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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

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
Marco Cardilli

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2020

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, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, 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, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FASCICOLO N. 2/2020

SOMMARIO

1. **Sulla rilevanza giuridica della inosservanza del principio di "trasparenza" da parte del "distinto" apparato di Amministrazione pubblica, il quale, ai sensi dell'art. 98, 1° comma, è al "servizio esclusivo della Nazione".**
di Giuseppe Palma……pag. 105

2. **Il complesso e frammentario sistema dei poteri normativi statali e locali nella gestione dell'emergenza da Covid-19.**
di Francesco Zammartino e Bianca Nicla Romano……..pag. 117

3. **Inconferibilita' e incompatibilita' degli incarichi nelle Pubbliche Amministrazioni.**
di Alfredo Contieri……...pag. 137

4. **La revisión de oficio de los actos administrativos de seguridad social.**
di Francisco De Miguel Pajuelo ……pag. 145

5. **Prove tecniche di estromissione dell'avvocato dal processo amministrativo. Il giusto processo amministrativo alla prova del Decreto "Cura Italia".**
di Ignazio Lagrotta……..pag. 162

6. **Giudice amministrativo e procedimento di scissione del comune capoluogo di citta' metropolitana: il ruolo del principio democratico e dei diritti politici.**
di Giovanni Cocozza……..pag. 180

ISSN 2036-7821

7. **L'affidamento dei servizi sociali e l'istituto della co-progettazione: il difficile coordinamento tra il Codice dei contratti pubblici ed il Codice del terzo settore nell'attesa delle nuove Linee Guida dell'ANAC.**
di Cristian Formica……...pag. 195

8. **La rigenerazione urbana dei beni confiscati alle mafie: i cittadini singoli o associati come parti dell'attività amministrativa.**
di Carlo Pezzullo……..pag. 217

ISSN 2036-7821

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

Sulla rilevanza giuridica della inosservanza del principio di "trasparenza" da parte del "distinto" apparato di Amministrazione pubblica, il quale, ai sensi dell'art. 98, 1°comma, è al "servizio esclusivo della Nazione".

di Giuseppe Palma

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

Sommario

1. Precisazione del tema di indagine. 2. Precedenti giuridico-storici. 3. Le coordinate Costituzionali della tematica. 4. Conferma della prospettiva dell'indagine.

Abstract

The question, at the basis of this article, which animated the writer and remained so far unanswered is whether "transparency", the principle introduced in the reform of Law no. 241 of 2009, whether or not it has a connection point (albeit not explicit) in the existing constitutional discipline; it is true that in this case it is a legislative reform (and this is undoubted) but that does not exclude the possibility of investigating whether it fits into the connotative logic of the p.A. consecrated by the Constituents, especially if we consider that such a principle contributes to better validating the constitutional identity of the public administration.

1. Precisazione del tema di indagine

E' facile dedurre dall'intitolazione della tematica che la prospettiva di indagine risulta una continuazione della precedente indagine, già pubblicata, in tema di connotazione identitaria di "distinzione" dell'apparato pubblica amministrazione dal potere politico – governativo – ministeriale, diversamente dal passato regime (e sul punto si ritornerà meglio in prosieguo) in considerazione del rilievo che definiti alcuni angoli prospettici di contenuto, a così dire, più innovativi, desumibili dall'inserimento degli artt. 97 e 98 Cost. nell'organicità della trama sistematica della Carta, consentono di designare, vale a dire convincono di procedere oltre aggiungendo alcuni nuovi tratti nell'ambito dell'organigramma dei tratti ritenuti esplicitamente disegnati in Costituzione[1].

Il quesito infatti che ha animato chi scrive e rimasto finora inevaso è se "la trasparenza", principio introdotto nella riforma della legge n. 241 del 2009, abbia o meno un punto di aggancio (sia pure non esplicito) nell'esistente disciplina costituzionale, è vero che nella specie trattasi di una riforma legislativa (e ciò è indubbio) ma che non esclude assolutamente di indagare se essa si inserisca o meno nella logica connotativa della p.A. consacrata dai Costituenti, maggiormente se si considera che siffatto principio, come è la opinione di chi scrive, concorra a convalidare meglio l'identità costituzionale dell'amministrazione pubblica.

E la prospettiva di indagine si presenta a ben vedere di una ulteriore carica di valore ricostruttivo qualora si consideri che, come sostenuto in altra sede, anche all'apparato p.A. la Costituzione impone il dovere di essere "fedele alla Repubblica" (art. 54 e XVIII norme finali Cost.) e quindi il dovere di rispettarla. E si mira perciò in questa sede di argomentare i motivi in grazia dei quali il principio di "trasparenza" si inserisca o meno coerentemente nel generale procedere della p.A., dappoichè anche la solenne dichiarazione di cui al primo co. dell'art. 98, in forza della quale i "pubblici funzionari sono al servizio esclusivo della Nazione" perda, esaminato in filigrana, la sua apparente dichiarazione meramente enfatica, la mera impressione di una invocazione di essenza meramente etica (del resto la mitologia dei doveri etici costituzionali è abbastanza diffusa a danno del riconoscimento dei doveri civici) così affidati ai singoli di buona volontà senza alcuna ripercussione nell'ambito ordinamentale, e non si scorge, come si preciserà più avanti, che siffatta solenne dichiarazione, ben lungi dall'intento di prescrivere uno "statuto" del dipendente pubblico, poichè è intuitivo che l'impiego del termine "funzionari" è un po' di impiego a così dire retorico volendo individuare la parte per il tutto (del resto tale era descritto già nel progetto ed approvato senza discussione in Assemblea), una volta che si ha cura di inserirla nella "aura" che avvolge tutti i valori, punti di

[1] Per l'indagine cennata nel testo, cfr. Il lungo itinerario giuridico-costituzionale in virtù del quale l'apparato pubblica amministrazione statale ha assunto l'attuale "identità" ecc., pubblicato in federalismi 2019 ed ora incluso, in questa raccolta.

progressiva attuazione (anzi di realizzazione) della Carta, essa si carica e/o concorre a costituire (e/o rappresentare) il varco attraverso il quale il popolo (società civile), peraltro sovrano, si inserisce a pieno titolo nell'ordinamento istituzionale generale dello Stato-persona, abbandonando definitivamente la vecchia posizione di soggetto legittimo attore soltanto nell'ordinamento civile (Stato borghese).
Quindi l'affermazione in esame non assume un significato "negativo" ma una carica "positiva" (volendo esprimersi con una tale contrapposizione) perché vuole fissare il principio che l'amministrazione pubblica deve aprire la prospettiva della sua azione a favore del popolo (società) ed escludere in conseguenza ogni influenza politica di parte e quindi il popolo sovrano potrà controllare ogni illegittima influenza politicamente negativa ed in virtù del citato "inoltro" stabile nell'area di vigenza dell'ordinamento della istituzione statale potrà anche difendersi e reagire (meglio più avanti).
A questo punto vanno anticipate alcune osservazioni le quali vengono espresse non tanto in tono critico generale sulla situazione "politica" ma piuttosto sullo scopo di corroborare l'utilità dell'impostazione qui adottata; essa poggia sul metodo sempre adottato da chi scrive che si ispira a considerare l'Amministrazione la Costituzione in azione, che non consiste banalmente nell'esigenza di applicare la Costituzione, anche perchè ciò rappresenta un torto all'intelligenza, ma consiste nell'interpretazione di ogni singola disposizione (anche ovviamente quelle per coordinamento disposte nei singoli titoli della seconda parte) inserendola nel complessivo tessuto organico della Carta, poiché secondo chi scrive la Costituzione non ha inteso riscrivere un esauriente nuovo Codice, affollandolo di una serie di istituti differenti, bensì essa costituisce un "programma" coerente ed organico (si può discutere se esauriente o meno) che sarebbe dovuto essere sviluppato in termini di realizzazione ad opera della politica praticata in seguito.
Essa rappresenta perciò un confine invalicabile (naturalmente progressivamente rinforzato) ad opera del regime preesistente (specie di quello invalso nel ventennio) senonchè tale confine è stato ampiamente violato dal vecchio regime ad opera delle formazioni partitiche già in formazione durante i lavori della Costituente e definitivamente costituitisi dopo l'entrata in vigore della Costituzione, i quali, pur di affermarsi come unico canale di organizzazione sociale della società, operano in Assemblea a porre alcuni paletti alle nuove forme di garanzia attiva del popolo e dopo ad assumere un atteggiamento vivace fuori dell'area ordinamentale istituzionale, ed in questo una sorta di atteggiamento di quieto vivere, poiché in attesa di insperate modifiche hanno lasciato che vivesse ancora, per così dire a tempo scaduto, il "buon vecchio regime" dello Stato parlamentare borghese (liberale) anzicchè rifondare una Repubblica democratica sociale (chi scrive ricorda che nel dizionario di regime apprendeva che le Alpi erano una difesa invalicabile ed

alle scuole medie apprese che esse furono perforare da teorie di elefanti a seguito di Annibale; ma non si ha intenzione di trarre alcun paragone).
Sul punto si tornerà ancora però qui va precisato un profilo critico che in conseguenza ha connotato anche l'ambiente della ricerca giuridica, poiché, muovendo dall'osservazione pratica che il regime preesistente continuava la sua vigenza anche nel clima della Carta formalmente vigente e per di più suggestionati dall'impiego di espressioni verbali di antico conio in quest'ultima, hanno finito per ridursi ad indagini squisitamente tecnico-giuridiche senza porsi alcun dubbio circa la loro giustificazione alla luce della disciplina costituzionale, ciò è rilevabile non solo negli studi di diritto amministrativo ma anche nelle ricerche di più ampio respiro in diritto costituzionale e ciò , come è stato rilevato , in quanto specie nei primi decenni si pose una sorta di finium regundorum , che secondo chi scrive serpeggia ancora nel tempo presente, ed è una sorta di difficoltà, che sarebbe preferibile risolvere perché è quasi semplice pensare che entrambe le prospettive dovrebbero rinvenirsi in un punto comune conclusivo in ambito giuridico specie in forza di quanto più sopra (per ora) appena appuntato circa l'incedere della società (popolo) nell'ambito anche dell'ordinamento dello Stato-persona (se no avviene quanto un detto napoletano ricorda che vi è un soggetto che toglie il quadro ed un altro il chiodo al fine di evitare che sia riposto). Ma il profilo viene meglio messo a fuoco nei paragrafi seguenti.

2. Precedenti giuridico-storici

Urge riprendere l'ultimo argomento trattato nel paragrafo precedente al fine di chiarire il presupposto logico ricostruttivo che consente di pervenire in maniera più convincente alla conclusione. A tal fine si ritiene utile mettere a fuoco alcuni lineamenti giuridico-storici, già in altra sede esposti in modo più ampio.
Il precedente regime statutario prevedeva, sul piano giuridico ovviamente, una unica "catena" gerarchica (a così dire) che legava il Re titolare del potere sovrano ed al tempo stesso del potere esecutivo (art. 5) egli nominava e revocava i ministri (art. 65) e tutte le altre cariche dello Stato ed emetteva i decreti ed i regolamenti generali necessari alla esecuzione delle leggi (art. 6) si può dedurre che i funzionari erano "delegati" dal Re nell'esercizio delle proprie funzioni e si comprende in conseguenza la ragione per cui lo Statuto non prevedeva la responsabilità diretta dei funzionari per cui la responsabilità risalendo la catena gerarchica, sarebbe dovuta pervenire al Re, ma dappoicchè questi si considerava non suscettibile di essere soggetto a responsabilità, essa si "contensava" a livello di Ministro che perciò era tenuto a sottoscrivere gli atti adottati dal Re.
Si può comprendere allora come una siffatta scala gerarchica era ben difficile che distinguesse (o fosse idonea a distinguere) l'interpretazione e la conseguente applicazione di una legge in termini prettamente tecnico-giuridici in quanto con

essa si incanalavano (o potevano incanalarsi) motivi ed orientamenti di stretta essenza politica; il che veniva già in quel tempo notato ponendo in risalto che la garanzia dei diritti dei cittadini era molto flebile e depotenziata (per esempio) di fronte ad esigenze politiche occultate, a così dire, nell'ambito delle garanzie giuridiche proprio a causa che la responsabilità in concreto risaliva al Ministro-autorità politica. Ciò spiega a tutto tondo che per ogni possibile reazione il cittadino doveva attivare il cd. Contenzioso amministrativo cioè sempre e comunque nell'ambito (allora) impenetrabile della stessa p.A.

In altri termini i cittadini, per altro non tutti ammessi al suffragio, erano per così dire estranei all'ordinamento istituzionale dello Stato-persona godendo solo di alcuni "diritti civili" improntati prevalentemente al giusnaturalismo storico, in altri termini erano sudditi e non cittadini. E pur vero, va subito aggiunto, che il progressivo mutamento storico registrò una notevole modifica della costituzione materiale con la conseguenza che, quantomeno in fatto, il più sopra delineato sistema, che si potrebbe definire "meccanicistico", sotto l'apparente sua continuità politica si avviò a favore di una lieve democraticità evolvendosi l'ordinamento istituzionale a parlamentare di stampo liberale e le prime formazioni politiche di cultura progressista comparvero operanti anche in Parlamento.

Si documentano in questo periodo un allargamento dei diritti negli (ancora) sudditi con vocazione però ad elevarsi a cittadini con sempre maggiori pretese con la rivendicazione di più solide garanzie; cosicchè alla progressiva politica sociale dello Stato (con il relativo incremento dei servizi sociali) si operò l'avvento delle maggiori e più imparziali garanzie dei diritti spettanti ai singoli, come con la istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato che sostituì il precedente sancito ricorso gerarchico. Tuttavia non si può sostenere che l'intero schema di organizzazione socio-politica sia in profondità cambiato, poiché anche alla luce di tali modificazioni, rinvenibili più sul piano dell'esercizio concreto, l'ideologia di fondo rimase sostanzialmente fedele a se stessa. Il sussistente primato della politica (praticata) dimostrò di non avere l'intenzione di abdicare a favore di una azione politica maggiormente aperta alle esigenze civili.

A tal proposito si rinvia a quanto dichiarò un noto statista (Giolitti) "la base della nostra amministrazione è ancora l'accentramento napoleonico della massima parte dei pubblici servizi nelle mani dello Stato è sotto la diretta azione del potere centrale. Codesto ordinamento è sotto diversi aspetti perniciosissimo… L'affidare l'interesse locale al Governo sotto il controllo del Parlamento significa… far risolvere le questioni da chi non ne conosce esattamente i termini ed affidare il controllo a chi li conosce ancora meno. Detti affari … anzicchè di pubbliche discussioni sono del resto oggetto di sollecitazioni dirette degli interessati verso i Ministri o verso gli alti funzionari dello Stato e danno origine per tal modo ad una azione quasi occulta del Parlamento sul Governo, la quale dà alla lotta politica il

carattere di lotta di interessi… dà al Governo un mezzo illegittimo per determinare le correnti politiche ed in questo modo causa principale della distruzione dei grandi partiti parlamentari e della decadenza[2] del Parlamento.
Ed ancora prima, all'inizio dello Stato unificato alcuni autorevoli politici "gettavano l'allarme sul pericolo gravissimo che presentava la crescente influenza della politica parlamentare nella vita delle nostre pubbliche amministrazioni "e lo stesso uomo politico ricordava quali deleterie conseguenze abbiano per il buon andamento della pubblica amministrazione la ingerenza dei partiti politici.
Va subito osservato come siffatte critiche sono state nel tempo sollevate da autorevoli personaggi che operavano attivamente in politica e potevano leggere gli interna corporis della attività politica svolta ed in ordine a ciò sarebbe fuorviante valutare come problemi esclusivamente di competenza sociologica poiché la esatta sensibilità giuridica indirizza sulla loro diretta ripercussione sul modo di connotarsi del relativo regime (donde non in prospettiva storico-giuridica ma giuridico-storica).
Ad ogni modo è agevole desumere che l'intero ambiente politico nel quale veniva concepito ed adottato l'ordinamento istituzionale regolante i poteri pubblici e cioè statali non presentava alcuna previsione che la società, naturalmente non titolare di poteri, potesse far valere le proprie aspettative in forza di strumenti giuridicamente disciplinati, a maggior ragione le proprie pretese di critica ricostruttiva al fine di sollecitare un qualche mutamento sul modus procedendi della politica praticata al di fuori di quei pochi elettori legittimati per istruzione e per ricchezza i quali potevano essere ammessi al suffragio indetto comunque ogni cinque anni.
Ed allora deve apparire ormai più che chiaro che alla maggioranza del popolo era inibito intromettersi nella normale vita politica generale, era cioè tenuta fuori da questa arena, in altri termini non era legittimata (politicamente) ad inoltrarsi in questa arena in cui poteva svolgersi liberamente solo la classe detentore del potere istituzionale, per la grande massa dei cittadini era riservata la frequentazione dell'ordinamento generale civile (v. codice civile) che costituiva il vero corpus juris generale del cittadino che poteva frequentarlo liberamente per soddisfare la sua pretesa di libertà intesa in termini di libertà giusnaturalistica individuale (liberale) assolutamente al di fuori del circuito in cui si svolgeva (altrettanto liberamente) i poteri istituzionali di natura giuridico –pubblica (in quanto politica).

3. Le coordinate Costituzionali della tematica

Pervenuti a dimostrare che il vecchio regime parlamentare (liberale) poneva un profondo distinguo tra la vita della società e la complessa e composita struttura

[2] Le affermazioni di Giolitti sono riportate da T. MARTINES, Parlamento e burocrazia ora in Opere, Tomo III, pagg 59 e segg.

della istituzione ordinamentale dello Stato-persona rimane da interrogarsi, dal momento che la scena nella quale i Costituenti erano chiamati ad operare era quella appena descritta, se l'orientamento fondazionale del regime adottato sia stato quello di aderire all'esistente sistematica politica ovvero abbiano consapevolmente aperto una nuova prospettiva.

A chi scrive pare che abbiano rivolto l'attenzione, non senza difficoltà per alcune resistenze dovute alle formazioni partitiche di massa in progressiva organizzazione, sulla nuova presenza del popolo (società) sovrano e sul nuovo ruolo che questo aveva avuto sugli eventi drammatici e traumatici della resistenza susseguente alla seconda guerra mondiale, come è stato già rilevato.

La società civile (popolo) aveva assunto un ruolo attivo , una presenza nuova sul proscenio delle istituzioni statali ed una tale acquisizione non poteva non influire sull'orientamento politico che ha maturato il nuovo rapporto tra l'istituzione statale e la società (popolo), il quale rivendicava una sua presenza attiva anche in detta istituzione, infatti la Costituzione del '48 ha costituito e consacrato "l'accesso" della società civile nel circuito della dialettica istituzionale, senza rinunciare alla posizione storicamente già affermatasi nell'ordinamento generale civile (si potrebbe riassumere che i componenti della formazione globale sociale, come la crisalide di farfalla , ha abbandonato definitivamente la veste di suddito per assumere quella di cittadino a pieno titolo). A tal fine è sufficiente rileggere i primi articoli costituzionali in tema di diritti (principi) fondamentali, i quali mentre riconoscono ai cittadini la più ampia libertà impongono al tempo stesso il dovere di operare solidalmente al progresso "politico" (economico e sociale).

Un tale aspetto può essere trascurato soltanto ricorrendo alla mitologia del valore meramente etico del citato dovere. In altri termini tutti i componenti del popolo sovrano (società) devono concorrere al buon funzionamento della dialettica dei poteri istituzionali (e non solo coloro che assumono cariche pubbliche) certo non trattasi nella specie di obblighi ma di doveri (civici) che, collegati alle libertà assicurate, consentono l'autodeterminazione della singola persona.

Gli esempi di partecipazione alla vita politica, anche in forza del dovere di essere fedele alla Costituzione (art. 54 Cost.), sono numerosi, basterebbe ricordare ad es. l'invio alla Corte Costituzionale, il referendum, le petizioni ecc. per poter consolidare il convincimento dell'avvenuto superamento da parte della società nel sacro recinto della dialettica dei poteri pubblici, che rappresenta in un certo modo la "condanna" del vecchio regime parlamentare liberale.

A questo punto è urgente introdurre alcuni chiarimenti a riprova delle osservazioni introdotte più sopra. Nell'Assemblea costituente si discusse ampiamente (forse rappresenta l'aspetto più ampiamente discusso) in ordine alle ipotesi che dovevano adottarsi di "partecipazione" dei cittadini al "sano esercizio" dei poteri pubblici (come in occasione del referendum, del rinvio alla Corte Costituzionale) e in origine

tali ipotesi erano più ampie e numerose, senonchè si accese un notevole dibattito soprattutto ad opera dei rappresentanti delle formazioni partitiche (di massa) che in quel periodo erano in via di organizzazione, i quali rivendicavano la riserva a così dire della competenza di interpretare gli interessi della società ed erano perciò insofferenti all'eccessiva facoltà sociale di interferire a siffatto livello, in conclusione ottennero in più occasioni di limitare tale facoltà e l'accordo fu raggiunto a volte rinviando a future leggi ordinarie.

Si può osservare anche, come dopo l'adozione della Carta, sono state le stesse formazioni partitiche a rallentare in modo esasperante la piena attuazione della Carta mediante più generali riforme e lasciando che l'opinione pubblica si adeguasse a ritenere che il nuovo regime si limitasse a far funzionare meglio il buon vecchio sistema parlamentare liberale. Rimarrebbe un interrogativo retorico domandarsi ora a chi attribuire la responsabilità della sopravvivenza del vecchio regime avvolto nel bozzolo della "effettività", del resto dopo l'adozione della Carta si è pensato più ad introdurre "riforme" costituzionali che affrettarsi a darle piena attuazione.

Ai fini della presente indagine resterebbe da indagare se la situazione, sotto molti aspetti negativa più sopra accennata, circa l'interferenza della politica praticata nel fisiologico esercizio della p.A., rimanga inalterata e la risposta è affermativa anche senza ricordare il disorientamento (a dir così) degli anni novanta poiché l'influenza abusiva dei partiti, sull'azione amministrativa, sia pure in misura differente è continuata anche indirettamente attraverso l'esercizio del potere governativo e ministeriale (attraverso le ccdd normative interne ad esempio) che a volte hanno di fatto ristabilito (ancora una volta) l'accentramento mediante rapporti pseudo-gerarchici in violazione dell'art. 5 Cost.

E in proposito si può ricordare quanto autorevolmente si è scritto già nel 1963 che "la stessa nuova Costituzione si è resa conto di questo problema perché ha introdotto delle norme volte a tutelare l'amministrazione contro il governo che queste norme ancora abbiano attuazione inscindibilmente… ma non tale da alterare la portata giuridica che esse hanno[3]".

Questo nodo, di vecchio stampo, che continua a sopravvivere imperterrito negli anni forse è divenuto ancor più struggente ove si pensi che ogni Ministro si circonda di un numero consistente di "consulenti", molto spesso uomini di partito i quali sotto l'apparenza tecnica finiscono per "subornare" il potere spettante ai vertici amministrativi del dicastero così perpetuando l'occulto infiltrarsi nell'attività amministrativa di orientamenti del partito di maggioranza al governo del paese.

[3] V.MS GIANNINI, Problematica dell'Amministrazione pubblica, in Scritti Vol. X, Giuffrè Editore pagg. 2001 e segg.

Alcuni decenni orsono chi scrive[4] rilevò come ogni ganglio di potere era stato occupato dal personale di partiti politici per cui il popolo dopo la lunga e difficile marcia di accesso nella sfera della dialettica dei poteri pubblici era pervenuta nuda alla meta e rivendicava l'esercizio effettivo delle proprie relative prerogative e che quindi occorreva riscoprire la Costituzione. Ed è stato a causa di una tale ripresa della "speranza" del popolo che si è registrato il lento disfacimento dei partiti di massa ed il disorientamento del corpo elettorale, riducendosi al punto tale che la maggioranza politica si riduce ad essere eletta dalla maggioranza della minoranza (quasi un terzo) del corpo elettorale.
Se siffatta è la situazione si può anche spiegarsi che alcune affermazioni di principi costituzionali rimangono senza attuazione e soprattutto di difficile comprensione, come quella di cui all'art. 98, 1°, Cost., secondo cui i pubblici funzionari (=la p.A., apparato) "sono al servizio esclusivo della Nazione" (=popolo/società). Tale affermazione rappresenta e costituisce il punto di congiunzione (starei per dire di alleanza) tra l'apparato amministrativo pubblico e la società che a fatica ha percorso il primo tratto della parabola che ha consacrato il suo "**accesso**" nella dialettica dell'esercizio dei poteri istituzionali, altro che affermazione di mero valore di ispirazione etica poiché è appena il caso di sottolineare che, se una siffatta congiunzione è avvenuta (e deve anche realizzarsi) occorre che l'apparato dell'amministrazione pubblica deve aprirsi all'osservazione e /o al giudizio della società e quindi deve assumere il connotato della "trasparenza".

4. Conferma della prospettiva dell'indagine

Ci si è fin qui intrattenuti nella descrizione dell'essere della situazione attuale (ponendo in risalto alcuni profili patologici) ora occorre rivolgere l'attenzione sul dover essere, facendo ritorno sulla disciplina costituzionale che connnota peculiarmente la nozione di Repubblica (si fa presto ad esprimersi riferendosi alla terza, quarta Repubblica quando sarebbe necessario tener presente che non tutta la Costituzione risulta ancora applicata).
Comunque si è posto in evidenza come l'apparato, pubblica amministrazione, ormai distinta dal Governo nell'attività di applicazione della legge (nei confronti dei componenti della società civile) deve muoversi secondo i principi di cui agli artt. 97 e 98 Cost., nel senso specifico secondo cui il canone della imparzialità impone che sia, nell'azione concreta, garantita l'uguaglianza di questi, cosicchè deve rifuggire ogni intromissione politica tesa a favorire (o anche a danneggiare) una parte, pena la responsabilità del funzionario agente e pertanto nell'assumere una decisione (provvedimento) deve necessariamente obiettivare la conoscenza della zolla sociale

[4] Cfr. I valori inesauribili della Costituzione, una cultura da diffondere, ora in G. PALMA, Scritti giuridici, Napoli 2014, 625 ss.

sulla quale è, chiamato ad intervenire, ma una tale operazione deve anche essere trasparente (molti decenni orsono si impiegava il vocabolo oggettivare[5]) cioè esporre chiaramente l'intero percorso conoscitivo in modo che si possa valutare se in detto percorso non sia intervenuto un qualche elemento che abbia influito sulla obiettiva conoscenza della situazione di fatto, in conseguenza il principio della trasparenza rappresenta una sorta di coadiuvante del rispetto della imparzialità.
Questo dovere di obiettivazione è imposto dalla Costituzione a favore della società civile nel suo ruolo nuovo assunto, al fine che possa controllare che l'Amministrazione non commetta alcune ipotesi di "eccesso di potere" in altri termini di parzialità. Si può ben riassumere siffatto epicentro funzionale che nella Costituzione risulta previsto una sorta di controllo diffuso affidato ai singoli componenti della Società che abbiano stabilito uno specifico contatto con l'autorità amministrativa.
Non va dimenticato che, in occasione dell'approvazione dell'articolo 98, non fu positivamente adottata la disposizione (presentata da Togliatti[6] ed altri) che prevedeva sulla p.A. un "controllo popolare", ma la proposta fu rigettata anche in forza della osservazione (Ruini) che il cittadino aveva molte frecce nel suo arco per difendersi da eventuali abusi. Cosicchè non è proprio peregrino ritenere che quella esigenza considerata utile se non necessaria abbia finito per divenire cellule staminali di altri istituti definitivamente inseriti nella Carta, tutti insieme cospiranti ad aprire varchi nel quale il singolo interessato può pervenire a controllare eventuali abusi, in una prospettiva di controllo affidato a chi abbia anche un interesse proprio che lo costringa a stabilire il contatto con l'Amministrazione.
E se ciò debba essere consentito dipende dal dovere che l'autorità amministrativa deve "aprirsi" alla società ed i singoli componenti di questa sono tenuti alla fedeltà della Repubblica ex art. 54 Cost..
Tutto tiene nel ridisegnare il quadro di riferimento costituzionale. Ma l'aspetto più eclatante è quello che si riferisce al vecchio fenomeno della intromissione della politica nell'iter fisiologico del procedimento dell'azione amministrativa. Molto spesso in passato le "mire" della politica venivano camuffate dalla esigenza di correggere l'organizzazione del dicastero in termini di scienza dell'organizzazione, ora il contrario avviso va dedotto dall'art. 97, 1°, in virtù del quale gran parte di detta scienza viene recuperata a livello legislativo, in conseguenza ogni ulteriore intervento ministeriale deve necessariamente percorrere la strada, più lunga in verità, di sollecitare il Governo a chiedere l'intervento parlamentare.
Però ogni pericolo di intromissioni arbitrarie non sono da escludere, infatti, il Governo e per esso il Ministro che potrebbe voler "suggerire" un diverso indirizzo

[5] In Itinerari di Diritto Amministrativo, Lezioni 1993-1994, Cedam, pag. 360 e ss.
[6] E' da ricordare come anche il "diritto di reazione" generale, previsto nel progetto di Costituzione venne cancellato nei valori dell'Assemblea.

interpretativo di una legge e/o di una norma ad esempio tale che favorendo una parte per ragioni politiche – partitiche finire per introdurre una grave disuguaglianza tra i componenti della società, al cui servizio la p.A. è tenuta a mantenersi.

In conclusione ogni ipotesi di interferenza della politica –partitica, ancorchè ammantata da lessico istituzionale, come direttiva, circolare ecc., integra un intervento che può definirsi un abuso politico che, nella maggior parte dei casi prefigurabili, possono anche non integrare una fattispecie di rilievo penale. Donde, ancora una volta, viene in soccorso della legalità istituzionale il principio di trasparenza.

Si passa ora brevemente ad elencare alcuni istituti che per la loro intima struttura funzionale presentano l'idoneità a soddisfare il duplice profilo finora richiamato, vale a dire sia il profilo di soddisfare l'interesse personale, sia quello teso in modo strumentale a garantire al tempo stesso l'interesse generale di garanzia della legalità costituzionale. Per primo si ricorda la partecipazione del privato al procedimento amministrativo, questo per essere fedele al principio di trasparenza, deve poter realizzare la parità della conoscenza di entrambe le parti, cosicchè al privato devono essere forniti tutti i documenti in possesso dell'autorità procedente, in conseguenza il privato può chiedere, qualora non comunicati, tutti gli atti anche quelli di diverse autorità intervenute su questo piano e se l'Amministrazione si rifiuta ovvero rimane inattiva, la questione viene trasferita in sede giurisdizionale e il giudice ha diversi mezzi per raggiungere lo scopo di una completa conoscenza ivi inclusi direttive, circolari ecc., come dimostrano le disposizioni di cui agli artt. 63 – 66 del c.p.a.

Così il diritto di accesso ai documenti di cui alla riforma della L. 241 del 1990 ad opera di tutti i soggetti privati interessati compresi i titolari di interessi pubblici e di interessi diffusi (art. 22 e segg.), il che pone in evidenza ancora una volta come l'interesse personale fa da spinta per aprire un orizzonte di conoscenza più generale e oggettiva che potrebbe mettere in evidenza anche atti contenenti abusi politici di cui qui è parola. Ma allargando di più la visuale in questo campo argomentativo potrebbe essere coinvolto anche la petizione di cui all'art. 50 Cost. per chiedere provvedimenti legislativi o esporre comuni necessità.

Qui va fatta una preliminare precisazione. La qualità della petizione è definita in modo generale e starei per dire aspecifico con riferimento alla presente indagine però va anche rilevato a maggiore specificazione del contributo alla presente indagine che ogni facoltà (e/o istituto) con finalità di essenza politica per di più rivolta a sollecitare l'intervento del Parlamento per sua stessa logica esistenziale lascia sempre libero questo di decidere il comportamento da assumere nella singola ipotesi, cosicchè non esclude che la petizione venga inoltrata al fine che il Parlamento "corregga" un atto di Governo che alteri l'indirizzo di applicazione di

una norma legislativa, il che servirebbe a reagire ad un abuso politico come qui definito.

Ma non è anche da escludere che in seguito ad una petizione la Camera decida di procedere ad una inchiesta conoscitiva sull'oggetto e sul tipo di abuso rilevato nella petizione; e così via. In verità il sistema adottato in Costituzione in riferimento alla Repubblica democratica sociale presenta anche strumenti di salvaguardia e, se si vuole, di correzione dell'anomalia del funzionamento, tali strumenti sono a disposizione dei componenti del corpo sociale, ne hanno la legittimazione nel riconosciuto dovere di partecipazione solidale oltre che al progresso politico anche all'iniziativa libera di questi tenuti alla fedeltà alla repubblica e quindi ai doveri di solidarietà riconosciutigli sempre dalla Costituzione[7].

Se poi in forza della effettività, proroga del vecchio regime parlamentare, la politica praticata ha perso nel tempo la stella polare dell'esigenza di adeguare i summenzionati istituti al nuovo che attende ancora di essere sviluppato non è certo colpa soltanto del corpo sociale ma anche dell'atteggiamento defatigatorio del personale politico timoroso che ogni più radicale modifica del sistema generale istituzionale possa costituire un condizionamento al potere detenuto.

La ricerca giuridica però deve essere di stimolo a riprendere la sincera adesione alla Costituzione e, si termina con il ricorso ad una ben nota area operistica: "*tramontate stelle*" (poiché) prima o dopo un tale comportamento di ricerca giuridica "*proverà a vincere*" (ad imporsi) all'alba.

[7] Sulla responsabilità del pubblico funzionario, G. PALMA, La ricostruzione concettuale di "danno ingiusto" nell'ambito dell'azione amministrativa e la sua ripercussione sul rapporto organico del funzionario, ora nel volume Dell'azione amministrativa a regime di diritto privato ed altri scritti, Giappichelli 19191, 215 ss.

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

Il complesso e frammentario sistema dei poteri normativi statali e locali nella gestione dell'emergenza da Covid-19*

di Francesco Zammartino

(Professore di ruolo di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale")

e Bianca Nicla Romano

(Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Premessa. 2. L' adozione dei DPCM nella fase di emergenza sanitaria: alcuni rilievi critici. 3. Il disegno normativo delle competenze nei decreti legge dell'emergenza. 4. Il conflitto tra l'ordinanza del Sindaco di Napoli e quella del Presidente della Regione Campania sugli orari della movida. 5. La sospensione dell'ordinanza del Sindaco di Napoli da parte del T.A.R. Campania. Brevi riflessioni.

