autorità indipendenti per la emissione di provvedimenti sanzionatori.

Per quanto all'AGCM possa essere riconosciuta autonomia e discrezionalità tecnica nelle decisioni anche sanzionatorie a fronte di condotte delle imprese potenzialmente lesive della concorrenza e del mercato, trattasi comunque di provvedimenti amministrativi ed in quanto tali impugnabili dinanzi al giudice amministrativo. Ecco che tali provvedimenti, sicuramente incidenti sulla materia di contratti pubblici, non possono certamente determinare in via automatica l'effetto escludente degli operatori economici partecipanti, men che meno avere l'effetto automatico di determinare la caducazione di una procedura ad evidenza pubblica in quanto non garantisce la par condicio dei partecipanti, come del resto confermato dalla recente giurisprudenza, altrimenti configurandosi una ipotesi di ingerenza dell'AGCM nei poteri decisori della stazione appaltante che gode di un'ampia discrezionalità amministrativa in merito, nonchè di interferenza con gli obiettivi della ripresa economica e del PNRR.

Ove, tuttavia, si volesse provvedere a qualificare le sanzioni per condotta anticoncorrenziale quale espressone del potere paragiurisdizionale dell'AGCM, la questione, invece, si complica.

In tale contesto, infatti, ci si troverebbe di fronte ad una stazione appaltante che disattende ad una decisione paragiurisdizionale in merito alla illegittimità riscontrata in capo ad un'impresa potenziale aggiudicataria. Conseguenza di tale visione sarebbe la necessità di mettere in discussione la portata dei poteri della stazione appaltante nel decidere ed i poteri dell'Autorità di controllo a tutela della concorrenza e del mercato che, piuttosto che esercitare una funzione di coordinamento, controllo ed ausiliaria nei confronti delle stazioni appaltanti, si trova a svolgere una funzione decisoria (e, di fatto, non passibile di contestazione da parte della stazione appaltante, nemmeno mediante adozione di una motivazione rafforzata) in merito a condotte delle imprese concorrenti che possono anche non

ISSN 2036-7821

aver alcun rilievo concreto in relazione alla specifica procedura di gara per cui si procede ma che, tuttavia, di fatto determinano una lesione della concorrenza. In tale contesto, dunque, si ci troverebbe di fronte ad una duplice gerarchia di autorità con riferimento alla materia degli appalti: la stazione appaltante, con poteri di autonoma gestione delle procedure; l'AGCM con poteri immanenti di controllo e tutela del valore trasversale della concorrenza.

La giurisprudenza recente che si è occupata del tema, tuttavia, non è dello stesso avviso, ma piuttosto tende a tutelare la posizione di primazia della stazione appaltante nelle procedure ad evidenza pubblica, conferendo alle valutazioni dell'AGCM in merito alla concorrenza unicamente valore di elementi che la Pubblica Amministrazione deve valutare ai fini dell'esercizio del suo esclusivo potere decisorio in materia di appalti. La tesi prevalente, infatti, mantiene in capo alla stazione appaltante una certa autonomia di valutazione e decisione circa l'affidabilità di un operatore economico, pur dovendo la stessa tenere in debito conto la tutela della concorrenza e di tutti i principi ad essa connessi, in relazione anche alla importanza alla stessa attribuita dalle direttive n. 23-24-25/2014/UE e dal D.lgs. n. 50/2016.

Resta inteso che, a parere di chi scrive, proprio il nuovo quadro normativo derogatorio della disciplina degli appalti necessita, ora più che mai, di una figura di preminente controllo che, affiancata all'ANAC (peraltro, ormai depotenziata nel proprio ruolo, soprattutto dopo il Decreto Sbloccacantieri), garantisca una corretta e "giusta" gestione delle procedure ad evidenza pubblica, e ciò soprattutto a tutela dello sviluppo economico del Paese nella fase di post-emergenza epidemiologica da Covid-19.

ISSN 2036-7821