Abstract

The paper focuses on the skills outlined by the unusual urgency decree that was used in the management of the pandemic and on the consequent complexity of the exercise of regulatory powers at central and territorial level which has often given rise to conflicts in the management of interests, as happened in the case of the determination of the nightlife hours by the President of the Campania Region and the Mayor of Naples.

1. Premessa

Dall'angolazione del giurista, e del giuspubblicista in particolare, il tema riguardante lo "stato d'emergenza" si presenta nel nostro sistema ordinamentale in tutta la sua complessità. Invero, il nostro Testo costituzionale, diversamente da altre esperienze costituzionali[1] (si pensi alla Costituzione della V Repubblica francese), non contiene disposizioni che normano espressamente l'attribuzione dei poteri in una fase emergenziale (e tantomeno di assedio)[2]. Gli articoli 77, 78 e 120 Cost. che, pur nei diversi contenuti, conferiscono al Governo il potere di emanare decreti legge per fronteggiare situazioni di necessità e urgenza, lasciando al Parlamento la conversione, si limitano, anche nel caso specifico dello stato di guerra, a prevedere solo il mero spostamento delle competenze costituzionalmente previste[3].

Ne consegue che il fenomeno dell'emergenza nel nostro sistema ordinamentale non possa che essere disciplinato da fonti subordinate a quelle di livello costituzionale[4].

Non è questa la sede per analizzare dettagliatamente le ragioni che indussero i Padri costituenti ad intraprendere la via della "decostituzionalizzazione", delegando alla legge la disciplina delle singole situazioni di emergenza[5]. Basti ricordare che in sede Costituente, all'interno della seconda Sottocommissione, i due schieramenti opposti, rappresentati rispettivamente dall'on. La Rocca, favorevole ad una disciplina costituzionale degli istituti adoperabili nelle situazioni di emergenza, e dall' on. Tosato, propenso all'esercizio di poteri derogatori che traessero legittimazione dall'esistenza di una condizione di "necessità politica", non portarono a nessuna scelta condivisa[6]. Maturò alla fine, quindi, la decisione di non inserire nella Costituzione clausole di emergenza che potessero compromettere, in circostanze imponderabili e incerte, la tenuta del sistema costituzionale fondato sui diritti di libertà.

---

* *Il presente articolo nasce dal lavoro congiunto dei due autori; tuttavia, i paragrafi 1 e 2 sono stati curati da Francesco Zammartino; mentre i paragrafi 3, 4 e 5 sono stati curati da Bianca Nicla Romano.*

[1] Ma anche all' ordinamento costituzionale tedesco che prevede una disciplina organica della materia. Recentemente, S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 534.

[2] Cfr. A. PIZZORUSSO, *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Treccani, 1993.

[3] B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in Federalismi.it, n. 6/2020, p. 3.

[4] V. BALDINI, Prendere sul serio il diritto costituzionale…anche in periodo di emergenza sanitaria, in Dirittifondamentali.it, n. 1/2020, p. 3.

[5] Eppure, ancora aperte erano quelle ferite nate da vicende storiche che avevano insegnato come la creazione dello Stato totalitario da parte del regime fascista fosse stata accelerata anche dalla "debolezza" dello Statuto Albertino che, tra l'altro, non conteneva una disciplina costituzionale dello "Stato di emergenza" che ne stabilisse presupposti, modalità, contenuti essenziali e limiti temporali. In quel modello costituzionale, come è noto, fu facile per il regime fascista far passare mediante l'utilizzo dello strumento decreto la presunta "urgenza" con cui si fecero passare delle misure che erano, nella maggior parte dei casi, del tutto ordinarie.

[6] Sul punto, *ex plurimis*, B. CHERCHI, *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1981, pp. 1121 ss; G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, p. 34 ss.

Di qui la conclusione che la nozione di "pieni poteri" deve considerarsi estranea al nostro circuito costituzionale, atteso che non si prevede nessuna attribuzione all'esecutivo di una sorta di "delega in bianco", che gli permette di esercitare "tutti i poteri"[7].

D'altra parte, il nostro sistema costituzionale, che prevede una forma di governo parlamentare nella quale l'unico organo direttamente rappresentativo del corpo elettorale è il Parlamento[8], individua nella legge il punto di tenuta del sistema[9].

Tenute ferme queste considerazioni, c'è da dire che nel nostro sistema ordinamentale le fonti che legittimamente possono essere utilizzate in caso di necessità sono il decreto legge e le ordinanze di necessità e urgenza.

Il decreto legge che, ai sensi dell'art. 77 Cost., è un provvedimento provvisorio con forza di legge nella previsione di una responsabilità del Governo e in attesa di una tempestiva convalida da parte del Parlamento[10].

L'ordinanza di necessità, che si presenta (almeno formalmente) quale atto di natura amministrativa e vincolato al rispetto della legge[11]; essa deve essere, inoltre, motivata e la sua efficacia non può protrarsi oltre il permanere della circostanza di necessità e di urgenza[12].

Scopo di questo brevi riflessioni è, pertanto, di esaminare se, nell'ambito di un quadro costituzionale che prevede una riserva assoluta rinforzata di legge per la compressione dei diritti di libertà fondamentali (si pensi alla libertà personale e di circolazione di cui, rispettivamente, agli art. 13 e 16 Cost.), l'utilizzazione di tali fonti *extra ordinem* (comprese quelle regionali e locali) nella fase emergenziale sia stata esercitata nel pieno rispetto dei principi costituzionali e delle previsioni contenute in leggi ordinarie in materia[13], questi ultimi ispirati, peraltro, all'esigenza di unità

---

[7] Cfr. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, 2003, p. 421 ss.

[8] F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2019.

[9] Cfr. C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2020, p. 83.

[10] Si rinvia a F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, p. 201 ss.

[11] , *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2005, 3, pp.649-650.

[12] *Ex plurimis*, M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl.* Cass. Civ., 1948, I, p. 389 ss; V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. Cost.*, 1956, pt. I, P. 683 ss.; G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti in senso sostanziale (dir. cost. e amm.)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1965, p. 89 ss.; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979 R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la l. n. 225 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 505 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 20-22 sett., 2007), Milano, 2008, p. 155 ss.; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 1-2, p. 33 ss.

[13] A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. Il caso del Coronavirus*, in *Biolaw Journal*, n. 2/2020; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 21 marzo 2020, p. 368 ss.; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in Rivista *AIC*, n. 2/2020, p. 558.

complessiva attraverso il dinamico equilibrio del complesso dei diritti e principi che essi stessi si incaricano di prevedere e realizzare[14].

2. L' adozione dei DPCM nella fase di emergenza sanitaria: alcuni rilievi critici

L'imprevedibilità dell'evento urgente, qual è stata la rapida diffusione dell'infezione da Covid 19, ha provocato, come era persino logico, una reazione immediata del Governo che si è tradotta, tuttavia, in una schizofrenica attività normativa caratterizzata da un'ampia congerie di provvedimenti adottati disomogeneamente (decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e decreti di ministri, circolari , direttive ministeriali e ordinanze della Protezione civile)[15], sia per forma e, più in generale, per contenuto.

Ma, mentre per i decreti legge finora emanati dal Governo le perplessità che si rilevano restano quelle in ordine al dibattuto tema dei complessi rapporti tra Governo e Parlamento delineati ancora una volta in modo piuttosto blando, senza prevedere una consultazione parlamentare continua perfettamente compatibile con l'urgenza[16], dubbi ben maggiori si rilevano nei confronti della legittimità dei decreti del Presidente del Consiglio di disporre temporaneamente misure fortemente restrittive delle libertà personali garantite dal Testo costituzionale. Ci si domanda, infatti, se l'emergenza sanitaria possa giustificare il ricorso a provvedimenti (formalmente amministrativi) normativi eccezionali con effetti immediati privi di un qualsiasi radicamento e limite in una precedente disciplina legislativa.

La Corte costituzionale già anni fa ebbe modo di affermare che è «*conforme a Costituzione la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata*»[17].

Da tale decisione si evince che, da una parte, i provvedimenti in esame non possano vedersi riconosciuta la forza di legge[18], in quanto si scontrerebbero con il "diritto vivente" il cui scopo è quello di garantire il rispetto del principio di legalità, dall'altra, la fonte primaria "intermediaria" non potrà comunque limitarsi alla generica previsione della loro adottabilità[19].

---

[14] Va aggiunto, invero, che gli atti amministrativi adottati dagli enti territoriali locali mostrano non poche criticità di natura interpretativa, non solo per la loro non inconsueta difformità, bensì pure perché dispongono in modo disordinato sia obblighi che mere raccomandazioni.

[15] F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti legge*, in Federalismi.it, *Osservatorio emergenza Covid* 19, 22 aprile 2020, p. 2.

[16] M. LUCIANI, Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, in Consulta on line, 11 aprile 2020, p. 9.

[17] Corte cost., sent. n. 617/1987.

[18] G. U. RESCIGNO, *Note per la ricostruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 767 ss.

[19] V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità*, cit., p. 179 ss.

Come è facilmente intuibile, la Consulta conferma la centralità del Parlamento che non può essere dimenticata affidando il governo dell'emergenza alle quotidiane determinazioni del Capo del Governo e dei suoi esperti[20].
Nel caso della pandemia da Coronavirus il Governo, invece, ha deciso di prediligere l'agile ed incontrollato strumento dei DPCM, convalidati sostanzialmente di tanto in tanto da alcuni decreti legge[21]. Le perplessità aumentano se poi si pensa che il decreto legge n. 19 del 2020, avallando gli atti del Presidente del Consiglio contenenti misure restrittive nei confronti di diritti fondamentali del cittadino, ha previsto una discutibile forma di controllo parlamentare: i decreti presidenziali devono essere comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione, mentre il Presidente del Consiglio ne riferisce ogni giorno alle Camere.
Ne scaturisce, a mio sommesso avviso, un quadro fortemente destabilizzante poiché si conferisce all'attuale Presidente del Consiglio uno straordinario rilievo ai provvedimenti che pongono, sebbene la loro temporaneità, in posizione subalterna la stessa legislazione sulla protezione civile[22], contrariamente allo spirito del T.U. n. 1/2018[23] (Codice della protezione civile).
Si ha, in altri termini, l'impressione che, pur se inizialmente ci si è mossi all'interno della legislazione sulla protezione civile, si sia d'improvviso, invece, approdati in un contesto ben più ampio, e cioè quello della decretazione d'urgenza, determinando, però, una sorta di corto circuito nel momento in cui si è previsto di stabilire e precisare tramite i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri le misure contenute nei decreti legge, con la conseguenza di esaltare la figura del Presidente del Consiglio come titolare di un vero potere di decisione, piuttosto che come titolare di un potere di direzione della politica generale del Governo e di coordinamento dell'attività dei ministri.

---

[20] G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987, XII, p. 125.

[21] In tal senso cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.

[22] F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1, 2020, p. 139. Si pensi alla dichiarazione di stato di emergenza del 31 gennaio, che avrebbe dovuto costituire la premessa di poteri straordinari in capo agli organi della protezione civile, e che invece ha finito col divenire un mero richiamo motivazionale dei decreti legge via via emanati.

[23] Tra i vari DPCM adottati si ricordano, in particolare, il D.P.C.M. del 1 marzo 2020 che ha disposto, «*allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus SARS-COV2-2019/2020*», per n. 11 Comuni compresi tra Lombardia e Veneto, il «*divieto di allontanamento…di tutti gli individui comunque ivi presenti*», nonché il «*divieto di accesso*» nei medesimi territori; successivamente, il D.P.C.M. del 8 marzo 2020, ha previsto, «*allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus Covid-19 nella Regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio dell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia*», all'art. 1, comma 1, lett. a), di: «*evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza*»; il giorno seguente, 9 marzo 2020, sempre con lo strumento del D.P.C.M. ed «*allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus*», sono state, poi, «*estese all'intero territorio nazionale*» (art. 1, comma 1) le misure di cui all'art. 1 del D.P.C.M. del 8 marzo 2020, ivi compresa, quindi, quell'innanzi trascritta e concernente la compressione del diritto di libertà di circolazione e soggiorno sancito dall'art. 19 della Costituzione.

Poteri che, a dire il vero, non trovano riscontro neanche nel pur variegato e disomogeneo sistema delle fonti, atteso che tali provvedimenti del Presidente del Consiglio del tutto sganciati dal sistema non sono previsti dalla stessa legge n. 400/1988.

Ciò induce a sottolineare come l'"insolito" ruolo del Presidente del Consiglio nella gestione dell'emergenza abbia finito per alterare la nostra stessa forma di governo parlamentare, la quale, come è noto, adotta il modello in cui il Presidente del Consiglio è un *primus inter pares*, ovvero una figura gerarchicamente omogenea[24].

Invero, se i vari provvedimenti adottati hanno dato una forma specifica allo stato emergenziale che si è verificato a causa del contagio da Coronavirus, è il D. Lgs. n. 1 del 2018 che ha disciplinato cosa si intenda per emergenze di rilievo nazionale, definendole come «*eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari*» (art. 7). Dunque, a livello costituzionale l'emergenza non è compiutamente disciplinata, ma, all'interno del nostro ordinamento, ad essa è comunque riconosciuto un particolare *status* al quale apprestare una compiuta disciplina attraverso strumenti giuridici puntualmente definiti (cfr., per le emergenze nazionali, gli art. 23 e ss. del d.lgs. n. 1 del 2018). Del resto, non è casuale che il Consiglio dei Ministri abbia dichiarato lo stato di emergenza sin dallo scorso 31 gennaio affidando al Capo della Protezione Civile il compito di adottare ordinanze in deroga alla legge.

Come è stato opportunamente rilevato da alcuni commentatori[25], tale delega si è tradotta, nei fatti, in una vera e propria "autodelega" in favore del solo Presidente del Consiglio, in ragione della quale questi ha potuto esercitare i suddetti poteri senza alcun tipo di intervento da parte del Capo dello Stato, cui, costituzionalmente, compete, invece, l'emanazione dei regolamenti adottati dall'organo governativo collegiale, ma, soprattutto, prescindendo da quanto il nostro quadro costituzionale prevede, e cioè la riserva rinforzata di legge per le limitazioni dei diritti di libertà individuale, a partire da quella di circolazione sia all'interno che all'esterno del territorio nazionale (art. 16), e la previsione in capo al solo legislatore statale del potere di disporre in materia di ordine pubblico e sicurezza (art. 117, comma 2, lett. *h*).

La realtà determinatasi durante la pandemia, invece, ci ha posto dinanzi alla sospensione, tra l'altro a scadenza incerta, dei nostri diritti fondamentali attuata tramite decreti legge e, soprattutto, (tramite) provvedimenti amministrativi. Ma se, da un lato, dobbiamo accettare che tutto ciò sia accaduto per la necessità di affrontare e gestire la difficile situazione di emergenza attraverso strumenti maggiormente

[24] A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit.

[25] F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus, cit.*

idonei a spiegare effetti immediati, producendo risultati rapidi ed efficienti, dall'altro abbiamo anche il dovere di percepire, come giuristi e come cittadini, l'eccezionalità di tali limitazioni, ricordando che la democrazia non si favorisce attraverso misure centralizzate che intervengono in maniera decisa ed assoluta nelle nostre vite, comprimendole in ogni loro aspetto.
Le libertà costituzionali sono una nostra ricchezza che non può eclissarsi e l'integrità della Costituzione non può essere messa in discussione da un bilanciamento con l'emergenza, dinanzi al quale essa finisce fatalmente per soccombere.

3. Il disegno normativo delle competenze nei decreti legge dell'emergenza
La velocità con la quale si è propagato il virus dopo la dichiarazione dello stato di emergenza per la durata di sei mesi ha evidenziato una serie indefinibile di lacune presenti nel nostro Paese, derivanti innanzitutto dalla totale impreparazione a gestire una "strage" del genere, essendosi rivelate da subito insufficienti sia le strutture per accogliere i malati, che i mezzi per consentire i ricoveri (dai posti letto in terapia intensiva, ai respiratori, al personale medico ed infermieristico) ed essendo addirittura mancati perfino gli elementari dispositivi di sicurezza come le mascherine o i guanti!
In una situazione che rapidamente sfuggiva sempre più al controllo, l'unica soluzione possibile è sembrata, ed è stata, anche in Italia, il temuto *lockdown*, che ha limitato i diritti di libertà, sociali, economici e politici[26] per tentare di gestire e tutelare la salute pubblica, costituzionalmente garantita dall'art. 32 e prioritaria rispetto a qualunque altro diritto[27]. I suddetti diritti, fortemente tutelati e garantiti dalla Costituzione, difficilmente avrebbero potuto essere limitati dal potere esecutivo, ed invece tutto questo è accaduto in pandemia[28]: la gravità della situazione di emergenza è stata tale da richiedere la necessaria adozione di provvedimenti normativi rapidi ed immediati, che consentissero di affrontare, di volta in volta ed al loro verificarsi, le situazioni legate al contagio (da quelle sanitarie a quelle economiche)[29]. Tali provvedimenti, insieme con i soggetti che li hanno posti in essere,

[26] Tra i diritti "toccati" c'è stata anche la proprietà privata, dal momento che il cd. decreto Cura Italia n. 18 del 17.3.2020 consente, all'art. 6, ha disciplinato la requisizione di presidi sanitari e beni mobili, nonché di beni immobili (strutture alberghiere) per far fronte all'emergenza Covid-19. Ma ci sono stati anche i diritti sociali, come quello all'istruzione, che è stata consentita secondo modalità diverse, "a distanza; ed infine i diritti di natura economica e la libertà di impresa - incisi dalla stessa restrizione imposta alla libertà di circolazione - ed i diritti politici che, specie in Italia, hanno portato non solo al rinvio del referendum costituzionale sul taglio del numero dei parlamentari, ma anche al rinvio delle elezioni regionali.

[27] Si veda anche S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19 n*. 1 - 13/03/2020.

[28] Cfr. *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, a cura di L. CUOCOLO, in *Federalismi.it., Osservatorio emergenza Covid-19,*

[29] A proposito dell'uso legittimo del potere in presenza di pericolo di un grave danno che minaccia un pubblico interesse si veda C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, Giuffrè, 2005.

sono stati oggetto di grande attenzione, innanzitutto sotto il profilo della legittimità, in quanto, in situazioni "normali" e non di emergenza, né gli uni né gli altri avrebbero potuto tangere i diritti costituzionali[30], protetti da una serie di garanzie che vanno dalla rigidità costituzionale, alla riserva di legge, alla riserva di giurisdizione, alla tutela in giudizio e ad altro ancora.

Il nostro Paese, dunque, come è stato efficacemente detto nelle pagine precedenti, ha dovuto gestire l'emergenza facendo ricorso ad un incalzante ed incessante numero di provvedimenti che hanno inciso sulle nostre libertà, imponendoci le condotte opportune, ancorché necessarie, per fronteggiare l'inaspettato momento. Ma il riparto dei poteri disegnati dai vari decreti legge che si sono susseguiti, e che ha derogato all'esercizio normativamente previsto di essi da parte degli organi cui istituzionalmente sarebbe spettato, ha dato, spesso, luogo all'insorgere di conflitti che, specie nei rapporti tra Regioni e Comuni, sono stati evitati dall'intervento prefettizio o da quello del giudice amministrativo, come è recentemente accaduto in Campania, nel conflitto che si è verificato tra l'ordinanza del Presidente della Regione e quella del Sindaco del Comune di Napoli, entrambe adottate per disciplinare gli orari di chiusura dei locali di intrattenimento che animano la cd. movida. Il conflitto è stato risolto dal tempestivo intervento del T.A.R. Campania che, per le ragioni che si illustreranno di seguito, ha sospeso l'ordinanza sindacale dando prevalenza a quella regionale, essendo ancora in corso lo stato di emergenza dichiarato a gennaio.

La nostra Costituzione, come detto, non contiene una disciplina specifica relativa agli stati di emergenza ed ai poteri che, in tali condizioni, possono essere esercitati; infatti, ad eccezione degli artt. 77[31], 78[32] e 120[33], non esistono ulteriori norme alle quali ci si sarebbe potuti rifare per la gestione della situazione di emergenza che incombeva sul nostro territorio. Dunque, si è verificata una "inedita" assunzione di "centralità" da parte del Governo che, dal primo momento, si è posto quale attore unico dello scenario, assumendosi ogni responsabilità della gestione dell'emergenza, senza coinvolgere il Parlamento, almeno fino all'adozione del D.L. n. 19 del 25 marzo 2020 (cioè per più di un mese) ed utilizzando, quali atti normativi, oltre ai decreti-legge, anche i DPCM.

Ma se il decreto-legge è comunque una fonte di rango primario, con la quale ben si potrebbe, in ragione dello stato di necessità ed urgenza, limitare gran parte dei diritti

[30] In punto si veda, V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 2, p. 345 ss.

[31] Che disciplina il potere del Governo di emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria «*in casi straordinari di necessità e di urgenza*».

[32] Tale noma, però, ha carattere eccezionale in quanto disciplina lo stato di guerra e, dunque, non può essere richiamata nel caso della pandemia di Covid-19, neanche per applicazione analogica.

[33] Che, come è stato modificato a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, prevede che il Governo si sostituisca agli altri enti territoriali in caso «*di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica* […]».

fondamentali[34], non era stata mai attribuita una forza simile ai DPCM, atti che sono sottoposti al solo ed unico controllo (preventivo di legittimità) esercitato dalla Corte dei conti, e non anche a quello preventivo del Presidente della Repubblica ed a quello successivo del Parlamento[35]. Ciononostante, il Governo, già dal momento in cui ha emanato il decreto-legge n. 6/2020, ha operato un rinvio "in bianco" a tali strumenti, per cui la legittimazione all'utilizzo di essi non è derivata dalla Costituzione, ma da un decreto-legge che ne ha reso responsabile il Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti altri responsabili politici (Ministri e Presidenti di Regione), senza alcun intervento formale né del Presidente della Repubblica per la loro emanazione, né del Parlamento per la loro conversione[36]. In pratica, l'esigenza di utilizzare una procedura più snella e maggiormente compatibile con il dinamismo emergenziale e la necessità di evitare il dilagare dei contagi tra i vertici statali hanno determinato la conseguenza del sostanziale esautoramento dei poteri del Parlamento in questo periodo.

La *ratio* sottesa alla scelta di adottare tali è stata individuata nella necessità di affrontare l'emergenza con uno strumento versatile ed immediato, che consentisse di completare e dare attuazione ai decreti legge e con il quale potere intervenire periodicamente (di trenta giorni in trenta giorni) fino alla fine ipotizzata e dichiarata dello stato di emergenza[37].

Ai DPCM si sono affiancate, inoltre, le ordinanze[38], le direttive ed i decreti di varie autorità appartenenti al Governo (come, ad esempio, i Ministeri della Sanità, degli Interni o dell'Economia), oltre che della Protezione Civile, dei Presidenti di Regione e dei Sindaci dei Comuni italiani[39]. Questa è stata, dunque, la strada prescelta per

---

[34] Come da sempre sostenuto dalla Corte Costituzionale che ha precisato che il Governo può prevedere limitazioni applicabili a tutti i cittadini «*e non a singole categorie*» nella sent. n. 2 del 1956 e nella sentenza n. 68 del 1964, attribuendo tale interpretazione alla frase contenuta nell'art. 16 Cost. «*limitazioni che la legge pone in via generale*».

[35] Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013; R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, Molfetta, 2019.

[36] Relativamente al rapporto tra decreti-legge e DPCM nel periodo di difficile gestione dell'emergenza si veda L.A. MAZZAROLLI, *"Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale*, in *Federalismi.it*, 2020, *Osservatorio emergenza Covid-19* – 23 marzo 2020.

[37] Ovvero il 31 luglio 2020.

[38] In merito alle ordinanze regionali nel contesto emergenziale, cfr. V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, *Osservatorio emergenza covid-19* – 20 maggio 2020.

[39] Come è noto, infatti, sono state emanate ordinanze anche dalla Protezione civile, a seguito proprio della Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 contenente la «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», tramite la quale il Governo, ai sensi del decreto legislativo n. 1 del 2018, ha rinviato, per l'adozione delle misure concrete nei mesi di stato di emergenza per rischio sanitario, ad ordinanze del Capo dipartimento della Protezione civile «*in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico*». Ancora, sono state adottate ordinanze dal Ministro della Salute - autorità sanitaria ai sensi dell'art. 32 della legge n. 833 del 1978 - resesi necessarie per gestire ed affrontare la prima fase di comparsa dell'epidemia e tutti i successivi *step* necessari, comprese le misure della quarantena. Il comma 2 dell'art. 2 del D.L. n. 19, del 25 marzo

affrontare l'emergenza che ha travolto il nostro Paese e che può sostanzialmente definirsi, prendendo in prestito l'espressione usata da certa dottrina «*l'autoassunzione di un potere extraordinem che si legittima per via di necessità*[40]» e tale necessità, vale a dire la tutela della salute pubblica, ha reso possibile "sospendere" temporaneamente la "legalità ordinaria".

L'adozione di tutti questi atti è stata, a sua volta, la fisiologica promanazione del pluralismo istituzionale che caratterizza il nostro ordinamento e che non è stato ignorato dal Governo: quest'ultimo, infatti, non ha ritenuto di sostituirsi agli altri livelli territoriali nella gestione dell'emergenza (come sarebbe stato reso possibile dall'art. 120 Cost.), scegliendo di coinvolgerli e di renderli corresponsabili sin dal primo momento, mantenendo, tuttavia, il suo ruolo centrale al fine di garantire una sostanziale uniformità su tutto il territorio nazionale[41]. Pertanto, anche in ossequio alla giurisprudenza di legittimità[42], il Governo ha attratto a sé, in via sussidiaria, sia le funzioni amministrative che quelle legislative[43] e, già dal primo decreto-legge, il n. 6/2020 (convertito nella l. n. 13 del 5 marzo 2020), ha previsto che l'attuazione delle misure di contenimento si realizzasse attraverso «*uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri, competenti per materia, nonchè i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale*[44]». La stessa previsione è contenuta anche nel successivo decreto-legge n. 19

2020 ha, inoltre, previsto una sorta di potere di supplenza del Presidente del Consiglio potendo intervenire con ordinanza «*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e con efficacia limitata fino a tale momento, in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute*». Infine, è stata prevista l'adozione di «*provvedimenti necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale*» da parte del «Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19», istituito dall'art. 122 del decreto-legge n. 18, del 17 marzo 2020 (conv. nella l. 27/2020). Tale soggetto, del cui operato riferisce il Presidente del Consiglio al Parlamento, collabora con le Regioni e le supporta nell'esercizio delle relative competenze in materia; i suoi provvedimenti, pur potendo essere adottati in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea, non hanno, però, natura normativa e «*sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato regioni e alle singole regioni su cui il provvedimento incide, che possono chiederne il riesame*».

[40] G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, su *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 1 | 2020, Editoriale Scientifica, p. III.

[41] Del resto, all'interno del dossier della Commissione parlamentare per le questioni regionali relativo alla conversione del decreto-legge n. 6/2020 è stato precisato che le materie oggetto della decretazione d'urgenza rientrano nelle materie «"*ordinamento e organizzazione dello Stato e degli enti pubblici nazionali" e "profilassi internazionale" che l'articolo 117, secondo comma, lettere g) e q), della Costituzione, riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, nonché alla materia "tutela della salute", oggetto di potestà legislativa concorrente ai sensi dell'articolo 117, comma terzo, della Costituzione*».

[42] A partire dalla sentenza della Corte cost. n. 303 del 2003.

[43] Ovviamente non quelle che già spettavano ad esso sulla base del normale sistema di riparto contenuto nell'art. 117 della Costituzione.

[44] Art. 3, comma 1.

del 25 marzo 2020[45], attraverso il quale è stata regolata la seconda fase dell'emergenza tentando di mantenere, per quanto possibile, un pluralismo istituzionale nella gestione di essa, riconoscendo ambiti di intervento anche al livello regionale e a quello comunale. Al comma 1 dell'art. 2 di tale decreto, infatti, è previsto, ulteriormente, che i decreti attraverso i quali adottare le misure di contenimento possano essere «*altresì adottati su proposta dei presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale, sentiti il Ministro della salute, il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia*».

Ma è l'art. 3 del decreto in questione che riveste una notevole importanza ai fini dell'oggetto delle presenti riflessioni. Infatti, tale norma consente alle Regioni di introdurre «*misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle attualmente vigenti*», valide fino a quando non vengano adottati i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, relativamente a «*specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso*». Ovviamente tale possibilità è stata ammessa «*esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale*», così da garantire comunque l'esistenza di una disciplina che tuteli il territorio di appartenenza, con una efficacia limitata fino a quando il Governo non provveda.

Insomma, il potere di ordinanza di Regioni ed enti locali per motivi sanitari è stato esercitato in maniera limitata ai casi di estrema necessità ed urgenza per far fronte all'emergenza Covid-19 e nelle more dell'intervento del Governo centrale, sospendendo momentaneamente la "normalità", ma solo fino a quando sussisterà lo stato di emergenza sanitaria. Infatti, non appena questo sarà terminato, sarà imprescindibile il ripristino e la riespansione di tutti i diritti ma anche di tutti i poteri che, per circa tre mesi, sono rimasti necessariamente "congelati", e tra questi sicuramente quelli esercitati dai Sindaci, i quali hanno subito le maggiori compressioni.

In quanto rappresentanti dei Comuni, territori più vicini agli interessi dei cittadini, i Sindaci possono e devono adottare i provvedimenti che meglio soddisfino le loro esigenze; difatti, sono stati i Sindaci - specificamente nei Comuni interessati dal contagio[46] - quelli che, per primi, a sole poche settimane dall'esplosione dell'epidemia in Cina, hanno cominciato ad adottare le prime misure restrittive[47]

[45] Convertito nella L. n. 35 del 22 maggio 2020. Tale decreto (convertito dalla l. n. 35 del 22 maggio 2020) abroga il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ad eccezione degli articoli 3, comma 6-bis, e 4 e l'articolo 35 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9.

[46] Segnatamente, quelli del lodigiano.

[47] Seguite da un'ordinanza del Ministro della Salute, d'intesa con la Regione Lombardia.

attraverso le quali sono state sospese, oltre che le attività lavorative e scolastiche, anche le manifestazioni pubbliche e ludiche. Solo a seguito dell'adozione di tali atti sindacali, il Governo è intervenuto emanando il citato D.L. 6/2020 che, infatti, contiene misure urgenti per evitare il propagarsi dell'epidemia da attuarsi proprio «*nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus*[48]».
Tale decreto, attraverso l'art. 3, comma 2, ha fatto salvo il potere di ordinanza dei Sindaci "nelle more" dell'adozione dei DPCM, al pari di quello delle Regioni, richiamando espressamente gli artt. 50, comma 5 T.U.E.L. e 117 D.Lgs. n. 112/1998. Successivamente, il D.L. 19/2020 ha statuito che «*i Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali*».
Con entrambi i decreti, insomma, il Governo, nella gestione dell'emergenza, ha ribadito il rispetto delle attribuzioni e delle competenze spettanti a tutti i soggetti istituzionali a vario titolo coinvolti, sottolineando la necessità di evitare sovrapposizioni tra norme statali e territoriali da cui potesse derivare confusione. Ecco perché, in particolare, il potere dei Sindaci è stato autorizzato in via residuale e senza recare misure in contrasto con quelle statali. I rappresentanti istituzionali dei Comuni, in pratica, possono introdurre misure più restrittive, nel rispetto degli stessi limiti previsti per i Presidenti di Regione, e possono intervenire con ordinanze dovute ad emergenze sanitarie nei limiti di competenza, ma senza incidere sulle attività produttive o strategiche. Dunque, possono integrare o completare le misure adottate dal Governo, com'è accaduto, ad esempio quando sono state adottate le ordinanze sindacali (ai sensi dell'art. 50 del TUEL - cioè per emergenza sanitaria) di chiusura dei parchi pubblici - più restrittive rispetto alle misure assunte come necessarie dal Governo - «*nelle more*» dell'adozione di provvedimenti governativi, per arginare la diffusione del virus in maniera più concreta nel proprio territorio di riferimento[49].

4. Il conflitto tra l'ordinanza del Sindaco di Napoli e quella del Presidente della Regione Campania sugli orari della movida

Dunque, anche le ordinanze sindacali, al pari di quelle regionali, non possono essere in contrasto con i provvedimenti statali; il rapporto tra ordinanze regionali e

[48] Cfr. F. DINOIA, *Coronavirus e legalità,* su *Istituzioni diritto economia*, 1/2020, pp. 55-81.

[49] Ma come è accaduto anche nel caso dell'ordinanza con cui cinque sindaci di altrettanti comuni dell'isola di Ischia avevano vietato lo sbarco ai residenti in Lombardia e Veneto, ai cittadini cinesi provenienti dalle regioni colpite dall'epidemia di Coronavirus e ai soggetti reduci da soggiorni in quelle stesse aree, che il Prefetto di Napoli ha prontamente annullato, cfr., al riguardo, A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, su *Osservatorio emergenza Covid – 19,* Paper – 15 aprile 2020, in Federalismi.it.

sindacali, invece, sembra doversi intendere nel senso che, una volta assicurata la concordanza con i DPCM e con le ordinanze del Ministero della Salute, le ordinanze sindacali potranno derogare eventualmente a quelle regionali[50], fermo restando che l'efficacia di quelle sindacali - sia di quelle adottate ai sensi dell'art. 54, comma 4 T.U.E.L., che di quelle emanate quale rappresentante della comunità locale ai sensi dell'art. 50, comma 5 T.U.E.L. - deve, comunque, essere legata a particolari condizioni di emergenza di natura locale che possano giustificare tale deroga, coerentemente con il quadro delineato da DPCM ed ordinanze del Ministero della Salute.

Nella Regione Campania, durante la cd. "Fase 2", quella di programmazione e pianificazione della ripresa delle attività, si è verificata la contemporanea adozione di due ordinanze in tema di orari di apertura degli esercizi commerciali da parte del Presidente della Regione[51] e del Sindaco del Comune di Napoli[52]. In particolare, l'ordinanza sindacale ha un contenuto ampliativo rispetto a quella regionale, determinando un inevitabile contrasto con questa da cui è derivata la necessità di individuare quale delle due dovesse prevalere sull'altra, al fine di garantire la certezza del diritto ma, soprattutto, di seguire un'unica indicazione normativa ed evitare confusione nell'applicazione di essa. Segnatamente, infatti, l'ordinanza regionale aveva disposto la chiusura dei locali che animano la movida (i cd. "baretti") all'una di notte, con divieto di vendita da asporto degli alcolici dalle 22; al contrario, l'ordinanza sindacale aveva successivamente previsto, nel territorio cittadino, e con contenuto difforme rispetto all'altra, l'apertura degli stessi locali fino alle 3,30 nei giorni dal giovedì al sabato, e fino alle 2,30 negli altri giorni.

A volere indagare la *ratio* più "permissiva" dell'ordinanza sindacale, essa va individuata nella necessità di contribuire al rilancio dell'economia per ricominciare lentamente e gradualmente a riprendere la vita "normale", pur senza "abbassare la guardia" rispetto alla gestione ed al monitoraggio dei contagi.

Nella parte motiva, il provvedimento sindacale reca una serie di riferimenti in parte condivisibili. Infatti, il Sindaco - pur nell'assoluto rispetto del superiore interesse della salute e dell'incolumità pubblica e, dunque, continuando a rispettare i provvedimenti ancora sostanzialmente orientati al distanziamento sociale adottati dal Governo - ha ritenuto che potesse derivare una maggiore tutela alla salute

---

[50] M. BORGATO, D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 24.03.2020.

[51] Ordinanza n. 53 del 29 maggio 2020, recante "Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica e dell'art. 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19. Disposizioni ai sensi dell'art. 1, comma 16, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33.

[52] Ordinanza n. 248 dello stessa data del 29 maggio 2020, recante "Attuazione e rafforzamento delle misure governative adottate per la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 nella cd Fase 2. Disposizioni in favore del distanziamento sociale e del decongestionamento degli spazi pubblici".

pubblica dal prolungamento di determinati orari finalizzato proprio ad evitare forme di assembramento in luoghi pubblici o aperti al pubblico, inevitabili quando non ci sono spazi sufficienti ad incontrarsi (specie per i giovani) e gli orari sono ristretti. In pratica, dal momento che all'emergenza sanitaria si è brutalmente aggiunta quella economica e sociale, determinata dalle pesanti ricadute anche occupazionali del *lockdown* nei settori produttivi del commercio, artigianato e turismo, si è ritenuto, da un lato, di dovere favorire una maggiore fruizione degli spazi della città in considerazione anche dell'attuale evoluzione *in melius* della situazione sanitaria e, dall'altro, di allungare gli orari di apertura degli esercizi commerciali destinati alla somministrazione di bevande alcoliche che, specie in serata, possono favorire, più di altri, assembramenti o concentrazione di persone essendo i luoghi in cui si svolge la cd. movida. Dunque, estendendo l'occupazione anche ad aree, diverse rispetto alle solite all'uopo destinate e, soprattutto, prevedendo orari più ampi, il Sindaco ha inteso andare incontro alla duplice necessità di contenere il problema degli assembramenti e di dare, al contempo, ai gestori dei locali la possibilità di riprendere in maniera più fluida la propria attività economica.
In realtà, spetterebbe al Sindaco il potere di coordinare e riorganizzare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici[53]; inoltre, l'art. 54, comma 6, del T.U.E.L. prevede che tale autorità può «*modificare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici*» quando, a causa di circostanze straordinarie, si verifichino particolari necessità dell'utenza[54]. L'ordinanza del Sindaco di Napoli, dunque, avrebbe avuto tutti i presupposti di legittimità per essere adottata, anche e soprattutto in considerazione del fatto che alla necessità di riprendere le attività economiche, nel prudente rispetto di ogni forma di cautela, si aggiunge quella di favorire tale ripresa o, per lo meno, di non ostacolarla ponendo limiti e preclusioni superiori a quelli che sarebbero necessari e che se, da un lato, sono posti a presidio di alcuni interessi, dall'altro non ne agevolano altri. In pratica, limitare e ridurre l'orario di apertura e chiusura di esercizi commerciali come i bar o i chioschi, impedendo la consumazione di bevande alcoliche oltre un certo orario, rischia di comportare come conseguenza proprio quella che si vuole evitare, e cioè la

[53] Come previsto dal comma 7 dell'art. 50 T.U.E.L., che recita: «*Il sindaco, altresì, coordina e riorganizza, sulla base degli indirizzi espressi dal consiglio comunale e nell'ambito dei criteri eventualmente indicati dalla regione, gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, al fine di armonizzare l'espletamento dei servizi con le esigenze complessive e generali degli utenti*».

[54] «*In casi di emergenza, connessi con il traffico o con l'inquinamento atmosferico o acustico, ovvero quando a causa di circostanze straordinarie si verifichino particolari necessità dell'utenza o per motivi di sicurezza urbana, il sindaco può modificare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, adottando i provvedimenti di cui al comma 4*».

congestione in altri orari e di altri luoghi diversi da quelli in cui non è più possibile acquistarli e consumarli oltre un certo orario.
Inoltre, come "stimolo" al ripristino di una situazione di normalità, nell'ordinanza sindacale viene fatto espresso riferimento alla necessità che si riespandano i poteri dell'autorità (il Sindaco) che rappresenta il livello istituzionale più vicino alla collettività locale (il Comune) e che meglio ne conosce le specificità e ne sa interpretare le esigenze, tra cui spicca quella di «*regolamentare ed organizzare la vita della città, contemperando la tutela della salute degli abitanti con gli altri interessi di pari dignità costituzionale tra cui il rilancio del tessuto produttivo e della vocazione turistica della città, fortemente compromessi dall'emergenza sanitaria*».
Poco prima dell'emanazione del provvedimento del Sindaco di Napoli, il Presidente della Regione Campania aveva deliberato orari di apertura e chiusura più ridotti dei suddetti esercizi commerciali, motivandoli con la stessa esigenza della tutela della salute e per evitare assembramenti. Nell'ordinanza regionale, però, è stato fatto riferimento ad una serie di norme espressamente orientate alla disciplina della salute che, dall'inizio della quarantena, consentono ai Presidenti delle Regioni di adottare provvedimenti specifici e puntuali per gestire l'emergenza sui rispettivi territori di appartenenza. In particolare, essa fa riferimento, infatti, al decreto-legge n. 33 del 2020 - che è, appunto, quello con il quale è stata decretata la ripresa *post lockdown* e, l'inizio, cauto, della "Fase 2" - ed all'art. 2 del DPCM del 26 aprile 2020, con il quale vengono disposte le misure di contenimento del contagio per lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive industriali e commerciali che i Presidenti di Regione, monitorando con cadenza giornaliera l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori, devono attuare per contenere il contagio.
Nello specifico caso dell'ordinanza *de qua*, dunque, il Presidente della Regione aveva adottato un provvedimento finalizzato ad evitare che si potessero creare assembramenti di giovani nelle ore serali e notturne senza limiti di tempo.

5. La sospensione dell'ordinanza del Sindaco di Napoli da parte del T.A.R. Campania. Brevi riflessioni

L'ordinanza sindacale è stata impugnata dal Presidente della Regione Campania per ottenerne la sospensione in quanto ritenuta illegittima per carenza di potere e violazione di legge[55]. Il primo profilo emergerebbe dal fatto che, sul presupposto di una situazione di crisi epidemiologica che coinvolge l'intero territorio regionale, essa detta disposizioni i cui effetti si riverberano ben oltre i confini del territorio comunale; il secondo (emergerebbe) dall'evidente violazione dell'articolo 3, comma 2, del decreto-legge numero 19 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge

[55] Cfr. I. FORGIONE, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2020, p. 92 ss.

numero 35 del 2020, che, come già evidenziato, vieta ai Sindaci di adottare «*a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali, ne' eccedendo i limiti di oggetto di cui al comma 1*».
Il T.A.R. Campania è intervenuto tempestivamente sulla questione, pronunciando il decreto cautelare *ante causam*[56] richiesto dal Presidente della Regione tramite il quale, però, non è stata annullata per intero l'ordinanza sindacale, ma ne è stata sospesa l'efficacia rispetto a quella sola parte che avrebbe creato problemi di incertezza perché in contrasto con l'ordinanza regionale.
In pratica, non tutte le previsioni contenute nell'ordinanza sindacale sono state sospese, e per questo l'ordinanza stessa non è stata "bocciata": essa resta salva nella parte in cui prevede l'apertura di nuovi spazi pubblici per consentire ai cittadini di riunirsi ed incontrarsi in luoghi ulteriori rispetto a quelli che la città già mette a disposizione, in maniera tale che l'aspetto del controllo epidemiologico sia parimenti controllato, tentando di evitare assembramenti. Viene, invece, sospesa nella parte in contrasto con le previsioni regionali perché si sarebbe creata una inevitabile confusione.
Alcune considerazioni vanno, però, fatte.
Come da previsioni normative dell'emergenza, i Sindaci hanno dovuto necessariamente fare un passo indietro rispetto all'esigenza che ci fosse una condotta più o meno unica sull'intero territorio nazionale e, dunque, laddove non ci siano state delle emergenze particolari di cui essi fossero maggiormente in grado di prendersi cura tramite proprie ordinanze di necessità ed urgenza, in qualità di rappresentanti del comune, hanno dovuto lasciare che i loro territori fossero gestiti da altre autorità.
Tutto questo è la conseguenza delle previsioni normative contenute nella decretazione d'urgenza che, dal mese di febbraio, il Governo ha posto in essere ma, prima ancora, è la conseguenza della dichiarazione dello stato di emergenza, per la durata di sei mesi, dalla quale sono derivati e sono stati legittimati gli stessi decreti legge ed i DPCM.
L'ultimo intervento normativo a proposito dei poteri dei Sindaci è stato il D.L. 33 del 2020, quello, cioè, come già detto, che ha disciplinato le modalità per approcciare ed affrontare la Fase 2. In tale atto, all'art. 1, si dispone la cessazione dell'efficacia di «*tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale di cui agli articoli 2 e 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19*», ma viene fatta salva la possibilità di adottare o reiterare le medesime misure restrittive in casi di «*particolare aggravamento della situazione epidemiologica*» che riguardi uno specifico territorio. Una tale previsione, evidentemente, consente ai Sindaci il potere di adottare specifiche ordinanze contingibili e urgenti in presenza dei presupposti di cui all'art. 3 del D.L.

[56] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli sez. I, dec., 1° giugno 2020, n. 1120.

19/2020, ma solo «*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*» e «*con efficacia limitata fino a tale momento*», per evitare sovrapposizioni e contrasti con la normativa statale.

Il dato della norma sembra confermare che lo spazio lasciato all'azione dei Sindaci sia quello finalizzato alla necessità di fronteggiare una eventuale (e non auspicabile) situazione di aggravamento e, dunque, non contiene ancora una vera e propria ripresa dei poteri loro concessi in situazioni di normalità. Tanto è vero che il comma 9 dello stesso art. 1[57] del D.L. 33/2020 prevede, in capo al Sindaco, un'altra facoltà, finalizzata a fronteggiare il rischio sanitario e riguardante il solo territorio comunale o parte di esso, e cioè quella di disporre la temporanea chiusura di determinate aree pubbliche o aperte al pubblico che, in quanto rappresentante istituzionale del territorio cittadino, egli conosca e di cui sappia che non consentono il rispetto della «*distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro*».

Le misure che gli sono concesse, dunque, sono esclusivamente di tipo restrittivo rispetto a quelle esistenti e, comunque, da adottarsi sempre nell'ambito delle attività di sua competenza, al fine di rafforzare il potere di coordinamento statale nella gestione dell'emergenza[58].

Inoltre, siccome è alla Regione che compete introdurre, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, «*misure derogatorie, ampliative o restrittive*», rispetto a quelle disposte dall'art. 2 del D.L. 19/2020, per garantire lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali (art. 1, comma 16, D.L. 33/2020); e siccome essa (o la Conferenza delle regioni) è anche il soggetto istituzionale che può adottare i protocolli o le linee guida «*idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi*» nell'esercizio delle attività economiche, produttive e sociali (art. 1, comma 14, D.L. 33/2020), appare evidente che non rimanga così tanto spazio ai poteri del Sindaco in questa fase emergenziale.

Dunque, il recupero della centralità delle sue competenze potrà concretizzarsi solo dopo che lo stato di emergenza sarà cessato e se, in questo periodo di graduale ripresa della "normalità", non si sarà riacutizzata nuovamente l'epidemia. Fino a quel momento, in ragione del prevalente interesse alla salute pubblica, i Sindaci continueranno ad essere inevitabilmente ridimensionati, ed il loro margine di azione continuerà ad essere limitato dal potere regionale esercitato all'insegna della tutela dell'interesse alla salute, dinanzi al quale cede il passo qualsiasi altro interesse.

---

[57] «*Il sindaco può disporre la chiusura temporanea di specifiche aree pubbliche o aperte al pubblico in cui sia impossibile assicurare adeguatamente il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro*».

[58] Si evidenzia, inoltre, che le ordinanze contingibili e urgenti adottate dal Sindaco per fronteggiare l'emergenza non devono essere in contrasto né con le altre misure statali, né con quelle regionali, come è stato previsto in sede di conversione del D.L. 19/2020, aggiungendo specificamente la parola "regionali" al testo del comma 2 dell'art. 3.

L'ordinanza *de qua* del Sindaco di Napoli ha inteso perseguire gli stessi obiettivi tutelati dall'ordinanza regionale (e cioè quello della tutela della salute, evitando assembramenti, e quello della ripresa economica), ma lo ha fatto con una prospettiva troppo ampia, scegliendo di liberalizzare, piuttosto che di comprimere, i luoghi e gli orari.

Il T.A.R., nel decretarne la sospensione, ha, evidentemente, voluto evitare che, da tale liberalizzazione, derivassero due conseguenze in particolare, e cioè *a) l'aggravamento del rischio sanitario anche in ambito ultracomunale, atteso il prevedibile afflusso dai comuni limitrofi, se non da tutta la provincia, sul territorio del comune Napoli in ragione dei più ampi orari previsti dall'ordinanza sindacale e delle eventuali attività ludiche dalla stessa consentite; b) la situazione di incertezza derivante dalla concorrenza di due discipline differenziate e contrastanti tali da ingenerare oggettivi dubbi sulla liceità dei comportamenti da tenere, da parte degli operatori economici e degli avventori, e conseguenti criticità nello svolgimento delle attività di verifica e controllo da parte degli operatori a ciò deputati, con potenziali rischi di ordine pubblico*[59].

Tali ragioni, secondo il giudice amministrativo, avrebbero potute essere ovviate solo sospendendo l'ordinanza sindacale *de qua*, limitatamente, però, alle «*parti relative al prolungamento degli orari di somministrazione e vendita di alimenti e/o bevande, e di apertura dei relativi esercizi commerciali, in senso difforme, ed ampliativo, rispetto a quanto al riguardo previsto dalla ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 53 dello stesso 29.05.2020*».

La decisione del giudice va senz'altro condivisa, per cui l'ordinanza del Presidente della Regione Campania deve prevalere su quella del Sindaco di Napoli, ma non per una questione di superiorità gerarchica della Regione rispetto al Comune, quanto, piuttosto, per l'interesse prevalente sotteso all'ordinanza regionale - la salute pubblica - che, in questa fase emergenziale, è importante che sia tutelato in maniera uniforme all'interno dei singoli territori regionali.

Ecco perché, a parere di chi scrive, vanno fatte due osservazioni in particolare in merito all'ordinanza sindacale.

La prima è che non sussiste, in essa, alcun riferimento al provvedimento regionale recante una diversa e più restrittiva regolamentazione della "movida", facendosi, invece, espresso richiamo unicamente ai rapporti del Comune con il Governo, quasi come se solo da quest'ultimo potesse derivare un limite al Comune di Napoli e non esistesse alcuna precedente ordinanza regionale sullo stesso oggetto. Omettendo tale riferimento, l'ordinanza sindacale non sembra essere stata affatto improntata al principio di leale collaborazione, indispensabile per consentire un funzionamento efficace e coordinato tra i vari livelli istituzionali presenti nel nostro ordinamento. In ragione di tale principio non si sarebbe proprio dovuta verificare la sovrapposizione

[59] Cfr. T.A.R. Campania, n. 1120 del 1° giugno 2020.

con una normativa già esistente, sebbene più restrittiva, ma si sarebbe, piuttosto, dovuto cercare una intesa o, comunque, un bilanciamento tra le due disposizioni normative in contrasto, a vantaggio della tutela della salute e della ripresa economica degli esercenti gli esercizi commerciali in questione e nell'interesse della collettività[60].
La seconda osservazione riguarda la precisazione (contenuta nell'ordinanza) secondo la quale, nella fase attuale, «*non trova più fondamento la compressione dei poteri di ordinanza del Sindaco che è il livello istituzionale più vicino alla collettività locale e che meglio ne conosce le specificità e ne sa interpretare le esigenze*» e che, dunque, deve considerarsi riespanso il potere sindacale di emettere ordinanze contingibili e urgenti ex artt. 50 e 52 T.U.E.L.
Tale precisazione - che scaturisce, senza dubbio, dal desiderio di ritornare quanto prima alla normalità - sembra non considerare che la compressione dei suddetti poteri sindacali non è stata determinata arbitrariamente ed ingiustificatamente, quasi come un atto di prepotenza o un capriccio, ma è stata il frutto di una scelta conseguenziale alla dichiarazione dello stato di emergenza della durata di sei mesi che, attualmente, sono ancora in corso. Pertanto, fino a che tale periodo non sarà positivamente terminato, la "riespansione" dei poteri dei Sindaci non sarà completamente possibile, e certamente non lo sarà fino a che non lo deciderà il Governo, sulla base dei dati relativi al monitoraggio dei contagi sull'intero territorio nazionale, pur nella consapevolezza che l'autorità che meglio conosce le esigenze del territorio comunale è il Sindaco che lo rappresenta.
Pertanto, nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, la gestione dell'emergenza deve continuare a restare affidata all'esclusiva potestà statale e nei limiti da questa stabiliti. Nelle more degli interventi statali possono introdurre misure ulteriormente restrittive solo le Regioni, essendo espressamente precluso ai Sindaci di adottare «*a pena di inefficacia, ordinanze contingibili ed urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali*[61]».
Tutto quanto fin qui evidenziato porta, infine, ad un'ulteriore e conclusiva riflessione; e cioè che il nostro ordinamento amministrativo è caratterizzato da un pluralismo istituzionale estremamente accentuato, al cui interno è facile che si assista ad una "dispersione delle funzioni", in ragione della quale ogni tentativo del legislatore di rendere più scorrevoli i rapporti tra i vari soggetti istituzionali si scontra, inevitabilmente, contro quegli stessi strumenti, quali gli accordi o le conferenze unificate, che, creati per contribuire ad una maggiore efficienza della

[60] Sul principio di leale collaborazione, che rinviene il suo fondamento nell'art. 97 Cost., si veda A. SIMONATI, *La leale cooperazione «informativa»: un principio «seminuovo» nei rapporti fra legislatore statale e regionale?*, in *Le Regioni*, 2010, 6, 1334. Inoltre, cfr. R. BIN, *La leale cooperazione nella giurisprudenza costituzionale più recente*, relazione al Seminario "*Il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni*" Roma, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, 6 aprile 2017; ma anche R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. Dir. Cost.* 2001.

[61] Art. 3 D.L. 19/20, conv. nella l. n. 35/20.

Pubblica Amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost., invece, sovraccaricano proprio i rapporti tra le istituzioni.

Forse sarebbe necessaria un'ulteriore revisione del Titolo V della Costituzione, specificando meglio i poteri sostitutivi di cui all'art. 120, al fine di consentire una più armonica e meno improvvisata gestione delle emergenze, di qualunque natura esse siano, visto che quella che si è da poco vissuta, oltre ad avere determinato una vera e propria "emorragia" normativa (difficile da seguire e da interpretare), ha dato vita ad un quadro di poteri estremamente frammentario, anche a causa del diverso impatto che il contagio ha avuto sulle singole Regioni e che ha spinto i rappresentanti politici di esse ad adottare misure differenziate, a volte più restrittive a volte più ampliative e, purtroppo, non sempre giustificate da specifiche situazioni di aggravamento del rischio sanitario riscontrabili nei diversi territori interessati[62].

La parziale "concorrenza" tra norme statali e regionali è stata, dunque, giustificata solo dal fatto che la tutela del diritto alla salute pubblica potesse essere maggiore se predisposta dalla realtà istituzionale che, oltre ad essere vicina alle esigenze dei cittadini, era anche maggiormente in grado di tener conto della gravità del pericolo epidemico; mentre l'attività del Sindaco - pure essenziale nel tutelare gli interessi della comunità cittadina del Comune - è stata, invece, residuale, più di chiusura del sistema che di anticipo delle misure statali.

Ma, nonostante sia stata riconosciuta sia alle Regioni che ai Sindaci, a diverso titolo, la possibilità di intervenire nella gestione dell'emergenza, la mancanza di una disciplina costituzionale e legislativa dei poteri e dei rapporti istituzionali in situazioni del genere si è inevitabilmente fatta sentire.

[62] A. MORELLI, *Il re del piccolo principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza, Forum La gestione dell'emergenza sanitaria Tra stato, regioni ed enti locali* su *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali,* n. 1/2020.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi nelle Pubbliche Amministrazioni

di Alfredo Contieri

(Professore di ruolo di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Il quadro istituzionale. 2. La legge anticorruzione n. 190 del 2012. La strategia per evitare il conflitto di interessi. 3. La nuova nozione di inconferibilità nel decreto n. 39 del 2013. 4. Vigilanza e sanzioni. 5. Conclusioni.

Abstract

The work deals with the new figures in the anti-corruption law, no. 190 of 2012, on access to civil service. In particular, Italian law aimed at strengthening certain aspects related to impartiality of those who should be appointed to civil service, by placing a series of prohibitions or limits of a temporal nature (so-called cooling off periods) in the sense that appointments cannot take place before a certain period of time from the previous appointment. All this so that the Italian administration or the companies in which it has a stake, not only are, but also appear impartial to the citizen.

1. Il quadro costituzionale

Il termine corruzione non è espressamente menzionato dalla Costituzione italiana, la quale si limita a richiamare concetti e principi che devono orientare il comportamento dei pubblici dipendenti, su cui deve fondarsi l'etica pubblica[1].

L'art 97 prescrive "agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso" e impone il rispetto dei principi di "imparzialità e buon andamento" nell'organizzazione dei pubblici uffici.

L'art 54 impone a coloro cui sono affidate funzioni pubbliche "il dovere di adempierle con disciplina e onore". L'art 98, inoltre precisa che i pubblici dipendenti sono "al servizio esclusivo della nazione".

Imparzialità, disciplina, onore, servizio esclusivo, indicano modelli di comportamento del tutto opposti a quelli propri della corruzione.

Tuttavia, la legislazione successiva alla Costituzione non è stata particolarmente attenta al legame tra disciplina del pubblico impiego (etica pubblica, codici di comportamento) e contrasto alla corruzione.

2. La legge anticorruzione n. 190 del 2012. La strategia per evitare il conflitto di interessi

Il tema della corruzione, divenuto di grande attualità sul piano interno, è stato ripreso a seguito della Convenzione O.N.U. di Merida del 31 ottobre 2003, la quale, prevedendo nuovi principi e misure di contrasto ricadenti anche sul rapporto di pubblico impiego, ha aperto una nuova pagina nella sfida alla corruzione[2].

In Italia il legislatore, in attuazione della Convenzione di Merida che prescrive agli Stati "*di adoperarsi al fine di adottare, mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse*", ha predisposto una serie di disposizioni che hanno quale finalità quella di prevenire e contrastare qualsiasi conflitto di interessi, anche solo potenziale.

A questo scenario vanno ricondotte le sostanziali modifiche apportate all'art. 53 della d.lgs n. 165 del 2001 da parte della l. n. 190 del 2012 su "*incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*" dei pubblici dipendenti. In sostanza, l'intento della novella legislativa è di limitare le possibilità di conferire incarichi e mandati esterni attraverso il rafforzamento dell'impianto sanzionatorio, disciplinare un'ipotesi peculiare di "incompatibilità successiva", che si verifica al momento del collocamento a riposo del dipendente, il c.d. *pantouflage*[3].

---

[1] Si cfr. M. MARTONE, *Rapporto di lavoro e prevenzione della corruzione: concorsi e prove selettive, incompatibilità, inconferibilità degli incarichi e codici di comportamento*, in *Dir. lav.*, n. 6, 2017, p. 1423.

[2] Si rinvia a L. BORLINI, P. MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale sulle due sponde dell'Atlantico: analisi comparata delle Convenzioni ONI e OCSE in materia*, in *Dir. comm.* Int.,2007, pp. 13 ss.

[3] Per una disamina generale della materia contenuta nell'art. 53 si v. , *ex plurimis*: cfr. D'APONTE, *Commento all'art. 53 d.lgs. n. 165 del 2001*, in AMOROSO, DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro, III, il Lavoro pubblico*, Milano, 2004, pag. 543 *e segg.*; V. TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in

Bisogna sottolineare che insieme ad un rafforzamento della tradizionale strategia di contrasto alla corruzione, che si basa sulla repressione penale, si introduce una strategia di prevenzione amministrativa di comportamenti corruttivi in senso ampio, cioè di attività che non mirano alla cura imparziale dell'interesse pubblico ma appaiono indebitamente influenzate da interessi particolari. E' ormai ampiamente condivisa la considerazione che la strategia penalistica da sola non è efficace, perché non può coprire tutti i comportamenti corruttivi. Pertanto, anche in applicazioni delle convenzioni internazionali, l'Italia ha introdotto una disciplina di contrasto di tipo preventivo che consiste principalmente nell'impedire che possano ricoprire o conservare incarichi pubblici soggetti che si trovino in situazioni che possano far dubitare della loro imparzialità. Va subito chiarito che questa normativa riguarda esclusivamente gli incarichi di tipo amministrativo, mentre non si occupa dell'accesso e della permanenza nelle cariche politiche[4].

La legge contiene le regole relative ai limiti di conferimento di tutti gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, al fine di garantire pienamente l'indipendenza soggettiva del funzionario pubblico, cioè la sottrazione del titolare di incarico dirigenziale ai condizionamenti che possano provenire da interessi privati o da interessi politici. La disciplina del cosiddetto "conflitto di interessi" si trasforma: da regolazione dei comportamenti da tenersi nello svolgimento delle funzioni pubbliche (generale dovere di imparzialità, dovere di astensione e di previa dichiarazione in caso di conflitto) diviene disciplina che limita o addirittura preclude l'accesso a determinate cariche pubbliche per chi possa ritenersi portatore privilegiato di interessi anche potenzialmente in conflitto con l'esercizio imparziale della funzione pubblica.

Sicchè il legislatore si è preoccupato, nel disciplinare la materia, non solo di eliminare potenziali situazioni di conflitto, vietando che il funzionario sia o sia stato in contatto con interessi che possano distoglierlo dalla cura del bene pubblico, ma anche di dare una nuova immagine della pubblica amministrazione, affinchè venga "percepita" come lontana da interessi particolari.

La legge n. 190/2012 si fonda su una tripartizione di situazioni che determinano la non conferibilità degli incarichi, di norma per un periodo di tempo delimitato. Si tratta di situazioni di carattere personale soggettivo, che riguardano la persona potenzialmente destinataria dell'incarico:

1) il non aver riportato una condanna, anche con sentenza non passata in giudicato, per reati contro la pubblica amministrazione commessi da pubblico ufficiale (peculato, corruzione, concussione, abuso di ufficio ecc).

Lav. Pubbl. Amm., 2007, 6, pag. 1110 *e segg.*; PAOLUCCI, *Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in F. CARINICI E L. ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del lavoro*, Torino 2004, pag. 796 *e segg.*

[4] F. MERLONI, *Inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, Istituto Treccani, in www.treccani.it/enciclopedia/incoferibilità *e incompatibilità*, 2014; Dello stesso Autore si veda anche: "*La nuova disciplina degli incarichi pubblici*", in *Giornale di Dir. Amm.* 2013, 8, 9, 806 *e ss.*

2) la provenienza della persona da enti privati che abbiano interessi in potenziale conflitto con l'interesse pubblico da curare, cioè persone che abbiano rivestito ruoli significativi "*in enti di diritto privato sottoposti a controllo o finanziati da parte dell'amministrazione che conferisce l'incarico*" (lett. b);[5]
3) la provenienza della persona cui si intende conferire l'incarico da organi politici (la legge parla di coloro che "*abbiano fatto parte di organi di indirizzo politico o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive*" (lett. c)).
Alla stessa finalità risponde la disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 39 del 2013 sulla inconferibilità e sulla incompatibilità degli incarichi dirigenziali, di vertice e di amministratore delle pubbliche amministrazioni e nelle società controllate, che riduce drasticamente la possibilità di conferimento degli incarichi se si ricopre una determinata carica.

3. La nuova nozione di inconferibilità nel decreto n. 39 del 2013
La nozione di inconferibilità non esisteva prima della legge n. 190. Detta nozione si affianca, quindi, a quelle tradizionali di incompatibilità, ineleggibilità e incandidabilità.
Si tratta di istituti utili a distinguere, sulla base della ratio, diversi fenomeni giuridici che vanno dai limiti all'elettorato passivo (scaturenti da peculiari status o condizioni soggettive), all'impossibilità di cumulare cariche o incarichi all'interno delle Pubbliche Amministrazioni. In particolare, le cause di incompatibilità sono ricollegabili alla necessità di evitare situazioni di conflitto d'interesse attraverso la titolarità da parte del medesimo soggetto di più cariche contemporaneamente; quelle di ineleggibilità dovrebbero prevenire il rischio che il soggetto possa influenzare la libera determinazione del voto in una competizione elettorale; le cause di incandidabilità, hanno la finalità di evitare l'accesso alle cariche pubbliche a soggetti condannati per determinati reati, che potrebbero porre a repentaglio l'integrità e anche l'onorabilità dell'Amministrazione.
Infine, il nuovo istituto dell'inconferibilità di un dato incarico si applica nelle fattispecie in cui il soggetto da nominare sia stato condannato penalmente, ovvero lo stesso ricopra cariche che si pongono in potenziale conflitto di interesse, in enti pubblici o privati[6].
Per quanto riguarda le specifiche circostanze di inconferibilità degli incarichi dirigenziali, di vertice e di amministratore, esse sono disciplinate dettagliatamente dagli artt. 3 e seguenti del D.Lgs. n. 39 del 2013,
Volendo esaminare più nel dettaglio le tre ipotesi di inconferibilità è opportuno precisare che con la prima, l'aver riportato condanna penale anche non definitiva per

[5] Art. 4, comma 1 d.lg.vo 39/2013.
[6] R. MICALIZZI, *Inconferabilità di incarichi pubblici. Il ruolo dell'ANAC nell'accertamento delle fattispecie di inconferabilità di incarichi pubblici*, in *Giur. it.*, 2017, n.3, p. 744.

un reato contro la Pubblica amministrazione, si è voluto evitare che tale condizione possa mettere in discussione la fiducia nell'imparzialità del funzionario da parte dei cittadini. Con la seconda, che vieta che il soggetto a cui si intenda conferire l'incarico provenga da un ente di diritto privato la cui attività sia soggetta a regolazione o a finanziamento proprio da parte dell'amministrazione che conferisce l'incarico, si tende a evitare un conflitto di interessi dovuto ad una eccessiva vicinanza. Con la terza si vieta il conferimento dell'incarico nei confronti di chi proviene direttamente da cariche in organi di indirizzo politico. In questo caso il divieto non si fonda su un potenziale conflitto di interessi, ma sul legittimo sospetto che la nomina possa essere intervenuta non per capacità professionali, ma per ragioni di appartenenza partitica o comunque di colleganza politica.

L'inconferibilità in ogni caso ha carattere temporaneo poichè la legge si limita a escludere che il nuovo incarico possa essere conferito in continuità temporale con il precedente. Vi è dunque un cosiddetto periodo di "raffreddamento" che può durare da un minimo di un anno a un massimo di tre anni[7].

Si tratta del periodo che deve trascorrere tra la cessazione del primo incarico e l'assunzione di quello nuovo.

Anche nel caso di condanna penale il periodo di inconferibilità ha durata limitata e dipende sia dalla gravità del reato, sia dalla eventuale esistenza e dalla durata della pena accessoria della interdizione dai pubblici uffici, ma comunque non può superare i cinque anni. Ovviamente, l'inconferibilità viene meno in caso di assoluzione.

In tutti i casi previsti l'inconferibilità sembra riguardare esclusivamente incarichi conferiti per nomina e non mandati elettivi.

Le ipotesi previste dalla legge danno luogo direttamente all'inconferibilità poiché non è necessario provare concretamente che sussista un pericolo per l'interesse pubblico derivante dal cumulo di cariche. Tale valutazione è stata fatta dal legislatore in via preventiva[8]

Le situazioni di inconferibilità sono astratte, nel senso che l'accertamento di tali situazioni conduce, di per sé, alla nullità del relativo incarico. Non è necessario, né previsto, alcun accertamento in concreto sulla sussistenza (o meno) di un reale rischio che quello specifico cumulo di cariche possa generare fattispecie corruttive o illecite, nè un *vulnus* all'imparzialità ed al buon andamento delle Pubbliche Amministrazioni coinvolte.

Questa valutazione, infatti, è compiuta *ex ante* dal legislatore, per l'appunto in astratto, traendo indicazioni dall'esperienza comune.

Abbastanza simile alla inconferibilità è la più conosciuta figura della incompatibilità, che mira a evitare che possa permanere nell'incarico chi si trovi in particolari

[7] Sul punto si veda F. MERLONI, *Inconferibilità*, *cit*., 10.

[8] MICALIZI, *Inconferibilità*, *cit*.

condizioni di conflitto Le ipotesi di incompatibilità tendono a sovrapporsi alle ipotesi di inconferibilità: 1) l'eventuale assunzione dopo il conferimento dell' incarico di attività retribuite presso enti sottoposti a controllo o vigilanza, 2) oppure l'eventuale assunzione nel corso dell'incarico di cariche di indirizzo politico. Nel caso di incompatibilità il funzionario deve optare entro 15 giorni per una delle due cariche, altrimenti decade dalla seconda.

La legge n. 190 introduce una diversa forma di incompatibilità successiva, detta "*pantouflage*" in uso in Francia e in Germania. Viene introdotto un divieto, nei tre anni successivi al pensionamento (quando ci si mette in pantofole: *pantoufle* in francese), per coloro che hanno esercitato poteri negoziali o autoritativi per conto di pubbliche amministrazioni, di svolgere attività lavorativa professionale presso i soggetti destinatari della sua attività. Gli eventuali contratti stipulati in violazione di questo divieto sono nulli. Con tale previsione si vuole evitare che il dipendente vicino alla pensione possa essere distolto dalla cura dell'interesse pubblico nella prospettiva di poter avere in futuro rapporti di lavoro con i destinatari della sua attività[9]

4. Vigilanza e sanzioni

Le Autorità che svolgono le funzioni relative all'accertamento, alla sospensione e alla declaratoria di nullità degli incarichi conferiti in violazione della normativa sono il Responsabile per la prevenzione della corruzione e l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

Il Responsabile per la prevenzione della corruzione, che è anche responsabile della trasparenza nella amministrazione, assume tale carica a seguito di nomina del vertice politico della pubblica amministrazione presso la quale è in servizio. Il Responsabile, infatti, ai sensi dell'art. 15 del D. lgs. n. 39 del 2013, ha assunto anche il ruolo di controllo sulla correttezza nell'assegnazione d'incarichi all'interno della propria amministrazione, nonché di quelli attribuiti dalla suddetta amministrazione in altri enti sottoposti a controllo.

Inoltre, al Responsabile è affidato il compito di accertare, sempre ai sensi del suindicato articolo, che "*siano rispettate le disposizioni del presente decreto sulla inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*" e se ritiene che corrano anche potenzialmente situazioni *contra legem*, può, anzi deve, "*contestare all'interessato l'esistenza o l'insorgere delle situazioni di inconferibilità o incompatibilità di cui al presente decreto*" (comma 1) e inoltre "*segnalare i casi di possibile violazione delle disposizioni del presente decreto all'Autorità nazionale anticorruzione, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini dell'esercizio delle funzioni di cui alla L. 20 luglio 2004, n. 215, nonché alla Corte dei Conti, per l'accertamento di eventuali responsabilità amministrative*".

Problemi di natura interpretativa si pongono in riferimento al fatto che la disposizione

[9] F. MERLONI, *op. ult. cit.*, 7.

legislativa in esame non attribuisce specificamente al Responsabile la facoltà di agire direttamente su possibili atti di nomina che gli appaiono adottati in violazione della legge.
Tuttavia, nonostante il silenzio della norma, ci sembra alquanto incongruo ragionare in termini di un Responsabile a cui non sia conferito nessun potere di intervento a fronte di una violazione di legge.
Più plausibile è invece ritenere che il potere di intervento del Responsabile debba desumersi dal disposto dell'art. 17, che invalida gli atti di conferimento illegittimi con la nullità, e dal citato art. 15[10].
Da tale disposto, si può logicamente pensare che al Responsabile sia attribuito il compito di accertare e dichiarare la nullità degli atti di conferimento degli incarichi *contra legem.*
Il Responsabile rappresenta la figura centrale all'interno della singola amministrazione per evitare fenomeni corruttivi, mentre questo compito è svolto dall'ANAC per tutte le pubbliche amministrazioni.
La disposizione legislativa che regola i poteri dell'ANAC in tema di inconferibilità di incarichi pubblici e incompatibilità tra cariche, è l'art. 16, del D.Lgs. n. 39 del 2013. All'ANAC è attribuito un ruolo di controllo sull'attività di tutti gli enti che devono rispettare la normativa suddetta (amministrazioni pubbliche, enti pubblici ed enti di diritto privato in controllo pubblico)[11].
In sostanza, il controllo ispettivo esercitato dall' autorità indipendente, ai sensi del 1 comma dell'art. 16, si effettua mediante la richiesta agli enti di tutte le informazioni e i dati necessari a verificare la correttezza nel conferimento di incarichi e ruoli di vertice.
Verificata l'irregolarità, l'ANAC dispone, con opportuno provvedimento motivato da comunicare all'ente interessato, la sospensione del conferimento[12].
Infine, compete all'Autorità anche un ruolo consultivo, che consiste nella redazione di pareri su tutti gli atti ministeriali di *soft-law* riguardanti l'attuazione della legge.
Chiaramente i poteri appena menzionati (controllo, repressione e consulenza) esercitati dall'ANAC si aggiungono a quelli riconosciuti dall'art. 1, 2 e 3 comma, della L. 190 del 2012, che si riconducono ai tradizionali compiti in materia di corruzione.
L'ANAC dispone anche del potere di ordinare: "la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza", mentre, come si è accennato, nel caso degli incarichi il D.Lgs. n. 39/2013 individua semplicemente un mero potere di sospensione (e non di rimozione).
Attenendosi al dato letterale, dunque, l'ANAC non sembra corredata di un diretto potere di intervento sui relativi atti di conferimento nel momento in cui esercita le

[10] Sul punto, cfr. R. MICALIZZI, *Inconferibilità, cit. nell'accertamento delle fattispecie di inconferibilità di incarichi pubblici, nota a TAR Lazio, I, 14.11.2016 n. 11270*, in Giur. It., 2017, 3, 744.
[11] Cfr. R. MICALIZZI, *op. cit.*
[12] Nel caso affiorino eventuali profili di danno erariale, anche alla Corte dei Conti.

funzioni di vigilanza sulla validità nel conferimento di incarichi.
In conclusione, dunque, il D.Lgs. n. 39/2013 prospetta un sistema di controllo definito a due livelli, con le relative potestà distribuite in capo tanto al Responsabile, quanto all'ANAC.
Tale meccanismo di riparto di funzioni non sembra tuttavia distinguersi per una effettiva linearità, atteso che la facoltà del Responsabile, dopo aver fatto una segnalazione all'ANAC, di verificare la violazione delle norme e procedere poi all'adozione di un provvedimento dichiarativo di nullità, è di fatto "temperata" dal potere di sospensione attribuito all' Autorità, che lo esercita su segnalazione, oltre che del Responsabile, anche d'ufficio[13].
Vi sono poi degli ulteriori effetti collegati alla sanzione della nullità e riguardano coloro che hanno conferito l'incarico dichiarato nullo, che di norma sono i componenti dell'organo politico competente al conferimento.
Essi sono innanzitutto "*responsabili per le conseguenze economiche degli atti adottati*" e cioè dovrebbero rimborsare l'ente delle somme versate per l'incarico nullo e inoltre non possono per tre mesi conferire gli incarichi di loro competenza.

5. Conclusioni

Il giudizio su questi aspetti della legge anticorruzione è certamente positivo.
La legge è intervenuta non sulla prevenzione diretta di fatti corruttivi ma ha cercato di evitare che si crei un "ambiente", un clima che possa generare corruzione. Le innovazioni riguardano soprattutto il divieto di comportamenti ritenuti in passato del tutto leciti quali i continui passaggi delle medesime persone da una carica all'altra, da un organo politico, alla amministrazione di un ente o di una società controllata, in un incessante intreccio di scambi di nomine, di passaggi di poltrone, di carriere che si sviluppano non per meriti ma per fedeltà politica.
Tutto ciò prima non era vietato dalla legge ed era (anzi) considerato normale.
La legge mira ad evitare il conflitto di interesse delineando le esigenze e il carattere oggettivo della funzione e seguendo un criterio di ordine sostanziale e non formale, superando la distinzione tra enti pubblici e enti privati, guardando soprattutto al fenomeno delle privatizzazioni che ha comportato in Italia la creazione delle società di diritto privato in controllo pubblico, che sono anch'esse tenute come gli enti pubblici a perseguire con imparzialità il pubblico interesse.
Queste misure più che contrastare direttamente la corruzione sembrano rivolte a creare una nuova cultura, un'etica pubblica che costituisce un presupposto fondamentale contro la corruzione.
Concludo ricordando che nonostante gli indubbi progressi degli ultimi anni, ancora nel 2019, secondo il *Report* annuale di *Trasparency International* l'Italia è al 52° posto su

[13] Cfr. TAR Lazio Roma, sez. III, 8 giugno 2016, n. 6593, in www.giustizia amminsirtaiva.it.

180 paesi valutati nella classifica internazionale della corruzione.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La revisión de oficio de los actos administrativos de seguridad social

di Francisco De Miguel Pajuelo

(Letrado de la Administración de la Seguridad Social)

Sumario

1. Introducción. 2. La revisión de los actos administrativos en la legislación común de procedimiento administrativo. Planteamiento general. 2.1. Revisión por la propia Administración autora del acto. Artículos. 106 a 111 LPAC. A. La revisión de oficio. B.Los recursos administrativos. Artículos 112 a 126 LPAC. 2.2. Revisión por los órganos jurisdiccionales. Artículos 24 y 106 de la CE y 9.4 LOPJ. 3. La revisión de oficio en la ley 39/2015. Artículos 106 a 111 LPAC. 3.1. La revisión de oficio de los actos y disposiciones nulos de pleno derecho. Artículo 106 LPAC. 3.2. Declaración de lesividad de actos anulables. Artículo 107 LPAC. 3.3. Revocación de actos de gravamen o desfavorables. Artículo 109.1 LPAC. 3.4. Rectificación de errores materiales. Artículo 109.2 LPAC. 4. La revisión de oficio en el ámbito de la seguridad social. Artículo 146 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 17 del Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the problem of the ex officio review of administrative acts of social security and its different regulation of the common regulations of the ex officio review contained in Law 39/2015, of October 1, administrative procedure common, as well as pointing out the problems that this topic raises in its current regulation.

For its analysis, it is necessary to start from the expo of the ex officio review as it is regulated in Law 39/2015, and then analyze the singular regulation of this topic for the specific administrative acts of social security.

1. Introducción

El objeto de este artículo es analizar el problema de la revisión de oficio de los actos administrativos de seguridad social y su distinta regulación de la normativa común de la revisión de oficio contenida en La Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, así como señalar los problemas que plantea este tema en su regulación vigente.

Para su análisis es necesario partir de la exposición de la revisión de oficio tal y como aparece regulada en la Ley 39/2015, para después analizar la regulación singular de este tema para los concretos actos administrativos de seguridad social.

2. La revisión de los actos administrativos en la legislación común de procedimiento administrativo. Planteamiento general[1]

La revisión de un acto o disposición es la acción de volver sobre los mismos a efectos de su modificación o desaparición del mundo del derecho. A la revisión de los actos en vía administrativa dedica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el Título V que lleva por título «De la revisión de los actos en vía administrativa», dividido en dos capítulos. El Capítulo I se ocupa de la «Revisión de oficio», y el Capítulo II de «Los recursos administrativos», por lo que para el legislador, ambas vías constituyen un medio idóneo para revisar el contenido de los actos administrativos.

Por tanto los procedimientos para revisar un acto administrativo podemos estructurarlos como sigue:

2.1. Revisión por la propia Administración autora del acto. Artículos. 106 a 111 LPAC.

A. La revisión de oficio

Los privilegios de los que está investida la administración pública en el régimen administrativo se extienden a la potestad de volver sobre sus propios actos, a fin de verificar la oportunidad y conformidad con el ordenamiento jurídico de los mismos. Así, desde este punto de vista podemos distinguir entre una revocación por motivos de legalidad (retirada de actos viciados) y una revocación por motivos de oportunidad (retirada de actos perfectamente válidos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico pero inconvenientes en un momento dado).

Desde otro punto de vista también pueden distinguirse entre una revocación de origen legal (prevista por la ley en ciertos supuestos) y una revocación de origen negocial (pactada o prevista en una cláusula accesoria del propio acto o negocio). Y es también

[1] Vid a este respecto la obra "Curso de Derecho Administrativo". G. DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T. RAMÓN. 15 Edición. ISBN 978-84-9152-875.

posible y frecuente la utilización de la revocación por vía de sanción en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el destinatario del acto.

B. Los recursos administrativos. Artículos 112 a 126 LPAC de 2015

Los recursos administrativos son actos propios del administrado mediante los que este pide a la propia administración la revocación o reforma de un acto suyo anterior en base a un título jurídico específico. La nota característica de los recursos es pues su finalidad impugnatoria de actos preexistentes que se estiman contrarios a derecho.

2.2. Revisión por los órganos jurisdiccionales. Artículos 24 y 106 de la CE y 9.4 LOPJ

Producido un acto administrativo el destinatario del mismo puede impugnarlo ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. El artículo 24 CE establece que todas las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión y el artículo 106 establece que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican. Los Jueces y Tribunales del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo forman parte del Poder Judicial y ante ellos se ventila las siguientes pretensiones: artículo 9.4 LOPJ: «Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa Jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la Disposición Adicional Quinta de su Ley Orgánica.

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas».

3. Revisión de oficio en la ley 39/2015. Artículos 106 a 111 LPAC[2]

Como hemos señalado anteriormente la Ley de Procedimiento Administrativo Común (LPAC de 2015) regula en sus artículos 106 a 111 las distintas vías para que la administración pueda volver sobre sus propios actos para revisarlos por considerar que dichos actos son nulos de pleno derecho o anulables, o bien contienen errores que han de ser subsanados. Se trata en todos los casos de revisiones por motivos de legalidad y no por motivos de oportunidad o conveniencia.

La posibilidad de volver sobre sus propios actos administrativos es una de las manifestaciones típicas de las potestades de autotutela con que cuentan las administraciones públicas españolas en que se traducen los privilegios característicos del régimen administrativo. El ejercicio de estas potestades por las administraciones públicas está sujeto al Derecho Administrativo y ha de realizarse por los cauces formales establecidos en la Ley.

La regulación contenida en la Ley 39/2015 sobre la revisión de oficio, tiene en principio alcance general y se aplica tanto a la Administración General del Estado como a las de las Comunidades Autónomas, a las Administraciones Locales así como a la Administración Institucional, si bien hay que tener en cuenta que la DA 1.ª de la Ley establece que se regirá por su normativa específica, y supletoriamente por lo establecido en esta ley, la revisión en vía administrativa de las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, la revisión de las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación e impugnación en materia de Seguridad Social y Desempleo. Y es esta última excepción al régimen común la que nos proponemos analizar en este artículo, para lo cual es imprescindible señalar de manera somera cual es el régimen común contenido en la LPAC

Los distintos procedimientos de revisión de oficio por motivos de legalidad previstos en la Ley 39/2015 podemos sistematizarlos como sigue[3]:

3.1. La revisión de oficio de los actos y disposiciones nulos de pleno derecho. Artículo 106 LPAC.

[2] Vid. "Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común". G. PÉREZ, J. Y NAVARRO GONZÁLEZ, FRANCISCO. 5ª Edición año 2012. ISBN 978-84-470-3799-5.

[3] Vid. "El nuevo Régimen de la revisión de oficio y de los recursos administrativos". S. PASTOR, J. ALFONSO. Revista Vasca de Administración Pública. Año 2016. ISSN 0211-9560.

La nulidad de un acto administrativo puede declararse por la propia administración con ocasión de los recursos administrativos que contra ellos interponga el interesado o bien por los tribunales de justicia en el recurso contencioso-administrativo, en los breves plazos de caducidad que marca la ley. Pero al margen de ello, también puede declararse de oficio por la propia administración autora del acto (por propia iniciativa o a instancias del interesado) al margen de los plazos previstos para los recursos administrativos a través del procedimiento especial de revisión previsto en el artículo 106 LPAC.

Señala el artículo 106.1 y 2 que:

"1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47. 1.

2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47. 2."

A través de este procedimiento puede declararse la nulidad tanto de actos administrativos como de disposiciones.

Respecto de los actos administrativos es necesario que los mismos hayan puesto fin a la vía administrativa, bien porque habiendo interpuesto contra ellos los recursos procedentes han sido desestimados o bien porque no hayan sido recurridos en plazo. En este sentido habrá que estar a lo establecido en el artículo 114 LPAC que fija qué actos ponen fin a la vía administrativa. Y además es necesario que el acto incurra en nulidad de pleno derecho en los términos previstos en el artículo 47.1 LPAC.

Señala el artículo 47.1 LPAC que son nulos de pleno derecho los siguientes actos:

"1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley".

Ha de reseñarse que la nulidad de pleno derecho tiene en el derecho administrativo carácter excepcional. Las exigencias del actuar de la Administración, orientado, por principio, hacia la consecución de un resultado conforme al interés público, imponen la regla de la presunción de validez de las actuaciones administrativas, de ahí que los supuestos de nulidad absoluta se restrinjan al máximo y se conviertan en supuestos tasados.

Para las disposiciones administrativas es necesario que las mismas incurran en nulidad de pleno derecho en los términos del artículo 47.2 LPAC. Señala dicho precepto que:

"2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales."

Por lo que respecta al plazo no existe límite temporal para la declaración de nulidad como expresamente se señala en el precepto «en cualquier momento», lo que es plenamente coherente con el concepto de nulidad de pleno derecho. La nulidad de un acto no prescribe y su declaración produce efectos ex tunc, como si nunca hubiera existido. Por tanto es característica de la acción de nulidad su imprescriptibilidad. La esencia de la nulidad de pleno derecho consiste en su trascendencia general. La gravedad de los vicios que la determinan trasciende del puro interés de la persona a la que afecta y repercute sobre el orden general. Por eso, precisamente, el consentimiento del interesado no convalida el acto nulo, ya que nadie puede consentir eficazmente algo que rebasa su propia esfera individual y trasciende al ámbito de lo general.

Esta regla general de imprescriptibilidad de la acción de nulidad se atempera con los límites previstos en el artículo 110.

3.2. Declaración de lesividad de actos anulables. Artículo 107 LPAC

Tratándose de actos administrativos anulables el artículo 107 LPAC niega a las Administraciones Públicas la posibilidad de revisión de oficio si son favorables para el interesado. La ley niega a la Administración en estos casos la puesta en juego de sus facultades de autotutela y le obliga a adoptar el papel, para ella excepcional, de postulante de la tutela judicial interponiendo ante los tribunales contenciosos el llamado recurso de lesividad, previa la correspondiente declaración formal de que el acto administrativo es lesivo para el interés público.

Señala el artículo 107.1 que:

«Las Administraciones Públicas podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48, previa su declaración de lesividad para el interés público».

De acuerdo con el artículo 48 LPAC, son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

La declaración de lesividad es el acto administrativo por el que una administración pública declara lesivo para el interés público un acto dictado por ella, a efectos de incoar un proceso administrativo cuyo objeto es la anulación.

La declaración de lesividad es un acto administrativo de naturaleza especial, en cuanto que únicamente produce efectos en el orden procesal, de ahí que no sea posible la impugnación en vía administrativa ni jurisdiccional la declaración. Así lo señala el artículo 107.2, párrafo segundo, al establecer:

«Sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos».

Pueden ser objeto del proceso de lesividad los actos administrativos favorables para los interesados que sean anulables.

Por actos administrativos favorables debemos entender aquellos que teniendo un destinatario externo le favorecen, con la ampliación de su patrimonio jurídico, otorgándole o reconociéndole un derecho, una facultad, un plus de titularidad o de actuación, liberándole de una limitación, de un deber, de un gravamen, produciendo, pues, un resultado ventajoso para el destinatario. Se contrapone esta categoría a los actos de gravamen o desfavorables que son aquellos que teniendo un destinatario externo, restringen su patrimonio jurídico anterior, imponiéndole una obligación o una carga nueva, reduciéndolo, privando o extinguiendo algún derecho o facultad hasta entonces intacto.

Esta distinción de los actos administrativos es importante y se concreta en una serie de efectos como señala la mayoría de la doctrina.

- Los actos de gravamen cuando afectan a derechos esenciales deben legitimarse en preceptos con rango de ley, salvo que, tratándose de la privación de un derecho administrativo, el acto que lo haya otorgado haya reservado su posible revocación. En cambio los actos favorables no necesitan una cobertura legal superior.
- Los actos de gravamen deben ser motivados (artículo 35.1.a) LPAC), exigencia que no se da en los actos favorables.
- Los actos favorables suelen requerir la petición del interesado mientras que los de gravamen se imponen normalmente de oficio.
- Respecto de su revocación los actos favorables requieren la previa declaración de lesividad y su ulterior impugnación ante el orden contencioso mientras que los de gravamen pueden ser libremente revocados.

No pueden ser objeto de este procedimiento las disposiciones administrativas ya que la ley no lo contempla. La razón es obvia y es que no tiene sentido que la Administración acuda a los tribunales para declarar la anulación de una disposición

administrativa que la propia administración puede derogar. Sólo tiene sentido este procedimiento para los actos administrativos que la administración no puede revisar por sí misma.

El plazo para la declaración de lesividad es de cuatro años. El artículo 107.2 LPAC señala:

«La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 82».

El procedimiento termina con la resolución del órgano administrativo que la adopte declarando lesivo para el interés público el concreto acto administrativo objeto de revisión. Para ello bastará como antes señalábamos que el acto incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, de tal manera que pueda ser anulado por los tribunales contenciosos.

Esta resolución debe adoptarse en el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento y si no se adopta se produce la caducidad del procedimiento. Señala el artículo 107.3LPAC que:

«Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad, se producirá la caducidad del mismo».

La declaración de lesividad es el presupuesto que autoriza a la Administración autora de un acto para impugnarlo ante los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a los efectos de que estos declaren su anulabilidad. Serán pues los tribunales de justicia los que enjuicien el referido acto para ver si concurre en él el vicio de anulabilidad denunciado y es lesivo para los intereses públicos.

La eventual declaración de anulabilidad dictada por el tribunal contencioso produce efectos ex nunc al contrario que en los supuestos de nulidad de pleno derecho donde los efectos son ex tunc.

3.3. Revocación de actos de gravamen o desfavorables. Artículo 109.1 LPAC

El artículo 109 LPAC utiliza el término revocación y no revisión para referirse a los actos desfavorables o de gravamen, sin duda porque en estos casos tal término incluye tanto los supuestos de revisión por motivos de legalidad (retirada de actos viciados, nulos o anulables) como por motivos de oportunidad, es decir, la retirada de actos perfectamente válidos pero inoportunos en un momento dado.

Señala así el artículo 109.1 que:

«1. Las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico».

Lo relevante a estos efectos es que el acto administrativo sea desfavorable o de gravamen, en los términos más arriba expresados, y la singularidad es que no se exigen trámites especiales para ello.

Podrán ser revocados por este procedimiento los actos desfavorables o de gravamen entendiéndose por tales aquellos que, teniendo un destinatario externo, restringen su patrimonio jurídico anterior, imponiéndole una obligación o una carga nueva, reduciéndolo, privando o extinguiendo algún derecho o facultad hasta entonces intacto.

Si el acto administrativo que pretende revocarse es desfavorable para unos y favorable para otros no puede seguirse este procedimiento sino los propios de la revisión de oficio de actos nulos o anulables anteriormente vistos.

En cualquier caso el artículo 109.1 señala que no procederá la revisión de los actos administrativos aunque sean desfavorables o de gravamen en los siguientes supuestos:

- Cuando la revocación constituya dispensa o exención no permitida por las leyes. Así, por ejemplo, en materia tributaria la LGT incluye en el artículo 8.k) entre las materias reservadas a la Ley «la condonación de deudas y sanciones tributarias y la concesión de moratorias y quitas».
- Que la revocación sea contraria al principio de igualdad o al interés público. Así, el principio de igualdad supone la interdicción de cualquier trato discriminatorio, como sería la revocación de actos de gravamen o dispensas respecto de un administrado y no acordada respecto de otros en idéntica situación, y el interés público habrá de valorarse en cada caso concreto.
- Que la revocación sea contraria al ordenamiento jurídico. De tal manera no será posible la revocación sin sujeción a procedimiento cuando una norma prevea un procedimiento específico, ni en general cuando dicha revocación sea contraria al ordenamiento jurídico.

De forma específica el artículo 35.1.b) LPAC señala que los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio han de ser motivados. Es decir, por amplias que sean las facultades de que gozan las Administraciones Públicas en esta materia no pueden ejercerse estas potestades arbitrariamente, sino que en todo caso ha de perseguirse con ellas el interés público que es el fin de toda actuación administrativa, de ahí la exigencia de motivación que es la forma de control más adecuado para el ejercicio de la discrecionalidad.

Y finalmente las administraciones públicas podrán revocar sus actos desfavorables o de gravamen en cualquier momento mientras no haya trascurrido el plazo de prescripción del correspondiente acto.

3.4. Rectificación de errores materiales. Artículo 109.2 LPAC

Al contrario de la revisión o revocación de actos administrativos que supone una revocación del propio acto en términos jurídicos, la rectificación de errores materiales en un acto supone la subsistencia del propio acto al que se le rectifica el error material de que adolece para que el mismo tenga el contenido exacto que debía tener. El acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación, cuya única finalidad es eliminar los errores de transcripción o de simple cuenta con el fin de evitar cualquier posible equívoco.

Este carácter material y en absoluto jurídico de la rectificación justifica que para llevarla a cabo no se requiera sujetarse a solemnidad ni a límite temporal alguno. Así, el artículo 109.2 LPAC señala:

"Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos."

El único problema que plantea el precepto es el de determinar cuándo estamos ante un error material, aritmético o de hecho que puede rectificarse en cualquier momento sin sujetarse a trámite alguno y cuando no, ya que la administración en numerosas ocasiones ha intentado utilizar dicho precepto para realizar auténticas revisiones de concepto sin sujetarse a los procedimientos anteriores.

En este sentido la jurisprudencia ha venido interpretando el precepto en el sentido de considerar que dichos errores son aquellas equivocaciones que se advierten del simple examen del expediente y cuya enmienda no altera la esencia del acto administrativo, no pudiendo extenderse a otro tipo de errores como lo son los de concepto o interpretaciones jurídicas. Así la sentencia del TS de 27 de mayo de 1991[4] realiza un resumen de la doctrina jurisprudencial del error de la siguiente manera:

«La doctrina jurisprudencial de esta Sala……, tiene establecido que el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí solo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose prima facie por su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que, para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias: 1) que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos; 2) que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte; 3) que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables; 4) que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos; 5) que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica); 6) que no padezca la subsistencia del acto administrativo (es decir, que

[4] Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección2ª). Sentencia de 27 mayo 1991. RJ 1991\4191

no se genera la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión, porque ello entrañaría un fraus legis constitutivo de desviación de poder); y, 7) que se aplique con un hondo criterio restrictivo».
La rectificación prevista en el artículo 109.2 no está sujeta a plazo por lo que puede realizarse en cualquier momento.

4. La revisión de oficio en el ámbito de la seguridad social[5]. Artículo 146 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 17 del Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital.
La DA 1.ª LPAC establece, al igual que en la materia tributaria, que las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de seguridad social y desempleo, se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en la propia ley de procedimiento administrativo común.
Actualmente, la regulación general de la revisión de oficio de los actos administrativos en materia de seguridad social[6] y desempleo se contiene en el artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, que establece lo siguiente:
«Artículo 146. Revisión de actos declarativos de derechos.
1. Las Entidades, órganos u Organismos gestores, o el Fondo de Garantía Salarial no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido.
2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior:
a) La rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, así como la reclamación de las cantidades que, en su caso, se hubieran percibido indebidamente por tal motivo.
b) Las revisiones de los actos en materia de protección por desempleo, y por cese de actividad de los trabajadores autónomos, siempre que se efectúen dentro del plazo máximo de un año desde

[5] Vid a este respecto la obra "Los procedimientos Administrativos en materia de Seguridad Social: (efectos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). M. UGUINA, J. RAFAEL. Año 2017. ISBN 978-84-9152-129-7.
[6] Vid igualmente "La revisión de oficio de actos declarativos de derechos por parte de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social en los casos de concurrencia de pensiones y superación de topes máximos anuales". G. NINET, J. IGNACIO. Tribunal Social. Año 2002. ISSN 1130-7331.

la resolución administrativa o del órgano gestor que no hubiere sido impugnada, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147.

c) La revisión de los actos de reconocimiento del derecho a una prestación de muerte y supervivencia, motivada por la condena al beneficiario, mediante sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación, que podrá efectuarse en cualquier momento, así como la reclamación de las cantidades que, en su caso, hubiera percibido por tal concepto.

3. La acción de revisión a la que se refiere el apartado uno prescribirá a los cuatro años.

4. La sentencia que declare la revisión del acto impugnado será inmediatamente ejecutiva».

Lo primero que sorprende de esta norma es su ubicación sistemática en una ley procesal judicial, cuando es una norma de carácter administrativo que debería contenerse en una norma de tal carácter, en este sentido la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común hubiera sido el lugar adecuado en una de sus Disposiciones Adicionales. Además, la regulación contenida en la LRJS ha planteado y plantea numerosos problemas en la práctica entre los que podemos señalar los siguientes:

1. La no distinción en la regulación contenida en el precepto entre actos nulos y anulables lo que determina la imposibilidad de revisión de los actos de la Seguridad Social y desempleo transcurridos 4 años, aunque estos incurran en vicios absolutamente inasumibles. Frente a ello el TS ha tenido que realizar interpretaciones forzadas de la legislación no siempre coherentes (STS, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2000)[7].

Señala la sentencia citada lo siguiente: «*Dicha doctrina debe ratificarse en cuanto a la no aplicación del artículo 6.3 del Código Civil ni del artículo 6.2.f) de la Ley 30/1992 por razones temporales, pero debe profundizarse y matizarse el resto de sus razonamientos, en el sentido siguiente:*

A) El régimen de la eficacia de las normas jurídicas tiene una norma básica en nuestro derecho, cual es la que se contiene en el artículo 6.3 del Código Civil en el que se dispone que "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para caso de contravención", precisamente esta excepción es la que concurre en materia de nulidad de los actos administrativos y particularmente de los de la Seguridad Social, para los que existe una normativa específica aplicable que no excluye el artículo 6.3 del Código Civil, sino que viene a completarla, regulándose lo que este precepto prevé, en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 –Artículos. 47 y 48–, como en el de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –Artículos. 62 y 63–, y en la propia Ley de Procedimiento Laboral.

[7] Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 21 abril 2000. Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 3950/1998. RJ 2000\4251.

B) La nulidad de un acto administrativo como fue la Resolución de la Gestora, de 23 de septiembre de 1986, que reconoció al beneficiario la pensión, siempre es un vicio originario, tanto entrañe un caso de nulidad radical como de simple anulabilidad del acto, que ha de regirse, por la norma específica aplicable en el momento en que se dictó el acto administrativo que no era la Ley 30/1992, sino la LPA de 1958, de ahí, que como se razona en la anterior sentencia del Pleno de la Sala, la Ley 30/1992, no sea aquí de aplicación, aparte de que, si lo fuera sería necesario ponderar si estamos realmente ante un requisito esencial, pues no toda exigencia para causar derecho a una prestación tiene forzosamente este carácter, con independencia de que la naturaleza de los actos declarativos de derechos de la Seguridad Social conectados a la cobertura de situaciones de necesidad determina que deba prestarse una especial atención a las reglas de moderación del ejercicio de las facultades de revisión contenidas tanto en el artículo 112 de la LPA de 1958 como en el actual artículo 106 de la LRJ-PAC.

C) Lo anterior no significa que el régimen del artículo 145 de la LPL sea una regulación completa y excluyente que impida en todos los casos la aplicación de los principios del régimen de la nulidad de los actos administrativos, sino que el mismo se refiere a los supuestos de anulabilidad de los actos de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, no a la nulidad radical, pues, aunque la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1992 prevé que la revisión de oficio de los actos de la Seguridad Social se regirá por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral hay que tener en cuenta que tal remisión opera sobre una regulación incompleta que ha de integrarse con las reglas generales, sin perjuicio de las especialidades de orden procesal que derivan de la competencia del orden social.

D) Tampoco es decisoria la regla sobre la obligación de conservar los boletines de cotización, pues con independencia de la consideración que la misma pueda tener a efectos de la prueba, hay que tener en cuenta que la misma no afecta en principio al régimen de la nulidad de los actos de gestión.

E) Siendo esto así, no existiendo en la Ley de 1958, que es la aplicable, un precepto similar al artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, que defina como un supuesto de nulidad de pleno derecho la falta de un requisito esencial en el reconocimiento de una prestación y no existiendo tampoco una regla de este carácter en el artículo 145 de la LPL, no es posible estimar la pretensión impugnatoria del INSS».

2. La inclusión de la revisión de oficio en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social cuando los actos de la Seguridad Social se enjuician en jurisdicciones diferentes además de la social[8]. El artículo 3.f) de la LRJS señala numerosos actos dictados en materia de Seguridad Social que están excluidos de dicha jurisdicción siendo competente la jurisdicción contenciosa, por lo que la revisión de oficio de dichos actos, por lógica, deberá enjuiciarse en esta última jurisdicción y no en la social que no es competente por razón de la materia.

[8] "La revisión de oficio de la inscripción de los empresarios, afiliación, altas y bajas de los trabajadores". M. LUCAS, J. ANTONIO. Tribuna Social nº 75. Año 1997. ISSN 1130-7331.

3. El propio concepto de acto declarativo de derechos empleado por el artículo 146 LRJS dio lugar a una corriente jurisprudencial, cuando los actos de encuadramiento (afiliación a la Seguridad Social, altas, bajas, variaciones de datos etc) se enjuiciaban en el orden social, que conceptuaba los mismos como «no declarativos de derechos», no quedando encuadrados en el concepto del artículo 146 LRJS salvo cuando de la revisión de dicho acto pudiera resultar afectado algún concreto acto de la Entidad Gestora, en cuya virtud es también reconocido determinado derecho. La consecuencia que se extrajo de dicha doctrina es que la TGSS quedaba facultada para revisar estos actos en cualquier tiempo y sin límite alguno (STSJ de Navarra de 17 de diciembre de 2002[9]). No obstante ello, la Sala Tercera del TS actualmente mantiene al opinión contraria (STS de 8 de julio de 2014[10]), si bien sin reconocer su propia competencia.

4. A pesar de dichos problemas se insiste en mantener la citada regulación en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Regulación a todas luces incompleta y con numerosas deficiencias, sumando además otros problemas. En la actual redacción al delimitar su ámbito subjetivo se señalan los siguientes organismos: «Las Entidades, órganos u Organismos gestores, o el Fondo de Garantía Salarial». El concepto primero de Entidades parece claro, son los organismos públicos encargados de la gestión de la Seguridad Social (Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, Tesorería General de la Seguridad Social, etc.), y el Fondo de Garantía Salarial igualmente es un Organismo Autónomo del Estado, pero no se comprende muy bien a qué se refiere la norma con los términos de «órganos u Organismos Gestores» pues, en principio, no deberían comprenderse en dicha definición las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social que no son Administraciones Públicas y no dictan actos administrativos y por tanto las potestades de revisión de oficio no les son aplicables. No obstante, ello parece que no es así, porque una de las excepciones a la revisión de oficio se produce en los actos dictados en materia de cese de actividad de los trabajadores autónomos, cuya competencias de gestión se atribuyen a las Mutuas Colaboradoras a las que sí se atribuyen por tanto potestades de revisión de oficio.

5. Estos problemas sin duda se agravarán con la atribución al Instituto Nacional de la Seguridad Social de la gestión de las prestaciones de clases pasivas, como consecuencia de lo dispuesto en la Disposición Adicional 6º del Real Decreto Ley 15/2020 y su desarrollo por el Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Hasta ahora estas prestaciones se gestionaban por el Ministerio de Hacienda, en su gestión era plenamente aplicable la ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común (incluido todo lo relativo a la revisión de oficio) y su revisión

[9] Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Social). Sentencia núm. 383/2002 de 17 diciembre. Recurso de Suplicación núm. 393/2002. AS 2003\678.

[10] Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª).Sentencia de 8 julio 2014. Recurso de Casación núm. 2628/2012.RJ 2014\3658.

jurisdiccional se efectuaba en la jurisdicción contenciosa, sin que exista ninguna previsión en este sentido en la normativa actual sobre este asunto.

La regulación contenida en la LRJS parte del principio tradicional de que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, no pueden revisar por sí mismas los actos administrativos que dictan en perjuicio de los beneficiarios de la seguridad social. Su revisión se hará necesariamente por demanda ante la jurisdicción competente para su enjuiciamiento. Este principio general se contrae a los actos que llama «declarativos de derechos», que en principio debemos entender como sinónimo de acto favorable (en terminología de la LPAC), es decir, como todo acto administrativo, cualquiera que sea un naturaleza a otros efectos, del que su destinatario obtiene derechos, facultades u otras situaciones jurídicas de ventaja. Se contrapone el término a actos de gravamen o desfavorables, y es fundamental la distinción a los efectos de la revisión de oficio ya que en este tema todos los actos de la seguridad social o son declarativos de derechos o no lo son sin que pueda hablarse de otra categoría (actos de encuadramiento) que puede ser relevante a otros efectos pero no a estos.

En realidad esta normativa es prácticamente coincidente con la contenida en los artículos 107 y 109.1 LPAC para los actos anulables, en una regulación más completa y elaborada (declaración de lesividad con audiencia del afectado por la revisión, plazo para efectuarla, normas de procedimiento, etc.) y no se entiende bien el motivo de la especialidad.

De dicha regulación se exceptúa los siguientes actos:

- La revisión de actos administrativos declarativos de derecho cuando dicha revisión venga motivada por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones de los beneficiarios. Esta excepción tiene sentido en aquellos procedimientos en los que el acto administrativo dictado se apoya en gran medida, cuando no totalmente, en datos declarados por los particulares: si es el propio beneficiario del acto declarativo de derechos quien, con sus omisiones o inexactitudes, ha ocasionado que dicho acto esté legalmente viciado, deja de darse la ratio por la que la administración debe acudir a la jurisdicción para remediar tal ilegalidad.
- Las revisiones de los actos en materia de protección por desempleo, y por cese de actividad de los trabajadores autónomos, siempre que se efectúen dentro del plazo máximo de un año desde la resolución administrativa o del Órgano gestor que no hubiere sido impugnada, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147. Con dicha norma, como antes señalábamos, se atribuyen facultades de revisión de oficio a Entidades Privadas, como son las Mutuas Colaboradoras, cuando se niegan con carácter general a los Organismos Públicos de la Seguridad Social.
- La revisión de los actos de reconocimiento del derecho a una prestación de muerte y supervivencia, motivada por la condena al beneficiario, mediante sentencia firme,

por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación, que podrá efectuarse en cualquier momento, así como la reclamación de las cantidades que, en su caso, hubiera percibido por tal concepto.

- Y, también, la revisión de oficio de los actos que no son declarativos de derechos, es decir, los desfavorables o de gravamen que seguirían el régimen previsto en el artículo 109.1 PAC.

Y finalmente, queda sin resolver la duda de los actos administrativos dictados en materia de Seguridad Social, cuyo enjuiciamiento corresponde no a la Jurisdicción Social sino a la Contencioso-administrativa. En este punto creemos que sería absurdo interponer demanda ante la Jurisdicción Social que no es competente para su enjuiciamiento, debiendo interponerse esta ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

La acción de revisión prescribe a los cuatro años como en el régimen general.

Por otra parte, el precepto no distingue entre actos nulos de pleno derecho o anulables por lo que no se sabe muy bien si es aplicable o no el régimen previsto para los actos nulos de pleno derecho contenido en el artículo 107 LPAC. En favor de esta solución se pronunció el TS en su Sentencia de 21 de abril de 2000[11], en una interpretación forzada de la regulación anterior a la LPAC de 2015, solución que ahora parece más factible por cuanto la DA 1.ª LPAC de 2015 establece que la regulación contenida en ella es supletoria de la legislación específica. Si finalmente dicha interpretación se impone el régimen de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho sería idéntico al previsto en la LPAC de 2015.

Finalmente la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos podrá realizarse en cualquier tiempo de oficio o a instancia de los interesados, como en el régimen general.

A esta regulación hay que sumar ahora lo establecido en el artículo 17 del Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital.

Este ingreso mínimo vital se configura en la norma como una prestación económica de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva, cuyo reconocimiento y control se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social en su artículo 22.

Señala el artículo 17.1 de la norma que:

"Artículo 17. Reintegro de prestaciones indebidamente percibidas

1. El Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá revisar de oficio, en perjuicio de los beneficiarios, los actos relativos a la prestación de ingreso mínimo vital, siempre que dicha revisión se efectúe dentro del plazo máximo de cuatro años desde que se dictó la resolución

[11] Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 21 abril 2000. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3950/1998. RJ 2000\4251.

administrativa que no hubiere sido impugnada. Asimismo, en tal caso podrá de oficio declarar y exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas.
La entidad gestora, podrá proceder en cualquier momento a la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, así como a la reclamación de las cantidades que, en su caso, se hubieran percibido indebidamente por tal motivo.
En supuestos distintos a los indicados en los párrafos anteriores, la revisión en perjuicio de los beneficiarios se efectuará de conformidad con el artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social."

De manera sorprendente el Real Decreto Ley 20/2020, ha cambiado la regulación tradicional sobre la revisión de oficio en los actos administrativos de seguridad social relativos al ingreso mínimo vital. Las novedades de dicha regulación son las siguientes:

- Yano se habla de actos declarativos de derecho como en el artículo 146 de la LRJS, sino de todos los actos relativos al reconocimiento del ingreso mínimo vital.
- Se permite la revisión de oficio sin límite alguno (no es necesario informe de órgano consultivo alguno tratándose de actos nulos ni previa declaración de lesividad en el caso de los anulables) dentro del plazo de cuatro años tanto si se trata de actos nulos como de actos anulables ya que la ley no distingue.
- El párrafo segundo reitera la norma prevista en el artículo 146.2.a) de la LRJS y por tanto es superfluo por innecesario dada la cláusula general de supletoriedad del párrafo tercero del precepto.
- Y finalmente el párrafo tercero del artículo 17.1 se remite al artículo 146 de la LRJS para los demás supuestos distintos de los previstos en los párrafos anteriores, sin que se sepa muy bien a que se refiere dado que el párrafo primero ya contempla todos los actos relativos al ingreso mínimo vital.

La regulación señalada resulta sorprendente. Se pasa, en relación con esta prestación de seguridad social, del principio tradicional de que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, no pueden revisar por sí mismas los actos administrativos que dictan en perjuicio de los beneficiarios de la seguridad social, y que actualmente se recoge en el artículo 146 de la LRJS, al principio contrario, dado que el INSS puede revisar durante el plazo de cuatro años todos los actos relativos al ingreso mínimo vital sin límite alguno, ni siquiera el dictamen del Consejo de Estado tratándose de actos nulos.

La regulación señalada se aparta por un lado, de la común o general contenida en la LPAC que sólo permite la revisión de oficio de los actos nulos tratándose de actos administrativos favorables, pues para los anulables es necesario la declaración de lesividad y su posterior impugnación ante la jurisdicción contenciosa, y de la regulación general de los actos administrativos en materia de seguridad social que parte del principio general de la prohibición de la revisión de oficio, y configura una

potestad administrativa de revisión de oficio en el Instituto Nacional de la Seguridad Social sólo limitada por el plazo de cuatro años, tanto si se trata de actos viciados con nulidad absoluta o anulabilidad.

Aparte de ello, el precepto presenta deficiencias técnicas evidentes. Por un lado el párrafo segundo es innecesario por redundante y el tercero no se sabe a qué actos se refiere dado que el párrafo primero se refiere a todos.

La reflexión que cabe realizar de todo ello es que el tema de la revisión de oficio de los actos administrativos en materia de Seguridad Social cuenta con numerosas especialidades en la regulación vigente, no siempre justificadas, además de presentar numerosas deficiencias técnicas que generan no pocos problemas en la práctica, sin que se comprenda muy bien cuál es el motivo de mantener una regulación distinta, asistemática y dispar sobre este tema concreto.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Prove tecniche di estromissione dell'avvocato dal processo amministrativo. Il giusto processo amministrativo alla prova del Decreto "Cura Italia"

di Ignazio Lagrotta

(Professore aggregato di Istituzioni di Diritto pubblico Università degli Studi di Bari "Aldo Moro")

Sommario

1. Delimitazione del tema d'indagine. 2. Trattazione orale nell'attuazione e giusto processo amministrativo. 3. La discussione orale nel processo amministrativo dell'emergenza: una rinuncia tollerabile? 4. Brevi conclusioni: l'anello che non tiene.

Abstract

The urgent measures to face the epidemiological emergency "COVID-19" are stated in the Law Decree 17 March 2020. In this regard, the essay critically analyses the art. 84 on the regulatory choice to exclude "oral discussion" from administrative processes.

It is highlighted the importance of oral argument in the administrative process with respect for constitutional principles and rights, regardless the stated emergency regime.

Although the public emergency contingency plan could implicate derogations from ordinary discipline, these must be minimalized regarding the constitutional and legal rights, among which the oral discussion is certainly included.

Hence, the drastic abolition of the oral discussion appears unreasonable and disproportionate, since the oral defence is a very useful, perhaps indispensable, value to ensure the full contradictory and then adequate defence in the administrative.

1. Delimitazione del tema d'indagine

L'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 introduce «nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia amministrativa»[1]. Si tratta di una normativa emergenziale[2] con la quale, al fine di garantire l'espletamento delle attività giudiziarie nella giurisdizione amministrativa[3], il legislatore ha adottato misure straordinarie, derogatorie delle norme processuali vigenti[4], da applicarsi per un periodo temporalmente limitato «fino al 30 giugno 2020»[5].

Tra le misure introdotte «in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo» si ritiene opportuno svolgere qualche riflessione in merito alla ragionevolezza della soppressione della «discussione orale» sancita, per il momento, «fino al 30 giugno 2020».

Nello specifico:

[1] Va segnalato che, al momento in cui si scrive, il Senato ha approvato, in data 9 aprile 2020, il Disegno di legge: S. 1766 di «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi» (approvato dal Senato) (2463). In sede di conversione non sono state introdotte modifiche sostanziali all'impianto delineato dall'art. 84.

[2] Per una prima analisi dell'art. 84, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo si v. M. A. SANDULLI, *Brevissime considerazioni sulla sospensione dei termini relativi ai procedimenti sui ricorsi amministrativi (tra gli artt. 84 e 103 del d.l. n. 18 del 2020)*, in *federalismi.it*, n. 1/2020; M. A. SANDULLI, *Vademecum sulle ulteriori misure anti-covid19 in materia di Giustizia Amministrativa: l'art. 84 del decreto "Cura Italia*, in *lamministrativista.it*, 17 marzo 2020; M. A. SANDULLI, *I "primi chiarimenti" del Presidente del Consiglio di Stato sul "Decreto cura Italia"*, in *lamministrativista.it*, 20 marzo 2020; F. FRANCARIO, *L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, in *federalismi.it*, *Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19*, n. 1/2020; F. VOLPE, *Riflessioni dopo una prima lettura dell'art. 84, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo*, in *LexItalia.it - Rivista Internet di diritto pubblico*, n. 3/2020; C. SALTELLI, *Note sulla tutela cautelare dell'art. 84 del d.l. 27 marzo 2020 n.* 18, in giustizia-amministrativa.it, 24 marzo 2020; P. D'ANGIOLILLO, *Prime osservazioni sulle misure derogatorie definite dall'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. "Cura Italia") in tema di processo amministrativo "condizionato" dall'emergenza "Covid-19"*, in *LexItalia.it - Rivista Internet di diritto pubblico*, n. 3/2020.

[3] Sul punto si rinvia a F. PATRONI GRIFFI, *Direttiva Presidente del Consiglio di* Stato, 19 marzo 2020. Nelle premesse si sintetizza che «la nuova disposizione disegna un sistema le cui novità principali sono, rispetto alla normativa emergenziale dell'abrogato decreto-legge n. 11/2020, le seguenti:

1. il prolungamento della sospensione obbligatoria delle udienze sino al 15 aprile, con possibilità di celebrare udienze già dal 6 aprile ove le parti congiuntamente lo richiedano; 2. la precisazione circa la natura omnicomprensiva dei termini oggetto di sospensione; 3. il definitivo consolidamento di un'udienza sulla base degli scritti e degli atti senza discussione orale, con la possibilità di presentazione di brevi note in prossimità della data fissata per la decisione; 4. la previsione della rimessione in termini per le parti che, a causa della sospensione, non abbiano fruito di termini pieni per il deposito di documenti e memorie, con conseguente assegnazione, da parte del giudice, di nuovi termini dimidiati; 5. sul versante cautelare, il tramutamento, ex lege, nel periodo di sospensione, della decisione cautelare collegiale in monocratica».

[4] E. FOLLIERI – A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)*, WK e Cedam, 2015.

[5] Per un approfondimento si rinvia al focus – Osservatorio Emergenza Covid-19, sul sito *federalismi.it* ed a quello – Emergenza Coronavirus sul sito di giustizia-amministrativa.it.

- dal 15 aprile e fino al 30 giugno tutte le controversie fissate per la trattazione, salva l'ipotesi residuale di rimessione in termini, passano in decisione senza discussione orale (art. 84, comma 5[6]).

Tale disposizione desta dubbi, pur se analizzata – come è necessario fare – alla luce della situazione di emergenza[7] che il mondo vive e che è stata dichiarata dalle Organizzazioni internazionali (OMS)[8] e, tra i tanti, dal Governo Italiano[9]. Pare infatti non essere informata al principio del minimo mezzo su cui il diritto emergenziale ruota, per il quale ai diritti – sia costituzionali sia legali – possono essere imposte eccezionali restrizioni e limitazioni – anche assai pesanti – ma comunque solo nei limiti di necessità. Tra i diritti (almeno) legali delle persone senza dubbio si iscrive quello di essere difesi in giudizio «anche oralmente», nel corso di una udienza o di una trattazione camerale con l'assistenza degli avvocati di parte, quando tale modalità è prescritta dalla disciplina processuale ordinaria. Com'è, pianamente, nel caso qui in analisi.

Una prima macroscopica distonia si osserva all'interno del provvedimento legislativo. Giacché prevede, per il medesimo arco temporale, che la trattazione delle cause civili[10],

[6] L'art. 84, comma 5, stabilisce che «in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo, omesso ogni avviso». Si segnala che in sede di conversione del d.l., con la proposta di modifica 84.1 al DDL n. 1776, al comma 5 le parole: «su istanza proposta entro lo stesso termine dalla parte che non si sia avvalsa della facoltà di presentare le note» sono sostituite dalle parole: «su istanza depositata entro cinque giorni liberi prima dell'udienza».

[7] Per una riflessione sulle questioni aperte dall'emergenza si rinvia all'editoriale di B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, n. 6/2020 e nella stessa rivista all'*Osservatorio Emergenza Covid-19* ed *ivi* in particolare L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, *Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19*, n. 1/2020;

[8] Si v. la dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione mondiale della sanità del 30 gennaio 2020.

[9] Si v. dpcm del 31 gennaio 2020 (in G.U., 1° febbraio 2020, n. 26) - Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili ed è da quel momento che «si diparte la porzione finale della "catena normativa" che ha retto e regge gran parte della vita pubblica e privata nel nostro Paese ormai da due mesi» in tal senso si v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, giurcost.it, 11 aprile 2020; per una interessante analisi dell'utilizzo dello strumento della decretazione d'urgenza nell'attuale fase emergenziale si rinvia a F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica covid19, decretazione d'urgenza e costituzione materiale*, in *Nomos*, 1-2020 sinteticamente l'A. evidenzia come «la Costituzione materiale già oggi consente tutte le innovazioni parlamentari straordinariamente necessarie e urgenti a fronteggiare l'emergenza epidemiologica Covid19» infatti «vista l'attuale perdurare dell'emergenza epidemiologica Covid19, nonché il susseguirsi di provvedimenti d'urgenza (…) potrebbe oggi essere "vitale" – più che opportuno – far leva sul concetto di elasticità della Costituzione» evitando così il punto di «rottura del Patto costituzionale», in dottrina F. LANCHESTER, La Costituzione tra elasticità e rottura, Milano, Giuffrè, 2011.

[10] L'art. 83, comma 7, lett. f) stabilisce che «la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice, anche se finalizzate all'assunzione di informazioni presso la pubblica amministrazione, mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il

penali[11] e di responsabilità contabile[12] possa contemplare collegamenti da remoto, richiedendo – ragionevolmente – che le modalità siano «idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti»[13]. Tra l'altro in sede di conversione del d.l. la possibilità di discussione orale, seppur su richiesta, è stata estesa anche al giudizio pensionistico «tutte le controversie pensionistiche fissate per la trattazione innanzi al giudice contabile in sede monocratica, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, salva espressa richiesta di una delle parti di discussione orale, da notificare, a cura del richiedente, a tutte le parti costituite e da depositare almeno dieci giorni prima della data di udienza»[14]. E' evidente, pertanto, «il possibile arretramento

contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti e al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, giorno, ora e modalità di collegamento. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale».

[11] L'art. 83, comma 12, stabilisce che «Ferma l'applicazione dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale, dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271».

[12] L'art. 85, comma, 3 lett. e) stabilisce che «la previsione dello svolgimento delle udienze e delle camere di consiglio che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti, ovvero delle adunanze e delle camere di consiglio che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai rappresentanti delle amministrazioni, mediante collegamenti da remoto, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione all'udienza ovvero all'adunanza ovvero alla camera di consiglio, anche utilizzando strutture informatiche messe a disposizione da soggetti terzi o con ogni mezzo di comunicazione che, con attestazione all'interno del verbale, consenta l'effettiva partecipazione degli interessati. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato aula di udienza o di adunanza o camera di consiglio a tutti gli effetti di legge. Le sentenze, le ordinanze, i decreti, le deliberazioni e gli altri atti del processo e del procedimento di controllo possono essere adottati mediante documenti informatici e possono essere firmati digitalmente, anche in deroga alle disposizioni vigenti».

[13] Va segnalato che in sede di conversione del d.l., prima dell'opposizione della fiducia da parte del Governo, era stata presentata dai senatori Sudano, Conzatti, Comincini, Nencini, Sbrollini, Vono, Cucca la proposta di modifica n. 84.1 al DDL n. 1766. Per quello che qui interessa con tale proposta si voleva sostituire il comma 6 con il seguente: «6. Le parti, con apposita istanza da notificare alle altre parti costituite e da depositare entro cinque giorni liberi prima della data fissata per la trattazione, possono richiedere lo svolgimento delle udienze pubbliche e camerali che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante collegamenti da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori alla trattazione dell'udienza, assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati e comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici. In tal caso è assicurato congruo avviso dell'ora e delle modalità di collegamento. Si dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e la libera volontà delle parti. Anche il Collegio, nel medesimo termine sopra indicato, può disporre la discussione orale, previa apposita comunicazione alle parti. Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati, il personale addetto e i difensori delle parti è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge». Si trattava sostanzialmente di recuperare l'iniziale previsione dell'istituito dell'udienza telematica di cui al d.l. n. 11/2020 che poi come si è detto in sede di conversione è stata abbandonata.

[14] Come emerge dalle modifiche introdotte in sede di conversione da parte del Senato.

che il sistema di giustizia amministrativa rischia di subire rispetto alle altre giurisdizioni»[15].
D'altronde l'art. 3, comma 5, del d.l. 8 marzo 2020 n. 11 (abrogato dall'art. 84, comma 11, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18) aveva inizialmente introdotto l'udienza telematica[16] nel processo amministrativo, di cui poi si è persa irragionevolmente traccia tanto da far anticipare da autorevole dottrina che possa essere stata «un'occasione perduta»[17].

2. Trattazione orale nell'attuazione e giusto processo amministrativo
I principi afferenti al c.d. «giusto processo»[18] o «equo processo», secondo quanto previsto dall'art. 111 della Costituzione, dall'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE e dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 novembre 1950, si compendiano nel diritto della persona i cui diritti siano stati lesi di fare ricorso ad un giudice terzo, vedendosi garantito il completo contraddittorio e con esso il diritto di essere sentito.
L'art. 6 della CEDU sancisce una "equa e pubblica udienza" con un confronto orale; principio al quale, secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritto dell'Uomo, potrebbe derogarsi ma solo previa analisi caso per caso[19].

---

[15] In termini S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*», in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020.

[16] Sulle prospettive della crisi come possibilità di aprire nuove possibilità si rinvia all'interessante contributo di F. DONATI, *Giustizia online al tempo del Coronavirus*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, giurcost.it, 17 aprile 2020.

[17] S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*», in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020, l'A. «muovendo dall'esame decreti-legge che, in occasione dell'emergenza epidemiologica «Covid-19», si sono susseguiti con riferimento alla disciplina del processo amministrativo, il contributo analizza criticamente la scelta normativa di escludere la celebrazione di una vera e propria udienza telematica in seno al D.L. «Cura Italia» n. 18/2020, in contraddizione con l'iniziale previsione dell'istituto nel D.L. n. 11/2020, di poco anteriore. Si evidenzia come il recupero dell'istituto non sia stato considerato neppure nell'ultimo d.l. «Liquidità» n. 23/2020. Il saggio rimarca l'importanza del contraddittorio orale nel processo amministrativo. Si conclude auspicando che il legislatore si orienti a breve per un ripensamento che consenta la celebrazione di una «udienza» propriamente detta anche nella forma, oggi necessitata ma a regime utilissima, del collegamento da remoto tra magistrati del collegio giudicante e difensori delle parti, così come già previsto per il processo civile e contabile».

[18] E' stato osservato come la formula "giusto processo", introdotta dal novellato art. 111 Cost., a tenor del quale "*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*", in particolar modo per quanto attiene al processo amministrativo non sembra affatto che abbia introdotto in Costituzione una nozione sostanziale della giustizia e del processo. In effetti dire processo "giusto" ai sensi dell'art. 111 Cost. e processo "legale" parrebbe esattamente la stessa cosa. Purtuttavia, tale formula non è stata usata dalla giurisprudenza casualmente o inconsapevolmente, bensì con l'intenzione dichiarata di trovare una formula riassuntiva che abbracciasse una pluralità di princìpi costituzionali, si v. M. LUCIANI, *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, Relazione al Convegno "La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi", Castello di Modanella, Serre di Rapolano (Siena), 19 – 20 maggio 2017.

[19] Nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 marzo 2014 - Ricorso n. 18640/10 - Grande Stevens e altri c. Italia si afferma:
«119. Tuttavia, è vero che l'obbligo di tenere un'udienza pubblica non è assoluto (Håkansson e Sturesson c. Svezia, 21 febbraio 1990, § 66, serie A n. 171-A) e che l'articolo 6 non esige necessariamente lo svolgimento di una udienza in tutte le procedure, soprattutto nelle cause che non sollevano questioni di credibilità o non suscitano

Con riferimento all'ordinamento italiano è stato osservato che la nozione di giusto processo, così intesa, era già presente in Costituzione[20] anche prima della novella introdotta dalla l. cost. n. 2 del 1999. Il principio del giusto processo, al pari del principio di effettività, configura uno *standard* di tutela giurisdizionale al di sotto del quale l'ordinamento positivo di rango primario non può in alcun caso scendere[21]. Il processo amministrativo, come espressamente previsto all'art. 2 del c.p.a., «attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, primo comma, della Costituzione»[22].

La *ratio* del contraddittorio, da un lato, attende all'esigenza di consentire la presenza di tutte le parti coinvolte per il raggiungimento del fine di una ricerca della verità processuale mediante la partecipazione dialettica; dall'altro, di consentire alle parti di eccepire e replicare alle domande avversarie, nel rispetto della regola *audiatur et alter pars*, che verrebbe ad essere ingiustificatamente incisa dalla previsione di passaggio in decisione senza discussione orale.

La Corte costituzionale nell'affermare «l'importanza degli strumenti difensivi», i quali per il sol fatto di essere «previsti dalla legge processuale, debbono, tutti, poter essere

---

controversie su fatti che rendono necessario un confronto orale, e nell'ambito delle quali i giudici possono pronunciarsi in maniera equa e ragionevole sulla base delle conclusioni scritte delle parti e degli altri documenti contenuti nel fascicolo (si vedano, ad esempio, Döry c. Svezia, n. 28394/95, § 37, 12 novembre 2002; Pursiheimo c. Finlandia (dec.), n. 57795/00, 25 novembre 2003; Jussila, sopra citata, § 41; e Suhadolc c. Slovenia (dec.), n. 57655/08, 17 maggio 2011, dove la Corte ha ritenuto che la mancanza di udienza orale e pubblica non creasse alcuna violazione dell'articolo 6 della Convenzione in una causa per eccesso di velocità e di guida in stato di ebbrezza nella quale gli elementi a carico dell'accusato erano stati ottenuti grazie ad alcuni apparecchi tecnici).

(…)

122. Per quanto riguarda la presente causa, secondo la Corte era necessaria una udienza pubblica, orale e accessibile ai ricorrenti. A tale proposito, la Corte osserva che vi era una controversia sui fatti, soprattutto per ciò che riguardava lo stato di avanzamento delle negoziazioni con la Merrill Lynch International Ltd, e che, al di là della loro gravità da un punto di vista economico, le sanzioni in cui rischiavano di incorrere alcuni dei ricorrenti avevano, come notato prima (paragrafi 74, 97 e 98 supra), un carattere infamante, potendo arrecare pregiudizio all'onorabilità professionale e al credito delle persone interessate.

123. Per quanto sopra esposto, la Corte reputa che il procedimento dinanzi alla CONSOB non soddisfacesse tutte le esigenze dell'articolo 6 della Convenzione, soprattutto per quanto riguarda la parità delle armi tra accusa e difesa e il mancato svolgimento di una udienza pubblica che permettesse un confronto orale».

[20] Alcuni precedenti sono, sul punto, illuminanti. Così, a fronte di alcune ordinanze di rimessione che avevano invocato gli artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 25, 27, secondo comma, e 101, secondo comma, Cost., la Corte ebbe a ricordare che «I parametri costituzionali che i giudici rimettenti invocano convergono nel configurare quello che, in numerose occasioni, questa Corte ha indicato come il «giusto processo» voluto dalla Costituzione» (20 maggio 1996, n. 155). Con ancor maggiore chiarezza, in un'altra occasione precisò espressamente che quella del giusto processo è la «formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio» (24 marzo 1996, n. 131). Infine, offrendo significative precisazioni anche contenutistiche, affermò che «uguaglianza di trattamento, diritto di difesa, precostituzione del giudice naturale, presunzione di non colpevolezza, terzietà del giudice» sono i princìpi costituzionali «che delineano il giusto processo» (22 ottobre 1997, n. 311).

[21] N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013, 95 ss.

[22] E. FOLLIERI – E. STICCHI DAMIANI – L. PERFETTI – A. MEALE (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, E.S.I., Napoli 2014.

utilizzati dalla parte per far valere le proprie ragioni» ha sottolineato «l'inconsistenza logica e giuridica del tentativo di giustificare» diverse conclusioni «con il preteso, scarso valore – rispetto a quella che si esprime con il ricorso – delle successive attività difensive ("valore meramente complementare", ad esempio, si attribuisce non di rado alla discussione orale in udienza): tentativo che si risolve nel graduare inammissibilmente l'importanza degli strumenti difensivi» (Corte cost., 18 marzo 2005, n. 109). Se da un lato tale argomentazione ci consente di poter affermare la parità delle armi tra gli strumenti difensivi previsti dalla legge processuale[23], che debbono poter essere tutti utilizzati dalla parte per far valere le proprie ragioni, nel contempo non fornisce un sostegno decisivo all'ipotesi di incostituzionalità[24] della eventuale mancata previsione della discussione orale[25] nel processo amministrativo per lesione dei principi del giusto processo. Si tratta di un tema di assoluto rilievo, che prima o poi dovrà essere affrontato, in termini di legittimità costituzionale[26], ma che può solo adombrarsi nella presente indagine limitata a verificare la compatibilità della normativa emergenziale in atto con nuove forme di organizzazione del processo

[23] S. TARULLO, *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in *Enciclopedia diritto*, Annali II-1, Milano, 2008, 384, il quale evidenzia come tutti i mezzi processuali concorrono alla realizzazione del giusto processo «nella concreta disciplina processuale amministrativa il contraddittorio, sulla cui fondamentale rilevanza in qualsiasi tipo di processo non è qui il caso di insistere, viene assicurato dal succedersi in sequenza di ricorso, controricorso, memorie scritte, discussione orale».

[24] La Corte costituzionale ha evidenziato più volte che «le modalità della tutela giurisdizionale possono essere regolate dal legislatore in modo non rigorosamente uniforme a condizione che non siano vulnerati i principi fondamentali di garanzia ed effettività della tutela medesima (sentenze n. 82 del 1996; n. 251 del 1989; n. 38 del 1988; n. 49 del 1979), mentre l'esistenza di una differente tipologia di processi legata alla obiettiva diversità delle situazioni e delle peculiari caratteristiche dei singoli procedimenti, non contrasta con l'art. 24 della Costituzione, non essendovi la necessità di uniformità (sentenza n. 82 del 1996: principio affermato in fattispecie riferita alla procura al difensore e al raffronto tra norme del processo civile e quello amministrativo, ma applicabile anche nell'ambito della medesima giurisdizione nel raffronto tra le diverse tipologie e fasi procedimentali).

(…)

Del resto nei giudizi avanti alla Corte dei conti, ed in particolare anche nei giudizi di responsabilità, il sistema processuale (in maniera non dissonante con il processo amministrativo) configura la fase della discussione orale in pubblica udienza come non assolutamente necessaria essendo rimessa alla libera scelta della condotta delle parti di partecipare e di discutere dopo avere presentato memorie, istanze e difese, trattandosi di procedimento essenzialmente scritto: la causa può passare in decisione anche senza la presenza dei rappresentanti delle parti e senza lo svolgimento della discussione orale» (Corte cost., 31 maggio 1996, n. 173).

[25] R. MARENGO, *Udienza (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia diritto*, XVL, Milano, 1992, l'A. evidenzia che «anche dal principio di oralità e dalla sua effettiva applicazione dipende la valorizzazione della funzione dell'udienza nell'àmbito del processo: fermo che alcune attività - come abbiamo visto - debbono necessariamente essere compiute in udienza, non v'è dubbio che quest'ultima diventa il "perno" dello svolgimento del processo, non solo nella fase istruttoria, ma anche nella trattazione, soprattutto se esso sia informato al canone dell'oralità»; sul tema, valorizza il principio di oralità, F. CINTOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2015, II, 507 ss.

[26] Si v. anche S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*», in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020, il quale evidenzia come «l'estromissione acritica ed indiscriminata dell'avvocato da ogni forma di confronto verbale con i giudici è frutto di una valutazione governativa ben poco ponderata».

amministrativo che si risolvono nel sacrificare la discussione orale incidendo sugli strumenti difensivi a disposizione delle parti.

3. La discussione orale nel processo amministrativo dell'emergenza: una rinuncia tollerabile?

Il processo amministrativo[27] è un processo (ad istanza) di parte o come è stato anche definito «accusatorio»[28]: pertanto diventa difficile ammettere che la disponibilità e l'accertamento del fatto possano essere riservati al solo soggetto pubblico[29]. E' un processo caratterizzato da una fase istruttoria[30] snella che si realizza, salvo limitate ipotesi, attraverso la libera produzione documentale delle parti e di quella intimata in particolar modo (art. 46, comma 2, c.p.a.); tanto da essere definito a ragione un processo essenzialmente «documentale» senza sminuire, però, la rilevanza dell'apporto del difensore nella discussione orale.

In linea di massima, ove richiesta la misura cautelare, il giudizio si conclude in due sole udienze, una camerale e l'altra pubblica per la decisione finale del ricorso.

Nel processo amministrativo, il termine di costituzione delle parti intimate, stabilito dall'art. 46 c.p.a., non ha carattere perentorio, essendo ammissibile la costituzione

---

[27] F. BENVENUTI, *Processo Amministrativo. A) Ragioni e struttura*, in *Enciclopedia diritto*, VI, Milano, 1987, 454 ss..

[28] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, p. 855; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994.

[29] Il processo ha per oggetto non solo il provvedimento, ma il rapporto giuridico controverso, nel quale rilevano tutte le circostanze di fatto. Il giudizio mira ad accertare la violazione di regole complesse, quali i parametri normativi riguardanti l'eccesso di potere. Nella giurisdizione esclusiva e nel nuovo giudizio in materia di risarcimento del danno, poi, assume rilevanza l'accertamento e la valutazione dei comportamenti posti in essere dalle pubbliche amministrazioni, M. LIPARI, *Istruttoria nel processo amministrativo,* in *www.siaaitalia.it*.

[30] L. PERFETTI, *L'istruttoria nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in E. FOLLIERI – E. STICCHI DAMIANI – L. PERFETTI – A. MEALE (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale*, E.S.I., Napoli 2014, 43-77; L. PERFETTI, *Prova (dir. proc. amm.)*, in *Enciclopedia diritto*, Annali II-1, Milano, 2008, 917-946; M. LIPARI, *Istruttoria nel processo amministrativo,* in www.siaaitalia.it, l'A. evidenzia come la disciplina in materia presenta alcune differenze rispetto al giudizio civile. Esse derivano dalla rilevanza dell'interesse pubblico e dalla correlata posizione di debolezza della parte privata, che non ha la disponibilità immediata degli elementi istruttori formati dall'amministrazione. Il principio costituzionale della parità delle parti e del giusto processo, sancito dal nuovo articolo 111 della Costituzione, esige un pieno equilibrio tra l'eguaglianza formale dei soggetti del giudizio e l'effettività della tutela del diritto di difesa. In mancanza di una puntuale regola generale, riferita al processo amministrativo e all'atto amministrativo nella sua dimensione sostanziale, si profilano due alternative radicali. La prima ipotizza una puntuale applicazione della regola dell'onere della prova, sancita dall'articolo 2697 del codice civile. L'altra opinione, invece, ritiene operante il principio inquisitorio, in forza del quale il giudice ricerca anche di ufficio la "verità" dei fatti. La giurisprudenza amministrativa ha elaborato un principio collocato a metà strada fra le due regole. Si tratta della teoria del "principio dispositivo con metodo acquisitivo", in dottrina attentamente sviluppata da F. BENVENUTI. In capo al ricorrente privato sussiste solo un circoscritto onere del principio di prova: assolto questo onere, l'adempimento riguardante la completa dimostrazione dei fatti controversi è posto a carico della PA (L. MIGLIORINI). La sintesi della regola è ben scolpita dalla seguente massima: "Nel processo amministrativo il ricorrente non è tenuto a fornire la prova completa dei profili in fatto delle proprie doglianze, essendo sufficiente che all'uopo adduca elementi di seria consistenza e potendo e dovendo sopperire, alle eventuali manchevolezze, l'organo giudicante, attraverso l'esercizio dei poteri istruttori di cui all'art. 44 del R.D. n. 1054 del 1924.

della parte sino all'udienza di discussione del ricorso[31]. Tuttavia, nel caso di costituzione tardiva, la parte incorre nelle preclusioni e nelle decadenze dalle facoltà processuali di deposito di memorie, documenti e repliche ove siano decorsi i termini di cui al precedente art. 73 comma 1, c.p.a., con la conseguenza che, in tale ipotesi, la costituzione è ammessa nei limiti delle difese orali, dovendo il giudice ritenere non utilizzabili ai fini del decidere le memorie ed i documenti depositati tardivamente. Il giudice può comunque disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine che riterrà congruo rispetto alla rilevanza delle questioni sollevate in udienza[32].

Il tema della discussione orale della causa, che nel processo amministrativo potrebbe declinarsi come il diritto della parte ad essere sentita, in ragione anche dell'assenza dell'interrogatorio formale, si interseca con il principio del contraddittorio che, a ben vedere, costituisce una direttiva indirizzata non soltanto al legislatore ma anche al giudice che gestisce l'udienza di trattazione nella quale le parti possono discutere (seppur) sinteticamente (art. 73, comma 2, c.p.a.).

Sotto tale profilo è stato correttamente affermato che è essenziale che il legislatore «disciplini i termini processuali, le forme di notificazione, comunicazione e deposito degli atti, la fase introduttiva, cautelare, istruttoria, estintiva e decisoria del giudizio di primo e secondo grado ed ogni altro istituto processuale in maniera da permettere a tutte le parti di contribuire effettivamente, con le proprie memorie o deduzioni orali, alla formazione del convincimento del giudice»[33].

---

[31] In tal senso si v. adunanza plenaria n. 5 del 25 febbraio 2013 commentata da G. URBANO, *La costituzione orale delle parti intimate*, in E. FOLLIERI – A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)*, WK e Cedam, 2015, 919 ss.

[32] T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 20 aprile 2016, n. 245, «nel processo amministrativo, il termine di costituzione delle parti intimate, stabilito dall'art. 46 c.p.a., non ha carattere perentorio, essendo ammissibile la costituzione della parte sino all'udienza di discussione del ricorso. Tuttavia, nel caso di costituzione tardiva, la parte incorre nelle preclusioni e nelle decadenze dalle facoltà processuali di deposito di memorie, documenti e repliche ove siano decorsi i termini di cui al precedente art. 73 comma 1, c.p.a., con la conseguenza che, in tale ipotesi, la costituzione è ammessa nei limiti delle difese orali, dovendo il giudice ritenere non utilizzabili ai fini del decidere le memorie ed i documenti depositati tardivamente. Il giudice può comunque disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine che riterrà congruo rispetto alla rilevanza delle questioni sollevate in udienza. Ciò, a garanzia dei principi costituzionalmente garantiti del diritto alla difesa e del giusto processo (articoli 24 e 111 della Costituzione), recepiti dall'art. 2 c.p.a., che sancisce la necessità del rispetto, nel processo amministrativo, del principio del contraddittorio tra le parti in condizioni di parità, al fine di consentire alla ricorrente di esercitare il proprio diritto di difesa avverso eventuali eccezioni, questioni in rito o di legittimità costituzionale, che la parte intimata costituita tardivamente potrebbe sollevare soltanto nell'udienza di discussione, senza perciò che la ricorrente abbia potuto conoscerle, e potuto quindi controdedurre adeguatamente».

[33] F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice del Processo Amministrativo*, Dike, 2016, p. 35 ss.; P. D'ANGIOLILLO, *Prime osservazioni sulle misure derogatorie definite dall'art. 84 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. "Cura Italia") in tema di processo amministrativo "condizionato" dall'emergenza "Covid-19"*, in *LexItalia.it - Rivista Internet di diritto pubblico*, n. 3/2020, l'A. evidenzia come alla luce dei suesposti dettami, sembra potersi affermare che la presentazione delle "brevi note" ascritte alla "facoltà" delle parti costituite determini una diversa conseguenza, a seconda che si verta:

Il mosaico normativo introdotto dalla disciplina dell'emergenza in materia di processo amministrativo è molto farraginoso[34]. La scelta, in un limitatissimo arco temporale di tempo, di prevedere tre regimi differenziati appare un'inutile complicazione. Allo stesso modo l'introduzione di deroghe al sistema processuale vigente, nuovi termini dimezzati a difesa, facoltà di presentare atipiche *brevi note*[35] e tutte le ulteriori opzioni non convincono[36]. Al più poteva comprendersi un regime transitorio d'eccezione unico, con il maggior coinvolgimento possibile degli avvocati difensori e, quindi, delle parti.

Questi aspetti di carattere più generale possono essere ricondotti alla discrezionalità del legislatore di prevedere le soluzioni ritenute più opportune per far fronte all'emergenza, anche se le molte proposte di emendamento[37] avanzate in sede di

---

[34] Si rinvia ai contributi da già citati nelle precedenti note e da ultimo a R. DE NICTOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 16 aprile 2020; M. A. SANDULLI, *Riflessioni "costruttive" a margine dell'art. 36, co. 3, d.l. n. 23 del 2020. Proposta per una possibile soluzione per contemperare il diritto al "pieno" contraddittorio difensivo con le esigenze organizzative nei giudizi amministrativi*, in *giustizia-amministrativa.it*, 10 aprile 2020.

- del periodo dal 6 al 15 aprile 2020, nel quale tali scritti difensivi possono essere proposti soltanto nell'ipotesi in cui le stesse parti intendano chiedere concordemente che la causa già fissata sia spedita in decisione;

- del periodo intercorrente tra il 15 aprile ed il 30 giugno 2020, nel quale i medesimi atti defensionali possono essere depositati per tutti i giudizi da celebrarsi in tale arco di tempo, i quali dovranno essere definiti a prescindere da qualsivoglia impulso delle parti, salva la facoltà delle medesime di chiedere la rimessione in termini.

[36] Secondo l'articolazione dei predetti commi 2 e 5, le predette "brevi note" non sostituiscano (né possano sostituire), in ogni caso, le memorie e le repliche previste dall'art. 73, comma 1, c.p.a., atteso che le parti costituite possono pacificamente decidere di non avvalersene (essendo, appunto, una loro "facoltà") Non è superfluo considerare, in proposito, che, trattandosi di una spettanza, appunto, concessa specificamente alle "parti costituite", l'istanza può essere avanzata, in tesi, anche dal solo ricorrente, liddove gli intimati non abbiano provveduto a tale preliminare incombenza, P. D'ANGIOLILLO, *Prime osservazioni sulle misure derogatorie definite dall'art. 84 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. "Cura Italia") in tema di processo amministrativo "condizionato" dall'emergenza "Covid-19"*, in LexItalia.it - Rivista Internet di diritto pubblico, n. 3/2020.

[37] Oltre agli emendanti citati nella nota n. 14, ci i riferisce anche al documento dell'Organismo Congressuale Forense intitolato Proposte emendative di conversione del D.L. 18/2020, pg. 18 ss. «con il presente gruppo di proposte, s'intende riespandere le facoltà processuali delle parti, almeno per le controversie che passino in decisione d'ufficio ai sensi del comma 5 dell'art. 84, senza dover transitare per la strada della richiesta di rimessione in termini, che comunque resta intatta. Rispetto ad esse, si prevede che la richiesta di decreto monocratico introdotto dall'art 84 avvenga su istanza di parte (come già previsto dall'art. 3, comma 5, del d.l. n. 11 del 2020), che esso sia emanato sulla base dei presupposti previsti dall'art. 55, commi 1 e 9 (oltre che dei termini di cui al comma 5), che l'istanza con cui si comunica la richiesta di rimessione in termini sia notificata alle altre parti prima del deposito delle brevi note, assieme alle "brevi note", l'obbligo di provvedere ai dovuti avvisi circa il passaggio in decisione. Si prevede, altresì, che il periodo di sospensione si applichi anche alla proposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato e che le notificazioni alle Pubbliche Amministrazioni, che non abbiano provveduto alle comunicazioni previste dell'art.16 del DL n. 179/2012, siano validamente effettuate agli indirizzi di posta elettronica certificata presenti nei registri IPA e/o nei i siti istituzionali. Si prevede inoltre, sempre al fine di assicurare il pieno dispiegamento del contraddittorio e recuperando in questa prospettiva quanto previsto originariamente dall'art. 3, comma 5, del d.l. n. 11 del 2020, la possibilità di svolgere le udienze di cui ai commi 2 e 5 da remoto, ove possibile. Almeno ove il collegamento sia possibile, infatti, il sacrificio aprioristico della discussione orale non sembra giustificato.

Emendamenti:

- All'art. 84, comma 1, sono apportate le seguenti modificazioni:

conversione del d.l. testimoniavano l'auspicio per una migliore ponderazione degli interessi in gioco.

Ciò non toglie, inoltre, che tali disposizioni debbano scontare non di meno una verifica di compatibilità secondo i canoni della ragionevolezza e proporzionalità.

L'art. 84, comma 5, del d.l. 18/2020 nello stabilire, «in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo», che «tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza, pubblica passano in decisione, senza discussione orale», sembrerebbe comprimere l'esercizio dei diritti di difesa.

In primo luogo, incide sulla possibilità delle parti, che si dovessero costituire direttamente in udienza, di svolgere le sole difese possibili, e cioè quelle orali, attesa l'assenza della discussione. In una tale evenienza, seppur residuale, non potendosi ritenere preclusa la possibilità di costituzione direttamente in udienza, il Collegio non potrà che rinviare l'udienza di trattazione ad una data successiva al 30 giugno 2020 onde poter consentire la difesa orale. Questa sembra l'unica soluzione compatibile con i diritti delle parti e con i principi del giusto processo.

---

a) al quarto periodo, dopo le parole "sono decisi" sono aggiunte le seguenti parole: "su richiesta anche di una sola delle parti da notificarsi alle altre parti";

b) al quinto periodo, dopo la parola "emanato" sono aggiunte le seguenti parole: "sulla base dei presupposti di cui all'art. 55, commi 1 e 9";

c) è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Il periodo di sospensione previsto dal presente comma si applica anche alla proposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato di cui al decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971 n 1199 ed a tutti i termini ad esso correlati."

- All'art. 84, comma 2, secondo periodo le parole "di due giorni liberi prima dell'udienza e, in tal caso, entro lo stesso termine" sono sostituite con le parole "di quattro giorni liberi prima dell'udienza e, in tal caso, entro due giorni liberi prima dell'udienza".

- All'art 84, comma 5, terzo periodo le parole "su istanza proposta entro lo stesso termine dalla parte che non si sia avvalsa della facoltà di presentare le note" sono sostituite con le parole "su istanza depositata entro cinque giorni liberi prima dell'udienza";

- All'art. 84, comma 6, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) Al primo periodo, è premesso il seguente: "Le parti, con apposita istanza da notificare alle altre parti costituite e da depositare entro cinque giorni liberi prima della data fissata per la trattazione, possono richiedere lo svolgimento delle udienze pubbliche e camerali che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante collegamenti da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori alla trattazione dell'udienza, assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati e comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici. In tal caso è assicurato congruo avviso dell'ora e delle modalità di collegamento. Si dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e la libera volontà delle parti. Anche il Collegio, nel medesimo termine sopra indicato, può disporre la discussione orale, previa apposita comunicazione alle parti.";

b) l'ultimo periodo è sostituito dal seguente: "I luoghi da cui si collegano i magistrati, il personale addetto e i difensori delle parti è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge».

- All'art 84, dopo il comma 1, è aggiunto il seguente comma: «12. Le notificazioni alle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165 che non abbiano effettuato le comunicazioni previste dall'art. 16, comma 12, del d. l. n. 179/2012, convertito nella legge n. 221/2012, sono validamente effettuate agli indirizzi di posta elettronica certificata indicati presso i Registri IPA e/o presso i siti istituzionali delle amministrazioni stesse».

Inoltre, nel processo amministrativo sono ammissibili le eccezioni, non rilevabili d'ufficio, anche se sollevate in sede di discussione, atteso che il codice non prevede un sistema di preclusioni e decadenze nel giudizio di primo grado analogo a quello vigente nel processo civile, ai sensi dell'art. 167, comma 2 del codice di procedura civile[38].

Anche sotto tale profilo l'assenza della discussione preclude alle parti di poter sollevare eccezioni non rilevabili d'ufficio. Certo tali eccezioni potrebbero essere sollevate nelle «brevi note sino a due giorni prima» ma in questo caso verrebbe compromessa la possibilità della controparte di replicare.

Inoltre, l'art. 73, comma 3, c.p.a. stabilisce che il giudice «se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, (…) la indica in udienza dandone atto a verbale».

Tale passaggio è importante per capire come il principio del contraddittorio operi anche rispetto i poteri officiosi del giudice.

La discrezionalità giudiziaria, ergo, ha come limite garantistico il contraddittorio tra le parti, e per questo motivo «costituisce violazione del contraddittorio e del diritto di difesa (art. 73 comma 3, del c.p.a.) avere posto a fondamento di una sentenza una questione rilevata d'ufficio, senza la previa indicazione in udienza o l'assegnazione di un termine alle parti per controdedurre. Il giudice di appello deve annullare la sentenza e rimettere la causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105 comma 1, del c.p.a. perché il principio costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.), si pone come garanzia di partecipazione effettiva delle parti e del loro diritto d'influire concretamente sullo svolgimento del processo e d'interloquire sull'oggetto nonché di prendere posizione in ordine a qualsiasi questione, di fatto o di diritto, pregiudiziale di rito o di merito, la cui risoluzione sia influente ai fini della decisione»[39].

---

[38] T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 15 gennaio 2019, n. 45, «sono ammissibili le eccezioni, non rilevabili d'ufficio, anche se sollevate in sede di discussione, atteso che il codice del processo amministrativo non prevede un sistema di preclusioni e decadenze nel giudizio di primo grado analogo a quello vigente nel processo civile, ai sensi dell'art. 167, comma 2 del codice di procedura civile (mentre il divieto è applicabile se l'eccezione è sollevata per la prima volta in appello). Infatti, i termini per la costituzione in giudizio delle parti intimate non sono perentori, e quando il legislatore ha inteso sanzionare il mancato rispetto di questi (e di altri termini) con la decadenza lo ha fatto espressamente. Le esigenze connesse al diritto di difesa delle altre parti rispetto ad eccezioni svolte per la prima volta all'udienza di discussione sono in ogni caso salvaguardate attraverso il potere di rinvio della discussione, per cui il giudice può comunque disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine che riterrà congruo rispetto alla rilevanza delle questioni sollevate in udienza per consentirne la valutazione a garanzia del contraddittorio sostanziale».

[39] In termini Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 15 giugno 2018, n. 354 e Consiglio di Stato sez. V, 1° agosto 2017, n. 3829 che, ritenendo l'informazione riguardo la questione rilevata d'ufficio necessaria e causa di procedibilità, afferma «deve essere annullata con rinvio al giudice di primo grado la sentenza emessa in violazione del principio del contraddittorio essendo necessario che, sin dal primo grado del giudizio, sia osservato tale fondamentale principio processuale, quale esigenza immanente alla garanzia costituzionale del giusto processo, dando possibilità alle parti di interloquire sull'oggetto del giudizio sin dal primo grado».

La mancata celebrazione dell'udienza pubblica[40] e della discussione orale, anche in camera di consiglio, soprattutto se il collegio dovesse adottare la decisione in forma semplificata (art. 60 c.p.a.), determina un ulteriore potenziale incidente nel processo amministrativo oltre che lesione dei cardini del «giusto processo amministrativo».
Il giudice, infatti, nell'ipotesi di questioni rilevabili d'ufficio non potrà che rinviare d'ufficio l'udienza ad una successiva data dopo lo scadere del termine del 30 giugno 2020 quando tutti ci auguriamo (ma sarà così?) l'emergenza finita.
Anche la possibilità di decidere con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., «omesso ogni avviso», appare incidere sul diritto di difesa. Come è noto l'art. 60 c.p.a. prevede che il collegio «accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione».
Alla luce della normativa vigente ed in assenza di discussione orale i difensori delle parti saranno onerate di indicare nelle c.d. «brevi note» le eventuali cause ostative; ma molto spesso queste eventualità scaturiscono proprio dalle difese o dalla produzione documentale delle controparti. Il cortocircuito sarà inevitabile così come i conseguenti rinvii della trattazione.
Infine, il ruolo della discussione orale appare fondamentale in camera di consiglio nei procedimenti ove vengono trattate le misure cautelari. La tutela cautelare è da sempre uno snodo fondamentale del processo amministrativo, sia per le ragioni che caratterizzano tutti i processi (il pericolo che la durata del giudizio pregiudichi la *res controversa*), sia per la peculiarità del processo amministrativo, che avendo ad oggetto provvedimenti dell'amministrazione pubblica esige un potere giurisdizionale capace di inibirne gli effetti nelle more del giudizio. Come correttamente affermato[41] l'avvento

[40] La Corte costituzionale nella sentenza dell'11 marzo 2011, n. 80, esprimendosi in merito al giudizio innanzi alla Corte di Cassazione, ha evidenziato che «i giudizi di impugnazione dedicati esclusivamente alla trattazione di questioni di diritto possono soddisfare i requisiti di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione, nonostante la mancata previsione di una pubblica udienza davanti alle corti di appello o alla corte di cassazione (ex plurimis, sentenza 21 luglio 2009, Seliwiak contro Polonia; Grande Camera, sentenza 18 ottobre 2006, Hermi contro Italia; sentenza 8 febbraio 2005, Miller contro Svezia; sentenza 25 luglio 2000, Tierce e altri contro San Marino; sentenza 27 marzo 1998, K.D.B. contro Paesi Bassi; sentenza 29 ottobre 1991, Helmers contro Svezia; sentenza 26 maggio 1988, Ekbatani contro Svezia). La valenza del controllo immediato del quisque de populo sullo svolgimento delle attività processuali, reso possibile dal libero accesso all'aula di udienza – uno degli strumenti di garanzia della correttezza dell'amministrazione della giustizia – si apprezza, difatti, secondo un classico, risalente ed acquisito principio, in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre si attenua grandemente allorché al giudice competa soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative».

[41] Si v. V. DOMENICHELLI, *Il nuovo ruolo dell'udienza cautelare*, in *amministratiuvistiveneti.it*, «L'insofferenza della dottrina si era manifestata nei confronti di forme cautelari "tipiche" (o della forma cautelare tipica della sospensione), auspicando forme "atipiche" che avrebbero garantito una tutela più piena, ma che si scontravano, ovviamente, con la legalità del potere amministrativo, la tipicità e nominatività dei provvedimenti.

del codice del processo amministrativo ha determinato un incremento delle pronunzie cautelari ammissibili, in uno sviluppo coerente dell'ordinamento, «il giudice amministrativo deve dunque emettere le misure cautelari che gli appaiono, secondo le circostanze, «più idonee» ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione del ricorso. Misure "innominate", secondo gli auspici della dottrina e le tendenze ormai consolidate in giurisprudenza, l'aticipità diviene così imprevedibilità della misura cautelare di fronte alla variabilità delle fattispecie portate in giudizio».

In quest'ottica se «la tutela cautelare esige, e ha concretamente ottenuto, forme, contenuti, tempi non prefissati tipicamente, così da potersi adeguare concretamente alle diverse esigenze fatte valere in giudizio»[42], appare evidente come la discussione orale diventa baricentrica per la ricerca del punto di equilibrio a beneficio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Ne consegue che l'esigenza di decidere *tout cour* tutte le controversie fissate per la trattazione, senza discussione, appare non essere stata ben calibrata, sia alla luce della poco chiara esigenza di decidere indiscriminatamente tutte le controversie fissate dal 15 aprile al 30 giugno sia in ragione della possibilità di poter garantire la discussione tramite opportuni mezzi telematici[43].

Il rischio concreto è quello di aver introdotto un regime processuale ambiguo con grave compromissione del diritto di difesa, del contraddittorio e del principio di effettività della tutela giudiziaria.

Il tutto al fine di non far fermare la macchina del processo amministrativo in questo momento cruciale per il Paese. Orbene il fine è condivisibile, ma ritenere di poter

---

Di qui – anche sulla scorta del nuovo Codice – una risposta giurisprudenziale senz'altro favorevole all'espansione delle forme cautelari, per cui la "sospensiva" ha finito per essere un "contenitore" e non un "tipo" di provvedimento: alle ordinanze classiche inibitorie e a quelle rese sugli atti negativi si sono affiancate ordinanze parziali; ordinanze a tempo; ordinanze interpretative; ordinanze sollecitatorie o propulsive di riesame; prescrittive di certi comportamenti, etc.

E dunque il provvedimento (o meglio la forma di espressione del potere amministrativo) non condiziona più la forma della tutela cautelare (il cui contenuto diventa "elastico")».

[42] V. DOMENICHELLI, *Il nuovo ruolo dell'udienza cautelare*, in *amministratiuvistiveneti.it*.

[43] Possibilità che, come evidenzia, F. PATRONI GRIFFI, *Direttiva Presidente del Consiglio di* Stato, 19 marzo 2020, al punto 4.3 «è possibile dall'8 marzo al 15 aprile, per i procedimenti "promossi o pendenti":

4.3. Precisato che la disposizione normativa non incide sulla possibilità per la parte di chiedere la pronuncia monocratica, ove ricorrano le ipotesi di "estrema gravità ed urgenza", secondo le modalità previste in via ordinaria dall'art. 56, comma 1, c.p.a., si osserva, in relazione alle domande cautelari tramutate ex lege in monocratico, quanto segue.

Si applica il rito previsto dall'art. 56 c.p.a. (comma 1) e dunque:

1) occorre la presentazione dell'istanza di fissazione d'udienza;

2) occorre rispettare la competenza del Tar adito;

3) si segue la disciplina delle notificazioni ex comma 2 dell'art. 56 c.p.a.;

4) è possibile una previa audizione delle parti senza formalità, per iscritto o con collegamento da remoto;

5) è possibile la subordinazione a cauzione;

6) si deve fissare la camera di consiglio collegiale».

ottenere tale risultato sganciando le parti e gli avvocati dal processo potrebbe essere oltre che ingiusto anche inutile.

4. Brevi conclusioni: "l'anello che non tiene"

Alla luce della riflessione svolta la previsione di sacrificare la discussione orale nelle cause amministrative sull'altare dell'emergenza appare non necessaria[44]. E' indubbio che soppressione della "discussione orale" incida sul diritto di difesa e sull'esercizio pieno del mandato difensivo da parte dell'avvocato e, quindi, deve essere giustificabile secondo un canone di proporzionalità. Astrattamente tale sacrificio potrebbe essere ritenuto compatibile con i principi costituzionali ma andrebbe operato un bilanciamento secondo il canone della ragionevolezza come insegna la Corte costituzionale.

Nell'emergenza, che per definizione introduce un regime derogatorio della disciplina ordinaria, il sacrificio deve essere il minimo possibile soprattutto in termini di diritti costituzionali e legali, tra i quali vi è sicuramente anche quello della discussione orale della causa.

Le ragioni a giustificazione delle misure d'emergenza adottate sarebbero l'esigenza prioritaria di non fermare il sistema di giustizia amministrativa[45] e la difficoltà di consentire la discussione con strumenti telematici[46].

---

[44] Si v. *contra* R. DE NICTOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *giustizia-amministrativa.it*, 16 aprile 2020, secondo la quale «il sistema non è perfetto perché è stata sacrificata la discussione orale dei difensori, un momento dialettico sicuramente importante anche in un processo scritto, irrinunciabile – in tempi ordinari - non solo per le parti, ma per gli stessi giudici.

Si tratta tuttavia di un sacrificio:

(i) contenuto nel tempo (fino al 30 giugno 2020),

(ii) giustificato dall'emergenza nazionale e dalla difficoltà sia di tenere udienze in presenza, che udienze da remoto in un momento in cui pressoché l'intera pubblica amministrazione e buona parte del mondo produttivo privato adotta la modalità di smart working operando attraverso le reti di telecomunicazione, con sovraccarico e rischio di blackout informatico, di virus virtuali che si potrebbero sommare nefastamente al virus reale;

(iii) tollerabile perché la mancanza di dibattito orale è compensata oltre che dal consueto scambio di memorie e repliche, dalla possibilità di note scritte;

(iv) proporzionato e non extravagante ove si consideri che nel processo amministrativo la presenza dei difensori in udienza non è conditio sine qua non per il passaggio della causa in decisione : da un lato, anche in tempi ordinari per una elevata percentuale di cause i difensori chiedono il passaggio della causa in decisione sugli scritti senza discussione orale, dall'altro, nel "rito camerale" è la regola che i difensori sono sentiti solo se compaiono; infine, anche nelle udienze pubbliche le cause passano in decisione anche se i difensori non compaiono».

[45] Come giustamente sottolineato dal Presidente del Consiglio di Stato F. PATRONI GRIFFI nell'intervista «*Diritti messi in salvo: così teniamo il processo amministrativo in vita*», in *Il Dubbio*, 16 aprile 2020.

[46] S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*», in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020, il quale evidenzia che «secondo le prime ipotesi circolate, sembra aver avuto un certo peso l'esigenza di lasciare agli organi giurisdizionali amministrativi (in particolare ai T.A.R. distribuiti sul territorio) il tempo di dotarsi della strumentazione tecnica necessaria per gestire efficientemente i collegamenti da remoto».

Astrattamente il primo aspetto potrebbe valere per le misure cautelari[47] ma non certo per le cause da definire nel merito che avrebbero potuto subire anche un breve slittamento salvo diverso avviso delle parti costituite.
Una soluzione «mite» poteva essere proprio quella individuata al comma 2 dell'art. 84, che passa da un coinvolgimento delle parti che con un'istanza congiunta, rinunciando ai termini a difesa, chiedono di introitare la causa per la decisione senza discussione.
Tale soluzione, pur non facendo venir meno alcune delle altre perplessità evidenziate, quantomeno avrebbe avuto il merito di riespandere le facoltà processuali delle parti che appaiono irragionevolmente ed indistintamente compresse nel regime sino al 30 giugno 2020.
Inoltre, la valorizzazione dell'udienza telematica[48] su richiesta, già prevista in un primo momento, ed il sapiente utilizzo delle possibilità di «audizioni informali», di cui all'art. 56, comma 2, c.p.a., avrebbero generato sicuramente un assetto più soddisfacente.
Il secondo aspetto potrebbe apparire più decisivo.
L'art. 3, comma 5, del d.l. n. 11 del 2020, prevedeva espressamente la possibilità di svolgere le udienze di cui ai commi 2 e 5 da remoto, ove possibile.
Il sacrificio della «discussione orale» nella normativa vigente andrebbe a conclamare, pertanto, l'impossibilità per un plesso dello Stato – quello di giustizia amministrativa – di organizzare una trattazione a distanza[49]. Anche se la circostanza appare strana, atteso che l'art. 84, comma 6, prevede che «il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamento da remoto».
Ed allora il dubbio sorge spontaneo.

---

[47] M. A. SANDULLI, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in *federalismi.it*, *Focus - Osservatorio Emergenza Covid-19*, n. 1/2020.

[48] Si v. anche S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*», in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020, secondo il quale «potrebbe teoricamente ritenersi, pertanto, che l'opzione in favore dell'udienza telematica, pur non considerata in termini espliciti, rimanga comunque accessibile».

[49] Con riferimento al passaggio in decisione della causa senza discussione orale sulla base degli atti depositati il Presidente del Consiglio di Stato premettendo che «il processo amministrativo è storicamente un processo prevalentemente scritto, basato su prove scritte e precostituite, come dimostra anche la ridotta percentuale delle cause in cui viene chiesta dalle parti la discussione orale. Il sacrificio della oralità costituisce nondimeno un vulnus che, sebbene giustificato per il periodo di emergenza, dev'essere al più presto recuperato –pur sempre limitatamente al periodo emergenziale al venir meno del quale si deve tornare a quella forma di contraddittorio che postula la oralità tra presenti in aula - anche grazie alla previsione e al perfezionamento di forme di collegamento da remoto e al loro adeguamento agli standard di sicurezza, riservatezza e stabilità», evidenzia l'utilità «di una disposizione di fonte primaria che, oltre a consentire tale modalità, attribuisca la competenza a disciplinare sul piano tecnico la disciplina del PAT a una fonte flessibile e di immediata operatività, anzi che, come accade oggi, a un regolamento statale (DPCM n.40 del 2016)», si rinvia al punto 1) delle note prot. N. 7400 del 20 aprile 2020 di F. PATRONI GRIFFI.

La soppressione della «discussione orale» è una scelta conseguente allo stato di necessità (impossibilità di garantire una discussione da remoto) o anticipa la sperimentazione di una nuova disciplina del processo amministrativo?
Qualora la rinuncia alla discussione orale fosse la conseguenza di un'impossibilità di organizzare un collegamento da remoto il sacrificio dovrebbe essere l'*extrema ratio* e certo non può giustificarsi con «esigenze» organizzative che non siano indefettibili. Che non siano indefettibili lo dimostra il fatto che altri plessi[50] si stiano organizzando con i mezzi tecnologici. Tutti i settori della pubblica amministrazione, in questa triste vicenda, sono stati coinvolti in quella che è stata definita complessivamente «una rivoluzione possibile»[51].
Il processo amministrativo telematico ha dato buona prova di sé in questi anni quindi era ragionevole attendersi l'utilizzo dell'udienza telematica come una soluzione naturale per affrontare l'emergenza garantendo la pienezza dei diritti difensivi delle parti[52].
Un'analisi attenta, pertanto, dovrebbe far ritenere la soluzione adottata dal legislatore, seppur nel momento d'emergenza, come la meno idonea al perseguimento dell'interesse pubblico primario e altrettanto lo strumento meno «mite» fra quelli a sua disposizione, nell'ottica del criterio della necessarietà.

---

[50] In tal senso si v. art. 83, comma 7, lett. f) che, al dichiarato fine di contrastare l'emergenza Covid-19, prevede la possibilità per i capi degli uffici giudiziari la possibilità di adottare le seguenti misure: «la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti e al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, giorno, ora e modalità di collegamento. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale ed il comma 12 ferma l'applicazione dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale, dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-bis del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271».

[51] Vorrei fissare l'attenzione, in particolare, sull'articolo 87 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18. In esso si dà la condizione di un inedito processo di dislocazione del lavoro dalla presenza alla distanza. Si dice *smart working*, o lavoro agile. Sino a considerare questa nuova forma di lavoro la "modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa". Le circostanze si stanno incaricando di dimostrare come il rispetto del lavoro non sia in contraddizione con l'innovazione nell'organizzazione del lavoro.

[52] Si v. S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*», in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020, il quale evidenzia come «la scelta normativa ha poco senso considerando che i collegamenti da remoto tra i magistrati devono comunque essere assicurati senza ritardi. D'altra parte il plesso della giurisdizione amministrativa dispone di un proprio SIGA (sistema informativo della giustizia amministrativa) che ha dato ottima prova di sé nel costruire, con gradualità ma con risultati oggi più che apprezzabili, un processo amministrativo telematico ormai operante a piano regime sin dal 1 gennaio 2017».

D'altronde il diritto dell'emergenza non serve alla sperimentazione di nuove forme organizzative, ma a rispondere, nei limiti del necessario, alla condizione eccezionale.
Il punto di equilibrio, pur nella situazione emergenziale, è sempre quello di trovare la soluzione più efficiente con il minor sacrificio possibile rispetto alla disciplina ordinaria.
La regola introdotta in materia di giustizia amministrativa di radicale elisione della discussione orale, pur nel regime emergenziale, appare a questo punto «l'anello che non tiene»[53], «la maglia rotta nella rete», irragionevole e sproporzionata, perché in realtà la difesa orale è un valore per l'attuazione del pieno contraddittorio nel processo amministrativo[54] (forse indispensabile) certamente assai utile per assicurare un'adeguata e completa tutela.

[53] E. MONTALE, in *I Limoni*, raccolta *Ossi di seppia*, 1925.

[54] S. TARULLO, *L'udienza telematica nel processo amministrativo: perché non si debba rimpiangere un'occasione perduta*», in *giustizia-amministrativa.it*, 9 aprile 2020, secondo l'A. «l'apporto del difensore nel contraddittorio orale di udienza non è irrilevante, e la prassi lo dimostra: non di rado sono gli stessi componenti del collegio giudicante, per il tramite del presidente e talora dello stesso relatore, a sollecitare i difensori a discutere la causa nonostante i medesimi, nel corso delle c.d. istanze preliminari di udienza, abbiano concordemente richiesto di poter introitare la decisione sugli scritti».

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Giudice amministrativo e procedimento di scissione del comune capoluogo di città metropolitana: il ruolo del principio democratico e dei diritti politici

di Giovanni Cocozza

(Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Premessa. 2. La vicenda oggetto dei giudizi innanzi al T.A.R. e al Consiglio di Stato. 3. Il procedimento di divisione del Comune capoluogo di Città metropolitana: il rapporto tra la legge statale e quella regionale. 4. Il ruolo del principio democratico e le criticabili argomentazioni del T.A.R. 5. La valorizzazione dei diritti politici da parte del Consiglio di Stato. 6. Osservazioni conclusive.

Abstract

The work tackles the complex topic concerning the proper procedure for the division of the City capital of the Metropolitan City.

The difficulty of the solution to the problem has been proved by the diversity of the analysis and conclusions reached by Administrative Courts when they had to face the division of the Municipality of Venice, current provincial capital of the Metropolitan City, into two autonomous Municipalities of Venice and Mestre.

Therefore, two opposite theoretical reconstructions confront each other.

The first which is in favour of the applicability of the procedure introduced by Law n. 56/2014 for the division of the territory of the provincial capital, since this Law is the reference of the discipline of Metropolitan Cities.

The second considered applicable the procedure provided by art. 133 of the Constitution.

It is therefore evident the important consequences because the diversity of the procedures is reflected on the mechanisms for the political participation, the representation of the territory in the Metropolitan Cities, the relationship between the sources of law, considering the necessity to correctly understand the spaces for the intervention of State law e regional law.

The article, by this way, examines such important aspects, considering the arguments adopted by the Administrative Courts to highlight the most critical points. With this purpose, it focuses on the role of the "democratic principle" and of the political rights, that the Administrative Court followed to conclude with different solutions and to develop more general arguments on the complex placement of the Metropolitan Cities in the legal system, according to the rules introduced by the Law n. 56/2014.

1. Premessa

Il giudice amministrativo ha analizzato, in decisioni sia di primo grado che di appello, un problema con riflessi rilevanti sulla fisionomia e sul funzionamento delle Città metropolitane nel sistema costituzionale. Si è trattato di individuare la corretta procedura per la scissione del Comune capoluogo di Città metropolitana.

Come si dirà, risalta all'attenzione che le sentenze del T.A.R.[1] e del Consiglio di Stato[2], seppur con impianti argomentativi ampi e diversi tra loro, non sembrano aver conseguito un risultato ricostruttivo soddisfacente. È altresì rilevante che si assista a una vicenda processuale nella quale sia il T.A.R. che il Consiglio di Stato, in sede di annullamento della decisione di primo grado (di notevole strutturazione anche dal punto di vista della quantità degli argomenti), hanno dovuto interrogarsi su delicate tematiche soprattutto di carattere costituzionale, facendo emergere, nei ragionamenti compiuti per conseguire le loro opposte conclusioni, un diverso modo di intendere il rilievo da assegnare a fondamentali valori costituzionali. Proprio a questo elemento si collegano le conseguenze che ne discendono sul modo d'essere della Città metropolitana nel sistema, con le garanzie da approntare per il corretto inserimento di tale nuovo ente nell'impianto costituzionale.

Si tratta dunque di sentenze del giudice amministrativo dall'evidente tono costituzionale, il cui punto principale attiene, peraltro, al modo in cui si rapportano le fonti legislative statali e regionali rilevanti nella materia, in attuazione del riparto disegnato dall'art. 117 Cost. e della riserva contemplata dall'art. 133 Cost., e alle conseguenze che ne discendono sull'organizzazione della Città metropolitana.

Al riguardo va precisato che il presente contributo si limiterà a osservare gli aspetti appena indicati, per cogliere gli schemi decisionali utilizzati dal giudice amministrativo in una materia così tipicamente caratterizzata, verificare le tecniche di cui si è avvalso e far emergere, accanto agli eventuali errori tecnici (che, si anticipa, ci sono stati), le problematiche che rimangono, anche quando la costruzione giuridica è risultata corretta dal punto di vista dell'argomentazione utilizzata.

2. La vicenda oggetto dei giudizi innanzi al T.A.R. e al Consiglio di Stato

È opportuno in via preliminare dar conto della vicenda processuale che ha condotto alle pronunce del T.A.R. e del Consiglio di Stato.

Il ricorso di primo grado ha investito la deliberazione del consiglio regionale del Veneto n. 10 del 14 febbraio 2017, recante giudizio di meritevolezza della proposta di legge regionale di iniziativa popolare relativa alla "*suddivisione del Comune di Venezia nei due Comuni autonomi di Venezia e Mestre*", nonché la deliberazione consiliare n. 84

[1] T.A.R. Venezia, sez. I, 14 agosto 2018, n. 864, in *Foro amm.*, 2018, 7-8, 1283.

[2] Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2019, n. 6236.

dell'11 luglio 2017 con la quale si è individuata la popolazione interessata alla relativa consultazione referendaria in quella dell'attuale Comune di Venezia, e la deliberazione di giunta regionale del Veneto n. 306 del 13 marzo 2018, di indizione per il 30 settembre 2018 del referendum consultivo sul progetto di legge regionale in questione.

Dunque, una proposta di legge regionale di iniziativa popolare, ai sensi dell'art. 133 Cost. e della legge regionale Veneto n. 25/1992 (che ha dato attuazione all'art. 133 Cost.), per la suddivisione in due Comuni (Venezia e Mestre) di quello capoluogo che, per questo carattere, nella Città metropolitana di appartenenza svolge un ruolo di particolare rilevanza, essendo il suo sindaco anche il sindaco della Città metropolitana.

Va subito compiuta una notazione.

I ricorsi vengono proposti dal Comune di Venezia e dalla Città metropolitana.

Il Comune di Venezia ha dedotto la incompatibilità della scissione del Comune di Meste dal proprio, stante il ruolo svolto a Venezia come Comune capoluogo della Città metropolitana e del Sindaco di Venezia, come Sindaco metropolitano e, quindi, la violazione del procedimento, fissato dalla legge statale n. 56 del 2014 per l'articolazione del territorio metropolitano in più Comuni, che deve ritenersi unica procedura applicabile.

In buona sostanza, si ritiene contrastante con la legge statale la proposta di legge regionale d'iniziativa popolare adottata ai sensi dell'art. 133, secondo comma, della Costituzione.

Il giudizio è stato caratterizzato da plurime eccezioni di illegittimità, anche nella forma dei motivi aggiunti, ma quella appena indicata ha rappresentato il vero punto sul quale si è sviluppato ampiamente il ragionamento del giudice, che qui interessa valutare.

Come si diceva, anche la Città metropolitana ha prodotto ricorso soffermandosi sulla violazione della legge n. 56 del 2014 nonché degli artt. 5, 97, 114 e 118 Cost., deducendo che «la deliberazione della Regione recante il "giudizio di meritevolezza" sulla proposta di legge di iniziativa popolare relativa alla "suddivisione del Comune di Venezia nei due Comuni autonomi di Venezia e Mestre" avrebbe totalmente omesso l'analisi e la valutazione degli effetti che tale suddivisione determinerebbe sul funzionamento della Città Metropolitana; tali effetti sarebbero devastanti, poiché il livello di gestione metropolitano sarebbe impossibilitato a funzionare. La deliberazione si rivelerebbe, così, affetta da abnorme carenza di istruttoria e da eclatante perplessità della motivazione». E deducendo altresì l'ulteriore violazione dell'art. 1, comma 22, della legge n. 56 del 2014, che reca soltanto quella procedura per lo scorporo del Comune capoluogo di Città metropolitana, tenuto pure conto «che, in base all'art. 117, comma 2, lett. p), Cost., l'ordinamento delle Città Metropolitane costituisce materia appartenente alla competenza esclusiva statale».

Il T.A.R., con la richiamata sentenza 14 agosto 2018, n. 864, ha accolto i ricorsi e ha ravvisato il contrasto del procedimento di cui alla delibera regionale impugnata con quanto dispone la legge n. 56 del 2014, condividendo la tesi che sia esclusiva la procedura prevista dalla c.d. legge "Delrio" nell'art. 1, comma 22 per l'articolazione del territorio del Comune capoluogo in più comuni.
Per arrivare a tale conclusione, il giudice di primo grado sviluppa un articolato ragionamento sul ruolo della Città metropolitana, sul rapporto fra l'art. 117 e 133 della Costituzione e sulla scelta operata dalla legge statale n. 56 del 2014, in relazione a tali previsioni costituzionali.
Nel giudizio di appello, il Consiglio di Stato, sul punto appena indicato, esprime una valutazione del tutto diversa e accoglie il motivo secondo il quale il T.A.R. ha errato nel ritenere applicabile la procedura contemplata dalla legge n. 56 del 2014, trattandosi di una disciplina affidata alla legge regionale il cui intervento è garantito dall'art. 133 della Costituzione, al quale soltanto occorre riferirsi per il procedimento da applicare per interventi di scissione dei Comuni.

3. Il procedimento di divisione del Comune capoluogo di Città metropolitana: il rapporto tra la legge statale e quella regionale

Quanto precede consente di notare che i ricorsi sono stati proposti innanzi al T.A.R. dal Comune di Venezia e dalla Città metropolitana di Venezia e, quindi, da enti che intendono tutelare dinnanzi all'autorità giurisdizionale la loro attuale consistenza territoriale, che è anche espressiva di una certa rappresentanza politica, ottenuta attraverso le elezioni (seppure di secondo grado nella Città metropolitana), nei confronti di una iniziativa che sempre nella rappresentanza politica trova la sua ragion d'essere, e alla quale si tende anche con l'utilizzazione di un istituto di democrazia diretta quale il referendum consultivo *ex* art. 133 Cost.
Si coglie la delicatezza del tema in quanto si mostrano, già con questa semplice considerazione, le ricadute di sistema che rifluiscono in un necessario, non facile, bilanciamento tra valori costituzionali. Peraltro, risulta coinvolto un ente, la Città metropolitana, che pretende specifica attenzione sui meccanismi che la legge n. 56/2014[3] ha predisposto per il suo funzionamento, atteso il peculiare disegno degli organi che la distingue dagli altri enti territoriali[4].
Si deve, a questo punto, dar conto delle fonti legali costituenti i riferimenti per la disciplina dell'iniziativa qui in discussione in quanto, come si è detto, questo aspetto è stato centrale.
Come è noto, la previsione costituzionale dell'art. 133 Cost., relativa alla possibilità che la Regione, con legge, sentite le popolazioni interessate, istituisca nel proprio territorio

[3] Legge 7 aprile 2014, n. 56 recante "*Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*".
[4] Sulla tematica, gli interventi in Osservatorio sulle Città metropolitane, *focus* in *Federalismi.it*.

nuovi Comuni o modifichi le loro circoscrizioni e denominazioni, propone l'intervento di una legge regionale provvedimento che è fonte atipica rinforzata (dal momento che vi è un elemento, la consultazione popolare, che caratterizza il procedimento di formazione)[5]. Uno schema che, anche per la sintetica formula dispositiva utilizzata dal Costituente, è stato oggetto di riflessioni in dottrina[6] e nella giurisprudenza costituzionale[7].

In particolare, l'espressione «popolazioni interessate», seppur rivolta, *prima facie*, agli enti coinvolti direttamente dalla modifica territoriale[8], che vantano un interesse a quel territorio e a un certo tipo di rappresentanza del territorio stesso, ha dimostrato la sua complessità e determinato visioni non univoche[9].

Nel contempo, la riserva di legge regionale, con la specificità procedimentale sottolineata, richiede una disciplina attuativa sulle modalità applicative dell'art. 133 Cost.[10]. Nella regione Veneto è così intervenuta la legge regionale n. 25/1992 (peraltro integrata nel 1994 con un articolo dedicato espressamente al riordino delle circoscrizioni territoriali dei Comuni dell'area metropolitana introdotto dalla legge regionale n. 61/1994, comunque prima della legge statale n. 56/2014).

La legge statale n. 56/2014, che ha istituito le Città metropolitane, ha contemplato, però, con il comma 22 dell'art. 1[11], un particolare procedimento per l'articolazione territoriale del Comune capoluogo di Città metropolitana.

---

[5] Cfr. G. DEMURO, *Popolazioni e variazioni territoriali: dalla giurisprudenza costituzionale in tema di enti locali il problema del territorio regionale*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. BIN, C. PINELLI, Torino, 1996, 135 ss.

[6] Cfr., in particolare, E. ROTELLI, *Art. 133*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, Bologna, 1990, 211 ss.; P. BARRERA, *Il referendum negli ordinamenti regionali e locali. Bilancio e prospettive*, Napoli, 1992; M. LUCIANI, *I referendum regionali (a proposito della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo lustro)*, in *Le Regioni*, n. 6/2002, 1381 ss.

[7] Corte cost., 11 marzo 1961, n. 9, in *www.cortecostituzionale.it*; 29 dicembre 1981, n. 204, in *Giur. cost.*, 1981, fasc. 12; 15 settembre 1995, n. 433, in *Giur. it.*, 1996, I, 341; 4 febbraio 2000, n. 24, in *Giur. cost.*, 2000, 171; 12 gennaio 2018, n. 2, *ivi*, 2018, 1, 2.

[8] In tema, I. CIOLLI, *Le variazioni delle circoscrizioni territoriali e la consultazione delle popolazioni interessate nella nuova interpretazione della Corte*, in *Giur. cost.*, 2000, 4371 ss.

[9] Cfr., *infra*, par. 4.

[10] La Corte costituzionale, come si dirà, con la più recente sentenza n. 2 del 2018, ha proposto un quadro riassuntivo delle conclusioni da essa conseguite sul punto.

[11] La nota previsione è che «*il comune capoluogo deve proporre la predetta articolazione territoriale, con deliberazione del consiglio comunale, adottata secondo la procedura prevista dall'articolo 6, comma 4, del testo unico. La proposta del consiglio comunale deve essere sottoposta a referendum tra tutti i cittadini della città metropolitana, da effettuare sulla base delle rispettive leggi regionali, e deve essere approvata dalla maggioranza dei partecipanti al voto. È altresì necessario che la regione abbia provveduto con propria legge all'istituzione dei nuovi comuni e alla loro denominazione ai sensi dell'articolo 133 della Costituzione. In alternativa a quanto previsto dai periodi precedenti, per le sole città metropolitane con popolazione superiore a tre milioni di abitanti, è condizione necessaria, affinché si possa far luogo ad elezione del sindaco e del consiglio metropolitano a suffragio universale, che lo statuto della città metropolitana preveda la costituzione di zone omogenee, ai sensi del comma 11, lettera c), e che il comune capoluogo abbia realizzato la ripartizione del proprio territorio in zone dotate di autonomia amministrativa, in coerenza con lo statuto della città metropolitana*».

Si tratta di una ipotesi di evidente interrelazione fra il profilo organizzativo (configurazione elettiva del sindaco metropolitano e del consiglio metropolitano) e articolazione territoriale (da un Comune capoluogo a più Comuni) che è stata trasferita in un procedimento, quanto mai complesso, basato su una peculiare concatenazione tra volontà dell'organo rappresentativo e corpo elettorale: l'iniziativa vincolata del consiglio comunale capoluogo, adottata secondo la procedura prevista dall'art. 6 comma 4 del Testo Unico e il referendum fra tutti i cittadini della Città metropolitana, da approvare con la maggioranza dei partecipanti al voto ne sono gli elementi caratterizzanti. Ed è proprio quest'ultimo profilo che risalta stante il carattere di referendum approvativo che vede partecipi tutti i cittadini della Città metropolitana.
Viene in tal modo disegnato un ruolo anche per le popolazioni non direttamente coinvolte dalla ridefinizione territoriale. Un ruolo forte perché, come appena detto, dall'esito del referendum dipende il prosieguo dell'*iter* legislativo. Però, come è noto e si anticipava, questo schema procedimentale è collegato alla eventualità che lo statuto della Città metropolitana voglia prevedere l'elezione diretta del sindaco e del consiglio metropolitano. In tale procedimento compare soltanto, come ulteriore condizione, la circostanza che la Regione abbia provveduto con propria legge all'istituzione dei nuovi Comuni e alla loro denominazione ai sensi dell'art. 133 Cost.
Insomma, si determina un possibile rapporto tra fonte statale e regionale quando la divisione territoriale riguarda il capoluogo di Città metropolitane. Ed è quanto si è verificato nella vicenda in analisi.

4. Il ruolo del principio democratico e le criticabili argomentazioni del T.A.R.

Il T.A.R. deve affrontare la – appena segnalata – problematica dal momento che la tesi sostenuta dagli enti ricorrenti è che, nel caso in questione (scissione del Comune capoluogo di Città metropolitana), vada applicata proprio la procedura fissata dalla legge statale n. 56/2014 e non già quella della legge regionale veneta che ha attuato l'art. 133 Cost.
Per risolvere la questione, il T.A.R. parte da tre premesse descrittive del modo in cui sono state disegnate dal legislatore statale le Città metropolitane: due sono esatte, la terza, invece, non appare corretta e deboli risultano gli argomenti giuridici che la dovrebbero supportare.
È esatta la conclusione che la legge statale ha competenza esclusiva quanto alla disciplina degli organi di governo e delle funzioni fondamentali delle Città metropolitane ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. p) Cost. Ed è pure corretta la ricostruzione del disegno di tali organi compiuto dalla legge n. 56/2014, quando si nota che, nel nuovo ente territoriale, l'organo istituzionale esecutivo è il sindaco metropolitano, non essendo stato previsto dalla legge quello collegiale, contemplato nei Comuni e nelle Province. E, ancora, che l'organo istituzionale di indirizzo e

controllo è il consiglio metropolitano competente ad approvare i bilanci e gli atti di pianificazione (compreso il piano strategico metropolitano). Di talché il sindaco del Comune capoluogo gode della maggiore rappresentatività, come si trae – afferma il T.A.R. – dal comma 21 dello stesso art. 1, laddove si prevede che in caso di rinnovo del consiglio del Comune capoluogo, si procede a nuove elezioni del consiglio metropolitano entro sessanta giorni dalla proclamazione del sindaco del Comune capoluogo.

Per il giudice amministrativo il concetto di organo maggiormente rappresentativo costituisce lo snodo del ragionamento sviluppato. Ed è qui che compare quell'elemento sul quale il giudice di primo grado non è in condizione di portare argomenti convincenti nel momento in cui si affida alla "preminenza demografica" per caratterizzarlo.

Il dato certo è che non vi è alcuna specifica previsione legislativa che possa fondare una tale conclusione.

Di ciò si mostra consapevole il T.A.R. che, ciononostante, porta avanti la tesi secondo la quale con l'applicazione, nel caso di scissione del Comune capoluogo di Città metropolitana, della procedura *ex* art. 133 Cost., come attuato dalla legge regionale Veneto n. 25/1992, sarebbe compromessa la "tenuta" dell'organizzazione dell'ente Città metropolitana, soprattutto tenendo conto dell'art. 1, commi 19 e 20, della legge statale n. 56 del 2014.

Occorre al riguardo compiere una notazione.

Quando il T.A.R. assume che l'automatica attribuzione, da parte della legge statale, della carica di sindaco metropolitano al sindaco del Comune capoluogo si fondi sul presupposto che il capoluogo sia il più rappresentativo, in quanto ha normalmente una preminenza demografica, non sbaglia. Ma questa conseguenza non è stata trasferita in una regola giuridica. In tal modo si può solo pensare che una tale presunzione sia ragionevole ma rimane pur sempre un dato di fatto. E, comunque, qualsiasi ragionamento sul punto non può superare quanto indubitabilmente discende dal rapporto tra le fonti secondo il disegno costituzionale. Ebbene, la disciplina che attiene alle modificazioni territoriali dei Comuni, *ex* art. 133 Cost., è esclusivamente di livello regionale. Opinare diversamente è errato e significa anche non avere valutato correttamente l'insegnamento del Giudice costituzionale.

Come si è anticipato, la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che le leggi regionali *ex* art. 133 Cost. sono leggi provvedimento tenute a svolgersi nell'ambito e in applicazione di previe norme generali ed astratte[12]. E che anche tali norme devono essere introdotte dalla legge regionale[13]. Quindi una doppia riserva. Quella della legge regionale-provvedimento, rinforzata, e quella della legge regionale che disciplina

[12] Corte cost., n. 204 del 1981 cit.; 11 marzo 1961, n. 9, cit.

[13] Corte cost., 7 aprile 2000, n. 94, in *Giur. cost.*, 2000, 901. Cfr. I. CIOLLI, *op. cit.*, 4371.

l'attuazione dell'articolo 133 Cost. Questo perché il concetto di popolazioni interessate[14] non è stato precisato dall'articolo 133 Cost. e richiede una disciplina attuativa di livello regionale, tenendo conto – afferma ancora la Corte costituzionale – che l'interesse che fonda l'obbligo previsto in Costituzione è riferito direttamente alle popolazioni e non agli enti territoriali.

Vi è stata una «faticosa e non limpidissima riflessione» del giudice costituzionale[15] che ha tenuto conto dell'interpretazione avanzata da una parte della dottrina secondo la quale nell'ipotesi di modificazione delle circoscrizioni comunali non si potrebbe distinguere tra popolazioni direttamente e indirettamente interessate[16].

Una riflessione della Corte costituzionale che ha trovato ulteriori acquisizioni quando nel 1995[17] ha concluso che il principio generale desumibile dall'articolo 133 Cost. è quello della consultazione della intera popolazione comunale, ma che tale principio può essere derogato nei casi particolari, che possono essere ravvisati nelle ipotesi in cui il gruppo che chiede la scissione è sociologicamente differenziato e l'entità del territorio e delle popolazioni è limitata[18].

Un percorso della Corte ben specificato nei suoi passaggi con la sentenza n. 2/2018[19] quando si fissano i seguenti punti: spetta al legislatore regionale la disciplina del procedimento che conduce alla variazione territoriale; la legge regionale può individuare i criteri per la selezione delle popolazioni interessate; l'applicazione di tali criteri è compiuta con la delibera regionale che fa luogo al referendum con decisione motivata. Insomma, non vi è spazio per dubitare che, per le modifiche territoriali dei Comuni la competenza è esclusivamente della Regione. Ovviamente una tale riserva di legge regionale esclude l'intervento di disciplina da parte della legge statale.

---

[14] Cfr. P. BARRERA, *op. cit.*; E. ROTELLI, *op. cit.*; T. MARTINES, *Il referendum negli ordinamenti particolari*, Milano, 1960; M. LUCIANI, *op. cit.*, spec. 1393 ss.

[15] Così, M. LUCIANI, *op. cit.*, 1393.

[16] Cfr., ancora, M. LUCIANI, *op. cit.*, 1393.

[17] Corte cost., 15 settembre 1995, n. 433, cit. Cfr., anche, Corte cost., 27 luglio 1989, n. 453, in *Foro. it.*, 1990, I, 1468; 6 luglio 1994, n. 279, in *Giur. cost.*, 1994, 2472.

[18] Interessante ricordare che anche in quel caso il giudice *a quo* (T.A.R. Lazio) aveva ricercato principi ordinamentali per risolvere la questione, e precisamente «quello della cosiddetta autodeterminazione, per il quale un soggetto o un gruppo può scegliere alcune caratteristiche della propria esistenza giuridica, e quello della volontà della maggioranza di una collettività, in base al quale la modifica di un qualsiasi elemento costitutivo deve essere decisa dal maggior numero di soggetti che partecipano della originaria composizione; il tutto trasfuso nell'altro principio ordinamentale, di carattere fondamentale, per il quale gli enti locali sono, sì autonomi, ma non anche indipendenti, per cui ogni loro decisione deve pur sempre rapportarsi agli interessi della comunità organizzata in ordinamento sovrano» e questo perché «i gruppi organizzati di carattere pubblico, come nella specie gli enti locali di carattere comunale, sono tali perché i singoli soggetti che ne fanno parte hanno fra loro una qualche comunanza più o meno intensa, che non è mai solo l'elemento oggettivo del territorio, ma che si connette ad usi, costumi, dialetti, cemento storico, comunanze geografiche, coerenza sociale, costumanze religiose, specificità folcloristiche, ecc., per cui il "gruppo sociale" prima di essere tale, "si sente tale" e la sovrapposizione istituzionale finisce soltanto per dare riconoscimento ad una realtà già aggregata.

[19] Corte cost., 12 gennaio 2018, n. 2, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 2.

Il T.A.R., dunque, sbaglia quando dalla costruzione compiuta sul ruolo degli organi nell'assetto della Città metropolitana fa derivare una conclusione che altera il rapporto tra fonte regionale e statale. Né può il giudice di primo grado affermare che la disciplina statale (legge n. 56/2014) non esclude poi l'applicazione della legge regionale portando come argomento che «il referendum previsto dall'art. 1, comma 22 cit., deve avvenire sulla base delle regole dettate dalla legge regionale e l'istituzione dei nuovi comuni discendenti dalla articolazione territoriale del comune capoluogo deve essere effettuata con legge regionale». Sicché sarebbe esclusa solo l'applicazione di una certa legge regionale, ossia la legge regionale n. 25/1992 e ciò perché il risultato cui essa conduce nel caso di specie è quello della disarticolazione dell'assetto istituzionale riferito alla Città metropolitana di Venezia.
Se le modalità applicative dell'articolo 133 Cost. sono di competenza regionale, non vi è spazio per argomenti che intendano escludere, in favore della legge statale, la legge regionale Veneto n. 25/1992 che costituisce l'attuazione, per la regione Veneto, dell'art. 133 Cost.
Sul punto si tornerà.
Peraltro, pur incorrendo in errore, il giudice di primo grado offre alcuni elementi di interesse perché l'interpretazione costituzionalmente orientata alla quale si affida, per le sue conclusioni, si fonda sul "peso" da riconoscere al principio democratico. Va detto che non c'è spazio per una interpretazione conforme, che non rispetti il rapporto, secondo Costituzione, fra le fonti, ma vi sono alcune indicazioni da raccogliere perché è proprio il rispetto del principio democratico il problema principale nell'assetto fissato per le Città metropolitane.
Il principio democratico viene declinato dal T.A.R. in due modi.
Il primo attiene alla capacità rappresentativa del sindaco e del consiglio metropolitano. In effetti, la suddivisione del comune di Venezia in due comuni comporterebbe che il sindaco del comune di Venezia resterebbe quale sindaco metropolitano e, quindi, organo di rappresentanza istituzionale, politica e legale, e organo esecutivo della Città metropolitana, pur se espressione, a questo punto, di una assai limitata parte della popolazione e quindi del corpo elettorale del nuovo ente. Lo stesso è a dire per il consiglio metropolitano, chiamato a deliberare su questioni strategiche, di sviluppo e di infrastrutture, pur con questo limite di essere espressione di una realtà territoriale molto ridotta della Città metropolitana e con un sostanziale *deficit* di rappresentanza democratica.
Una situazione destinata a peggiorare con il rinnovo degli organi di governo dell'ente. Il nuovo consiglio metropolitano sarebbe competente ad approvare gli importanti atti di pianificazione strategica e di pianificazione territoriale generale delle infrastrutture della città la cui esecuzione verrebbe affidata ad un sindaco metropolitano con un legame di rappresentanza territoriale con il consiglio stesso assai limitato, perché circa

il 90% dei consiglieri metropolitani sarebbe espressione di un territorio diverso da quello di cui è espressione il sindaco.
In conclusione, secondo il T.A.R., «tra organo esecutivo di vertice (il Sindaco) ed organo di indirizzo e controllo e di normazione secondaria (il Consiglio) non vi sarebbe più quasi nessun collegamento, essendo essi espressione di una diversa rappresentanza territoriale, cosicché il Sindaco Metropolitano rischierebbe di non essere più in grado di esercitare le funzioni attribuitegli dalla legge».
Si tratta, come si diceva, di un punto centrale che segnala un'anomalia "originaria" della Città metropolitana nel modo in cui è stata realizzata dal legislatore statale.
Come la dottrina ha segnalato[20], il dato territoriale comporta che sia il territorio sia la popolazione residente nei Comuni di ciascuna Città metropolitana siano maggiori di quello capoluogo, con la conseguenza che risulta criticabile affidare a un sindaco eletto dal solo Comune capoluogo, il ruolo di sindaco di un ente del tutto diverso sul piano dell'estensione territoriale e demografica. È un problema che attiene alla forma di governo in quanto si assiste alla previsione di un organo politico (sindaco) che non risponde delle proprie azioni all'intero corpo elettorale per il quale agisce. E si è infatti concluso che «se una qualche *democraticità indiretta* hanno la Conferenza metropolitana (composta da tutti i sindaci della C.M. e con limitati poteri: approvazione dello Statuto e pareri sul bilancio) e il Consiglio metropolitano (composto da consiglieri comunali eletti dai sindaci e dai consiglieri comunali dei Comuni della C.M. con poteri di indirizzo e controllo), certo *non è democratica* l'elezione del sindaco se ad essa *non* partecipano *tutti* i cittadini di *tutti* i Comuni della C.M.»[21].
Il secondo concerne il modo in cui il principio democratico si è andato a calare nel rapporto fra i Comuni che fanno parte della Città metropolitana. Si deve tener conto del duplice equilibrio istituzionale alla base dell'ente Città metropolitana nel disegno del legislatore statale. Da un lato, quello tra il Comune capoluogo e gli altri Comuni. Dall'altro, quello tra tutti i Comuni componenti e la Città metropolitana. Secondo il T.A.R. questo equilibrio è espressione del principio di rappresentanza democratica, quindi, in definitiva, dello stesso principio democratico che permea il nostro ordinamento sin dall'art. 1 della Costituzione, cosicché la sua alterazione o compromissione, lungi dal rappresentare questione di mera opportunità, vulnera alla radice la stessa conformità alla Costituzione nel nuovo ente: quest'ultimo diventerebbe una sorta di "scheggia impazzita", di elemento dissonante, nell'ambito del nostro ordinamento costituzionale, non rispondendo più a basilari regole di rappresentanza democratica.

[20] Cfr., in part., A. SPADARO, *La sentenza cost. n. 50/2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un optional*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015; ID., *Le città metropolitane tra utopia e realtà*, in *Federalismi.it*, n. 25/2015. Cfr., altresì, F. PINTO, *Le Città metropolitane in Francia e in Italia o delle convergenze parallele. Perché mi piace il sistema italiano*, in *Federalismi.it*, n. 3/2014.
[21] Così, A. SPADARO, *La sentenza cost. n. 50/2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un optional*, cit., 16.

Come si può notare, la vicenda, sottoposta all'esame del giudice amministrativo, amplifica un problema, che è nella legge n. 56/2014, di *deficit* democratico. Il T.A.R. coglie questi aspetti di un ente che ha manifestato il suo difficile inserimento nel disegno costituzionale della rappresentanza, ma non riesce a seguire un percorso utile per superare il problema.

Si può compiere una ulteriore osservazione.

Il giudice amministrativo di primo grado, per quanto abbia utilizzato più argomenti per proporre la propria convinzione che, nel caso di specie, vada applicata la legge statale n. 56/2014, palesa poi incertezza nel delineare le sue conclusioni nel momento in cui afferma che, seppur si volesse applicare la legge regionale Veneto n. 25/1992, la delibera regionale impugnata sarebbe ugualmente illegittima per mancata corretta individuazione della popolazione interessata alla consultazione[22].

Il punto merita un approfondimento.

Invero, per un verso, si manifesta un ulteriore aspetto della citata impostazione del giudice di primo grado che, pur formulando come mera ipotesi l'applicazione della legge regionale Veneto n. 25/1992, continua a non rinunciare alla logica della legge statale e del procedimento in essa delineato dal comma 22 dell'art. 1, che attiene alla scelta statutaria del carattere elettivo degli organi. Risulta, così, apodittica l'affermazione che tutti i cittadini della Città metropolitana andavano coinvolti in quanto hanno un interesse giuridicamente rilevante ad esprimersi, giacché, se si applicasse la legge regionale n. 25/1992, come si sta ipotizzando (e come per la verità è corretto) occorreva confrontarsi con il dettato della stessa e verificare il rispetto o meno della disciplina in essa contenuta. Ebbene, osservando l'articolo 6 della legge regionale Veneto n. 25/1992, la formulazione utilizzata esprime una regola generale secondo la quale alla consultazione partecipano soltanto le popolazioni del Comune di origine e di destinazione.

Per altro verso, però, se il T.A.R. avesse valorizzato la legge regionale come riferimento della disciplina da applicare, l'appena ricordata formula dispositiva avrebbe consentito, prestando una maggiore attenzione, un approfondimento dell'indagine. Essa, infatti, sulla base della premessa che l'individuazione delle popolazioni interessate dalla consultazione referendaria è deliberata dal consiglio regionale, su proposta della giunta regionale, contempla, accanto alla regola generale che la consultazione deve riguardare l'intera popolazione del Comune di origine e di quello di destinazione, anche un'eccezione così scritta: «salvo casi particolari da individuarsi con riferimento alla caratterizzazione distintiva dell'area interessata al mutamento territoriale nonché alla mancanza di infrastrutture o di funzioni territoriali di particolare rilievo per l'insieme dell'ente locale».

[22] Il T.A.R. invero individua quale ulteriore profilo di illegittimità l'equivoca formulazione del quesito referendario.

È uno spazio interessante che si apre per una interpretazione applicativa della regola legislativa regionale che approfondisca le esigenze derivanti da assetti organizzativi peculiari, come (in ipotesi) possono essere anche quelli delle Città metropolitane. Questo era il punto da indagare anche per valutare la legittimità di una delibera regionale, giudicando le motivazioni che sono state poste alla base di una certa individuazione della platea delle popolazioni interessate.

Con una tale indagine si sarebbe rispettato l'insegnamento della Corte costituzionale, quando nella sentenza n. 2 del 2018 e nella precedente n. 47 del 2003[23], ha precisato che le condizioni fissate dal legislatore regionale per individuare le "popolazioni interessate" devono essere in concreto verificate dall'organo regionale, che delibera di far luogo al referendum con decisione motivata, suscettibile di essere controllata in sede giurisdizionale.

Insomma, un'attenzione mirata a questa parte della legge regionale avrebbe consentito di soffermarsi sui non pochi interrogativi, dalle risposte incerte, relativamente al modo in cui è stata pensata la Città metropolitana nei due fondamentali aspetti degli organi e dei rapporti dei Comuni tra loro e con quello capoluogo. In tale direzione, il comma 22 dell'art. 1 della legge n. 56/2014 può funzionare come spia di un'esigenza, da indagare, sulla opportunità di un'estensione del referendum a tutti i cittadini della Città metropolitana[24]. Soffermarsi sulla motivazione che induce ad applicare in un certo modo la disciplina regionale costituisce percorso giusto per trovare risposta al problema del rapporto fra rappresentanza e consistenza demografica nella Città metropolitana e a quello sul particolare rapporto di tutti i Comuni con tale ente di appartenenza[25]. Operazione per la quale non è neanche da escludere uno sbocco in termini di legittimità costituzionale della disciplina regionale che abbia omesso di prevedere, tra le modalità attuative dell'art. 133, comma 2, quelle più coerenti con gli assetti del nuovo ente metropolitano.

---

[23] Corte cost., 13 febbraio 2003, n. 47, in *Giur. cost.*, 2003, 1.

[24] Come si sa, la legittimità di tale procedura è stata contestata dalle Regioni con una questione respinta dalla nota sentenza della Corte cost., 26 marzo 2015, n. 50, in *Giur. cost.*, 2015, 2, 432, con note di S. BARTOLE, *Legislatore statale e Corte costituzionale alla ricerca della città metropolitana*; G.C. DE MARTIN, M. DI FOLCO, *L'emarginazione del principio autonomistico e lo svuotamento delle garanzie costituzionali per le istituzioni provinciali in una sentenza "politica"*; G. SERGES, *L'istituzione delle Città metropolitane, le clausole legislative di auto-qualificazione e l'elettività "indiretta" degli organi istituzionali (a margine della sent. n. 50 del 2015)*. Eppure, vi era non poco da dubitare sulla portata di un procedimento che vede delibere in forma aggravata (delibera del Comune capoluogo *ex* art. 6 c. 4TUEL) e duplice intervento del legislatore nazionale (legge elettorale) e regionale (delibera relativa alla consultazione referendaria).

[25] Cfr. L. VANDELLI, *Comma 22. Ipotesi di elezione diretta*, in L. VANDELLI, *Città metropolitane, Province, Unioni e fusioni di Comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56 commentata comma per comma*, Rimini, 2014; M. BARBERO, E. VIGATO, *Il sindaco di diritto e l'elezione a suffragio universale e diretto nelle città metropolitane*, in *Federalismi.it*, n. 7/2015. Sulla sentenza n. 50/2015, si v. i commenti di A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 50/2015. Considerazioni in merito all'istituzione delle città metropolitane*, in *Federalismi.it*, n. 8/2015; A. SPADARO, *La sentenza cost. n. 50/2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un optional*, cit.; L. VANDELLI, *La legge "Delrio" all'esame della Corte: ma non meritava una motivazione più accurata?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2015.

In definitiva, il principio democratico correttamente invocato dal T.A.R. come criterio guida cui ispirarsi, ma erroneamente utilizzato, avrebbe avuto, invece, modo di esplicare la sua portata conformativa.

5. La valorizzazione dei diritti politici da parte del Consiglio di Stato

Nemmeno il Consiglio di Stato ha prestato particolare attenzione alle potenzialità delle modalità applicative dell'art. 133 Cost., contenute nell'articolo 6 legge regionale Veneto n. 25/1992, per quanto attiene al concetto di popolazioni interessate. Con tutta probabilità, ciò è accaduto perché vi è stato un condizionamento causato dalla impostazione del T.A.R., secondo la quale tale ampliamento doveva essere basato sull'articolo 1, comma 22 della legge statale n. 56/2014.

Per il vero, il Consiglio di Stato, per l'aspetto qui indagato, si è trovato di fronte ai due errori compiuti dal T.A.R., appena segnalati. Il primo, più importante e assorbente, relativo al rapporto tra le fonti. Il secondo, da riferire al rilievo assegnato alla preminenza demografica che, privo di aggancio normativo, disvela la sua inidoneità a fondare le conclusioni.

La decisione del Consiglio di Stato è, forse, anche per tale motivo, con una struttura motivazionale più stringata rispetto a quella del T.A.R.

In maniera corretta, però, il giudice d'appello rileva che nella materia vi è una riserva di legge regionale *ex* art. 133 Cost., e che diverso è il ruolo della legge statale. Pur incorrendo in qualche errore (afferma che la legge statale n. 56/2014 pone principi fondamentali in materia di legislazione concorrente quando, invece, si tratta di competenza esclusiva statale, per poi affermare in altra parte della sentenza che è espressione di potestà residuale), corregge le conclusioni del T.A.R., ma non si sofferma con la dovuta attenzione sulle conseguenze di tale diverso impianto.

L'*iter* argomentativo si sviluppa soprattutto nel dimostrare l'assenza di una disciplina normativa che fondi nel criterio demografico il ruolo preminente del Comune capoluogo nell'ambito della Città metropolitana. E sulla impraticabilità di una conseguenza obbligata (paventata nella sentenza appellata) che vorrebbe far divenire capoluogo quello che, a seguito della scissione, finisce per avere una popolazione maggiore. A ciò si aggiunga che è anche possibile per il giudice di appello sostenere che non sarebbe logico distinguere tra i procedimenti di scissione-istituzione, a seconda se riguardino il Comune capoluogo o gli altri Comuni appartenenti alla stessa Città metropolitana.

Argomento forse di minore spessore per contrastare la sentenza appellata è soffermarsi sulla esistenza o meno di una regola secondo la quale capoluogo di un ente territoriale deve essere quello con maggiore popolazione (al riguardo c'è un nutrito elenco di situazioni del genere). Non perché questo dato non sia reale, ma per la semplice ragione che il caso di cui ci occupa concerne l'automatismo di un doppio ruolo. E quindi la problematica attiene ai motivi in base ai quali il disegno organico di

un ente territoriale debba privilegiare, tra i tanti Comuni, il capoluogo pur se a minore rappresentatività, quanto a rapporto con altri Comuni con maggiore consistenza demografica. Certo, non si può trascurare il particolare ruolo e la maggiore importanza del Comune capoluogo, come ha fatto la Corte costituzionale nella sentenza 50/2015, ma resta il dubbio se ciò sia sufficiente in caso di notevole sbilanciamento demografico.

Sul piano della ricostruzione giuridica, anche il Consiglio di Stato si affida a una interpretazione costituzionalmente conforme, probabilmente non necessaria stante la circostanza che era assorbente il corretto inquadramento del rapporto fra le fonti.

Comunque, il dato va segnalato perché tale strada assume a suo riferimento non già una differente rilevanza del principio democratico, in una logica di rappresentanza politica diversamente osservata rispetto al giudice di primo grado, bensì la prevalenza dei diritti politici delle popolazioni coinvolte dalla scissione che, costituzionalmente garantiti, non tollerano compressioni. In altri termini, viene ritenuto inammissibile applicare la procedura più complessa, *ex* art. 1 comma 22, di scissione-istituzione solo per alcuni Comuni tra i tanti che partecipano all'area metropolitana.

L'argomento, non necessario per sostenere una conclusione che, come appena detto, discende pianamente dal corretto rapporto fra fonti, ha il pregio di aggiungere un ulteriore spiraglio per osservare i problemi che ci sono sulla portata della legge statale n. 56/2014.

Nel comma 22 dell'art. 1 di tale legge vi è, infatti, un'incidenza sull'esercizio dei diritti politici. Per tutti i Comuni vale solo il procedimento *ex* art. 133 Cost., per quello capoluogo vi è un meccanismo che, pur nella sua diversità tipologica, si riflette sulle modalità in cui si manifesta la scelta delle popolazioni dell'ente territoriale. L'estensione della partecipazione al referendum a tutti i cittadini dei Comuni metropolitani (con la maggioranza richiesta) e il valore approvativo di questo referendum sono meccanismi idonei a determinare la prevalenza di una volontà decisionale diversa rispetto a quella riconosciuta alle popolazioni interessate *ex* art. 133 Cost.

Proprio nella legge statale vi è, dunque, una peculiarità, come, d'altro canto, si coglie quando il Consiglio di Stato valuta il comma 22 dell'art. 1 come avente a oggetto e finalità una "vicenda interna", da riferire all'investitura rappresentativa dei suoi organi. E come un tale procedimento sia eccezionale, tenendo conto delle "difficili condizioni" in esso contemplate.

È vero che tale procedimento ha un ruolo specifico, ma, in ogni caso, gli effetti sono quelli indicati. Non è irragionevole, pertanto, chiedersi se una tale scelta statale, se non illegittima, sia il segnale di una esigenza più generale di ampliamento della consultazione (anche in attuazione dell'art. 133 Cost.), meritevole di essere indagata.

6. Osservazioni conclusive

Conclusivamente, è indubitabile che occorra distinguere la *ratio* dell'articolo 1 comma 22 della legge statale n. 56/2014 da quella delle leggi regionali attuative dell'articolo 133 Cost. (come la legge regionale Veneto in questione).

La prima norma attiene alla scelta di un modello di governo diverso da quello stabilito dal legislatore statale.

La seconda coglie specificamente l'articolazione territoriale.

Ma la commistione procedimentale che la legge statale ha introdotto nel comma 22 dell'art. 1 ha segnalato aspetti critici, in uno con esigenze che derivano dallo schema organizzativo prescelto per le Città metropolitane. Le pronunce del T.A.R. e del Consiglio di Stato osservate ne sono testimonianza.

Si confermano, d'altro canto, i dubbi sul modo in cui il legislatore statale ha inteso istituire la rappresentanza della Città metropolitane, che, non dissipati dall'intervento della Corte costituzionale[26], si ripropongono nella fase applicativa. Le decisioni del giudice amministrativo offrono, nel contempo, nei modelli decisionali di tono costituzionale, elementi meritevoli di ulteriore approfondimento anche tenendo conto del modo in cui i valori costituzionali di riferimento sono stati richiamati nel giudizio amministrativo.

Rappresentanza e diritti politici si sono mostrati, così, come inevitabili nel configurare un ente costituzionalmente contemplato, e con tante difficoltà attuato, e ancora da considerare con ogni attenzione per immaginare possibili sviluppi più coerenti con le esigenze da salvaguardare.

[26] A. SPADARO, *La sentenza cost. n. 50/2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un optional*, cit., *passim*.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'affidamento dei servizi sociali e l'istituto della co-progettazione: il difficile coordinamento tra il Codice dei contratti pubblici ed il Codice del terzo settore nell'attesa delle nuove Linee Guida dell'ANAC

di Cristian Formica

(Istruttore Direttivo Contabile del Comune di Latina)

Sommario

1. Introduzione. 2. Il previgente quadro normativo e le Linee Guida ANAC n. 32 del 20/01/2016. 3. L'affidamento dei servizi sociali tra il nuovo Codice dei contratti pubblici ed il Codice del terzo settore. 4. Il parere reso dal Consiglio di Stato (Adunanza della Com-missione speciale del 26 luglio 2018 – numero affare 1382/2018). 5. La co-progettazione: profili procedimentali e problematiche applicative. 6. Conclusioni.

Abstract

The contractual activity of the public sector is divided in two phases: the phase aimed to find the best contractor, in which the Public Administration has authoritative powers, and the phase of stipulation of the contract (and its execution), in which the Administration has contractual powers. In the selection phase, in order to identify the best offer on the market, the public authority is obliged to carry out the procedures of the code of contracts (recte: d.lgs. n. 50/2016). These procedures, in order to identify the best offer in respect of the principles of impartiality and good performance, most ensure the freedom of competition. In the social services sector the situations of necessity often collide with these principles. For this reason, the legislator has introduced forms of exceptions to ordinary procedures, together with institutes aimed at launching experimental or innovative projects. The relevance of this sector also imposed an intervention by the ANAC, which, before d.lgs. n. 50/2016 and d.lgs. n. 117/2017, emanated the Guide-Lines n. 32/2016, in order to ensure compliance with the legislation (national and european) regarding public contracts and prevention of corruption. It is in this context that co-planning takes place, as an institution that allows the Public Administration to be assisted by third sector subjects in the search for the most suitable solutions to meet the social needs of the territory. If, at the beginning, this tool was limited to experimental and innovative projects, today, it assumes the role of a general-purpose institution, whose choice has left to the Administration. In this work, after tracing the reference regulatory framework and highlighting the main distinctions with the previous discipline, it will try to identify the issues and the concrete difficulties, waiting for the new ANAC Guide-Lines, of the subjects called to operate with these tools.

1. Introduzione

L'attività negoziale della Pubblica Amministrazione si struttura in due fasi: alla fase di selezione del miglior contraente, nella quale la P.A. dispone dei poteri pubblicistici, segue quella di stipula del contratto (e della sua esecuzione), in cui l'Amministrazione dispone dei poteri negoziali[1].

Nel corso della fase di selezione del miglior contraente, il soggetto pubblico, al fine di individuare la miglior offerta presente sul mercato sia in termini qualitativi che economici, ha l'obbligo di espletare le procedure del Codice dei contratti.

Tali procedure, oltre a consentire alla P.A. di individuare la migliore offerta nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, assicurano la libertà di concorrenza[2].

Nel settore dei servizi sociali[3], tuttavia, non vengono in rilievo solo le esigenze sopra esposte, prospettandosi situazioni di necessità che, spesso, collidono con i principi volti al risparmio di spesa ed alla garanzia della concorrenza.

E' per tale ragione che il legislatore, nel tempo, ha introdotto forme di affidamento in deroga alle ordinarie procedure ad evidenza pubblica, unitamente ad istituti volti ad avviare progetti di natura sperimentale o innovativa.

---

[1] Per una più puntuale trattazione dell'argomento, F. Armenante, *L'attività negoziale della P.A. (nel codice dei contratti "corretto")*, disponibile sul sito www.europa.basilicata.it (al link: http://europa.basilicata.it/feasr/wp-content/uploads/2017/Lattivit%C3%A0-negoziale-della-PA-nel-codice-dei-contratti-corretto-a-cura-di-F.Armenante.pdf); Roberto Garofoli, Giulia Ferrari, *La nuova disciplina dei Contratti Pubblici*, Nel Diritto Editore, II ed., anno 2018.

[2] Con riferimento agli elencati principi, le Linee Guida n. 4 dell'ANAC precisano (al par. 3.2) che: "*Nell'espletamento delle procedure semplificate di cui al richiamato articolo 36, le stazioni appaltanti garantiscono in aderenza: a) al principio di economicità, l'uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto; b) al principio di efficacia, la congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati; c) al principio di tempestività, l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni; d) al principio di correttezza, una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione; e) al principio di libera concorrenza, l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati; f) al principio di non discriminazione e di parità di trattamento, una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione; g) al principio di trasparenza e pubblicità, la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure; h) al principio di proporzionalità, l'adeguatezza e idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento; i) al principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico; j) ai criteri di sostenibilità energetica e ambientale, la previsione nella documentazione progettuale e di gara dei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, tenendo conto di eventuali aggiornamenti; k) al principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi (…)*".

[3] Ai sensi dell'art. 128 del d.lgs. n. 112/1998, per servizi sociali si intendono tutte le attività relative all'erogazione dei servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona incontra nel corso della propria vita, escluse quelle assicurate dai servizi previdenziale, sanitario e quelli assicurati in sede di amministrazione della giustizia.

La rilevanza e le peculiarità del settore, peraltro, hanno reso necessario un intervento dell'Autorità sull'Anticorruzione, che, anteriormente al d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) ed al d.lgs. n. 117/2017 (Codice del terzo settore), è intervenuta con proprie Linee Guida (n. 32/2016) a fornire indicazioni operative, nel tentativo di assicurare il rispetto della normativa (comunitaria e nazionale) in materia di contratti pubblici e di prevenzione della corruzione.
E' in tale contesto che si colloca la co-progettazione, quale istituto che consente alla P.A. di essere coadiuvata dai soggetti del terzo settore[4] nella ricerca delle soluzioni più idonee a soddisfare le esigenze sociali del territorio.
Se, alle origini, tale strumento risultava limitato a progetti sperimentali ed innovativi[5], oggi, il medesimo assume le vesti di un istituto ad applicazione generale, la cui scelta è rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione.
Con il presente lavoro, dopo aver tracciato il quadro normativo di riferimento ed evidenziato le principali distinzioni con la previgente disciplina, si cercherà di far emergere le criticità della materia e le difficoltà concrete, in attesa delle nuove Linee Guida dell'ANAC, che incontrano i soggetti chiamati ad operare con tali strumenti.

2. Il previgente quadro normativo e le Linee Guida ANAC n. 32 del 20/01/2016

La disciplina sull'affidamento dei servizi sociali si è distinta, a causa del proliferarsi di diverse normative di settore[6], per una scarsa organicità e per la presenza di strumenti in grado di derogare alle procedure del Codice dei contratti[7].
Preliminarmente, giova evidenziare che la tematica in esame presenta un'indubbia rilevanza costituzionale, con particolare riguardo ai Principi Fondamentali del nostro sistema giuridico.
Viene in rilievo, in particolare, il principio solidaristico sancito dall'art. 2 della Carta Costituzionale, il quale, nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo "*sia*

[4] Ai sensi dell'art. 1, comma 1, della L. n. 106/2016 (recante la delega al Governo per la riforma del terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale), per terzo settore si intende "*(…) il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che (…) promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi. Non fanno parte del Terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche.*".

[5] L'ANAC, con le Linee Guida n. 32/2016, ha definito la co-progettazione "*un accordo procedimentale di collaborazione*" che ha per oggetto "*la definizione di progetti innovativi e sperimentali di servizi, interventi e attività complesse da realizzare in termini di partenariato tra amministrazioni e privato sociale*".

[6] Si pensi, a titolo esemplificativo e non esaustivo, alla L. n. 266/1991 (legge quadro sul volontariato) e regolamento attuativo D.M. 233 del 2/01/1996 in materia di accoglienza di immigrati irregolari, al d. lgs. n. 286/1998 e alla L. n. 189/2002 in materia di accoglienza agli stranieri regolarmente soggiornanti, alla L. n. 354/1975 sul recupero dei detenuti, alla L. n. 381/1991 in materia di cooperative sociali. Le disposizioni di settore prevedono la possibilità di effettuare affidamenti ai soggetti del terzo settore in deroga all'applicazione del Codice dei Contratti, introducendo il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali, al fine di consentire agli organismi del privato sociale la piena espressione della propria progettualità.

[7] Il riferimento è all'allora vigente d. lgs. n. 163/2006.

come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", richiede, al contempo, "*l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*".
Ne discende, anche alla luce della libertà di associazione sancita dall'art. 18 della Costituzione, l'assoluta rilevanza degli enti del terzo settore, trattandosi di formazioni sociali con scopi di natura sociale e solidaristica.
Merita rilievo, sempre in via preliminare, il principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'art. 118, comma 4, della Cost. (nel testo novellato dalla L. cost. n. 3/2001), in base al quale le Amministrazioni territoriali favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli ed associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale.
Si ridefiniscono, in tal modo, i rapporti tra i cittadini (e le proprie formazioni sociali) e le Amministrazioni Pubbliche, in modo da valorizzare l'attività dei privati anche nella gestione di attività di interesse generale.
I cittadini, pertanto, lungi dal rimanere i meri destinatari delle attività e dei servizi pubblici, diventano soggetti attivi e dei quali avvalersi, semai, per stabilire rapporti di collaborazione.
Il perseguimento dei pubblici interessi, in tal modo, non è più una prerogativa esclusiva dei soggetti pubblici, coinvolgendo altresì l'attività dei privati al fine della migliore soddisfazione degli interessi della collettività.
La scelta di ricorrere al soggetto privato, tuttavia, soggiace ai principi di proporzionalità e ragionevolezza e si colloca in un'ottica di sussidiarietà, che consente al soggetto pubblico di intervenire ogni qualvolta l'attività del privato non soddisfi (tanto sotto il profilo quantitativo che qualitativo) le esigenze della collettività.
Il principio sopra enunciato, con particolare riguardo ai servizi sociali, rappresenta il fondamento giuridico per l'instaurazione dei rapporti tra la parte pubblica e quella privata in modo da alimentare una rete di interventi che coinvolga, in maniera diretta, tutti gli operatori del settore.
La disciplina costituzionale, peraltro, a seguito della novella introdotta con la L. cost. n. 3/2001, presenta una complessa separazione "a monte" tra le competenze legislative di Stato e Regioni: alle ultime compete l'organizzazione dei servizi sanitari e sociali; al primo la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale (cfr. art. 117, comma 2, lett. m, Cost.)[8].
Tracciato, seppur sinteticamente, il contesto costituzionale di riferimento, occorre evidenziare che l'esigenza di conferire organicità al settore si è tradotta

[8] Ai sensi dell'art. 5 della L. n. 328/2000 è previsto che: "*Le regioni, secondo quanto previsto dall'articolo 3, comma 4, e sulla base di un atto di indirizzo e coordinamento del Governo, ai sensi dell'articolo 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59 … adottano specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra enti locali e terzo settore, con particolare riferimento ai sistemi di affidamento dei servizi alla persona*" (art. 5). In senso conforme, il D.P.C.M. 30 marzo 2001 prescrive che: "*Le regioni adottano specifici indirizzi per regolamentare i rapporti tra comuni e soggetti del terzo settore nell'affidamento dei servizi alla persona di cui alla legge n. 328 del 2000 tenuto conto delle norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione*" (art. 6).

nell'emanazione della L. n. 328/2000, recante la disciplina sul sistema integrato di interventi e servizi sociali, nonché del relativo decreto attuativo (D.P.C.M. 30 marzo 2001).

In tale contesto, l'istituto della co-progettazione ha trovato la propria collocazione all'interno del D.P.C.M. 30 marzo 2001[9], in base al quale: "*Al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, valorizzando e coinvolgendo attivamente i soggetti del terzo settore, i comuni possono indire istruttorie pubbliche per la co-progettazione di interventi innovativi e sperimentali su cui i soggetti del terzo settore esprimono disponibilità a collaborare con il comune per la realizzazione degli obiettivi*" (art. 7).

L'istituto, rivolto ad interventi innovativi e sperimentali ed utilizzabile nel rispetto delle "*norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione*"[10], ha trovato, alle origini, un ambito di applicazione piuttosto circoscritto.

Senonché, ritenendo il terzo settore "*un'importante realtà nel Paese, sia sotto il profilo sociale, per la natura dei servizi svolti, che sotto il profilo occupazionale*", l'ANAC ha emanato apposite Linee Guida (n. 32 del 20/01/2016)[11].

Ivi si è precisato, in via preliminare, che gli strumenti in deroga al Codice dei contratti discendono da disposizioni che, in quanto di natura derogatoria, sono utilizzabili solo nei casi tassativamente prescritti, con esclusione di ogni forma di applicazione analogica o estensiva.

Inoltre, posto che l'erogazione dei servizi sociali comporta l'impiego di risorse pubbliche, occorre assicurare l'economicità, l'efficacia e la trasparenza dell'azione amministrativa, nonché la parità di trattamento tra gli operatori del settore.

Ma, prima di tutto, l'ANAC sottolinea l'importanza di un'adeguata programmazione.

Una corretta e puntuale programmazione, predisposta sulla scorta delle risorse disponibili, delle caratteristiche del territorio e delle esigenze della collettività (unite all'individuazione delle modalità realizzative), infatti, è in grado sia di soddisfare le esigenze di natura sociale che di evitare i pericoli di distorsione del mercato.

Tale attività deve avvenire in maniera unitaria, a livello di ambito territoriale, ed integrata in una logica di *governance* (ovvero, con il coinvolgimento degli attori della

[9] Recante l'atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328.

[10] Art. 6, comma 1, del D.P.C.M. 30/03/2001.

[11] L'intenzione dell'Autorità sull'Anticorruzione è quella di "*fornire indicazioni operative alle amministrazioni aggiudicatrici e agli operatori del settore, al fine di realizzare i predetti obiettivi nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale in materia di contratti pubblici e di prevenzione della corruzione, in particolare dei principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi nonché dei principi che ne derivano (parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza)*". Va inoltre evidenziato che, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti, l'ANAC ha chiarito che: "*… i principi affermati dall'Autorità nella delibera 32/2016, recante linee guida per l'affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali, possono ritenersi validi anche in vigenza del d.lgs. 50/2016, sebbene la predetta delibera sia stata adottata sotto il vigore del d.lgs. 163/2006*" (delibera n. 911 del 31/08/2016).

società civile), in ottemperanza all'obbligo di aggregazione della domanda *ex* art. 8, comma 3, lett. a, della L. n. 328/2000[12].
In tal modo, i Comuni associati negli ambiti territoriali (d'intesa con le ASL) definiscono i Piani di Zona dei servizi sociali e socio-sanitari, alla luce dei LIVEAS (*recte*: i livelli essenziali da assicurare) stabiliti dalla Regione.
Le PP.AA., infine, hanno l'onere di verificare (e valutare) annualmente lo stato di realizzazione delle azioni attivate, in termini di risultati raggiunti, così da poter apportare alla programmazione successiva le eventuali innovazioni.
Oltre all'aspetto programmatorio, le divisate Linee Guida fissano una serie di condizioni all'utilizzo delle procedure in deroga al d. lgs. n. 163/2006 (vigente *ratione temporis*), che possono riassumersi nel modo che segue:
- gli affidatari devono essere dotati dei requisiti di moralità *ex* art. 38 del d. lgs. n. 163/2006 (allora vigente, salvo specifiche deroghe, come per le coop. sociali di tipo B finalizzate al reinserimento di detenuti, per le quali non si applicano le incapacità derivanti da condanne penali e civili);
- occorre controllare l'osservanza, da parte degli organismi *no profit*, della L. n. 231/2000, nonché attivare idonee forme di controllo nei confronti dei soggetti (del terzo settore) che beneficiano di particolari procedure di affidamento;
- la "proroga tecnica" è consentita solo in ipotesi del tutto limitate, ed è escluso per fatti imputabili alla P.A. procedente;
- il contratto non può essere rinnovato tacitamente; è ammesso il rinnovo (con atto espresso e motivato) qualora tale facoltà sia contenuta in una clausola espressa, prevista *ab origine* negli atti indittivi e computata nel valore dell'affidamento;
- la "clausola sociale", connessa alla finalità di garantire i livelli occupazionali, incontra il limite della compatibilità con l'organizzazione dell'impresa subentrante;
- l'autorizzazione e l'accreditamento sono ammesse nei confronti di soggetti che hanno adottato una propria Carta dei Servizi;
- occorre applicare le prescrizioni in materia di trasparenza e di anticorruzione, nonché gli obblighi sulla tracciabilità dei flussi finanziari.
Particolari indicazioni operative, in aggiunta, sono dedicate alla co-progettazione, il cui procedimento viene articolato in quattro fasi:
- avvio della procedura mediante la pubblicazione di un Avviso corredato da un progetto di massima, nel quale il soggetto pubblico individua gli obiettivi degli interventi, definisce le aree di intervento, stabilisce la durata del progetto e ne individua le caratteristiche essenziali, in modo da orientare i concorrenti nella predisposizione di una proposta progettuale;

[12] Attraverso l'individuazione dell'unità minima di riferimento nell'ambito territoriale, anziché nel singolo Comune, tramite forme di concertazione tra gli EE.LL. interessati.

- ricezione dei "plichi" dei partecipanti (contenenti la documentazione amministrativa e le proposte progettuali), apertura e valutazione (applicando i criteri fissati dall'Avviso) delle proposte, controllo dei requisiti autodichiarati, individuazione del soggetto partner;
- fase di co-progettazione, con la possibilità di apportare variazioni al progetto presentato (dal partner privato);
- stipula della convenzione.

3. L'affidamento dei servizi sociali tra il nuovo Codice dei contratti pubblici ed il Codice del terzo settore

A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 e del d.lgs. n. 117/2017[13], la disciplina sull'affidamento dei servizi sociali ha subito significativi mutamenti.

Al riguardo, il nuovo Codice dei contratti pubblici (a differenza di quanto accadeva con l'abrogato d.lgs. n. 163/2006) dedica una specifica disciplina, con la chiara intenzione di applicare i principi e le procedure dell'evidenza pubblica ad un settore di indubbia rilevanza economica.

In particolare, dalle norme codicistiche emerge il seguente quadro normativo:

- la soglia di rilevanza comunitaria è di € 750.000 per i settori ordinari e di € 1.000.000 per i settori speciali (art. 35)[14];
- i contratti sono aggiudicati esclusivamente attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (art. 95);
- sono espressamente consentite le concessioni di servizi sociali (art. 169);
- in ordine ad alcuni profili e per alcune tipologie di servizi sociali, vi è una normativa speciale e derogatoria, connotata da un tendenziale "alleggerimento" della disciplina codicistica (cfr. art. 142, commi da 5-*bis* a 5-*nonies*, c.d.c.).

Seppur con le peculiarità sopra indicate, il d.lgs. n. 50/2016 consente, per gli affidamenti di valore inferiore alla soglia comunitaria, l'esperimento delle procedure di cui all'art. 36 c.d.c., con la possibilità, in alternativa a quelle "ordinarie" (*recte*: aperta o ristretta), di ricorrere alle procedure semplificate.

In quest'ultima ipotesi, viene in rilievo la possibilità di ricorrere, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, ad un affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici; per gli affidamenti compresi da 40.000 euro sino alla soglia comunitaria (a seguito della riforma di cui al D.L. n. 32/2019 convertito con modificazioni dalla L. n. 55/2019) all'affidamento diretto previa consultazione di almeno cinque operatori economici, individuati sulla base di indagini

[13] Recanti, rispettivamente, il Codice dei contratti pubblici ed il Codice del terzo settore.

[14] Sulla distinzione tra appalti del settore ordinario e quelli del settore speciale, in materia di servizi sociali, si rinvia all'allegato IX al d.lgs. n. 50/2016.

di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti [15].

L'art. 142 c.d.c., peraltro, dopo aver descritto le modalità di affidamento di tali servizi[16], riserva una particolare disciplina ai "*servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative*" (comma 5 *bis*)[17].

Per questi ultimi occorre assicurare "*la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti*" (comma 5 *ter*).

Inoltre, ai medesimi trovano applicazione: "*(…) le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65. Oltre a quanto previsto dai commi da 1 a 5-sexies, devono essere, altresì, applicate per l'aggiudicazione le disposizioni di cui agli articoli 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Gli appalti di servizi di cui al comma 5-bis, di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 (…) sono affidati nel rispetto di quanto previsto all'articolo 36*" (commi da 5-*sexies* a 5-*octies*)[18].

Giova evidenziare che le riportate disposizioni sono state introdotte dal d.lgs. n. 56/2017 (c.d. decreto "correttivo" al Codice dei contratti).

Tale novella, con ogni evidenza, dedica una particolare attenzione agli affidamenti dei servizi sociali ed alle esigenze di tutela ad essi sottesi[19], nella consapevolezza che la

---

[15] Per approfondimenti, si rinvia alle le Linee Guida ANAC n. 4, aggiornate ai sopravvenuti mutamenti normativi.

[16] Ivi è previsto che: "*Le stazioni appaltanti che intendono procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico per i servizi di cui all'allegato IX rendono nota tale intenzione con una delle seguenti modalità: a) mediante un bando di gara, che comprende le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera F, conformemente ai modelli di formulari di cui all'articolo 72; b) mediante un avviso di preinformazione, che viene pubblicato in maniera continua e contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I. L'avviso di preinformazione si riferisce specificamente ai tipi di servizi che saranno oggetto degli appalti da aggiudicare. Esso indica che gli appalti saranno aggiudicati senza successiva pubblicazione e invita gli operatori economici interessati a manifestare il proprio interesse per iscritto. Il comma 1 non si applica, allorché sia utilizzata per l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi una procedura negoziata senza previa pubblicazione in presenza dei presupposti previsti dall'articolo 63. Le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un appalto pubblico per i servizi di cui all'allegato IX rendono noto il risultato della procedura d'appalto mediante un avviso di aggiudicazione, che contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera H, conformemente ai modelli di formulari di cui all'articolo 72. Esse possono tuttavia raggruppare detti avvisi su base trimestrale. In tal caso, esse inviano gli avvisi raggruppati al più tardi trenta giorni dopo la fine di ogni trimestre. Per gli appalti di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35, i modelli di formulari di cui ai commi 1 e 3 del presente articolo sono stabiliti dalla Commissione europea mediante atti di esecuzione. Gli avvisi (…) sono pubblicati conformemente all'articolo 72*" (commi da 1 a 5).

[17] Trattasi si alcuni dei servizi rientranti nell'allegato IX al Codice dei contratti pubblici.

[18] Il successivo comma 5-*nonies* estende le disposizioni sopra evidenziate ai servizi di ristorazione di cui all'art. 144 c.d.c..

[19] Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle prestazioni rese a favore dei minori con gravi situazioni familiari, delle donne vittime di violenza, dei minori stranieri non accompagnati, dei migranti richiedenti asilo, dei soggetti non autosufficienti e sprovvisti di adeguato ausilio, dei soggetti diversamente abili.

libertà di concorrenza e l'economicità non sono gli unici interessi da proteggere, prospettandosi, a fronte di specifici bisogni della collettività, altresì la necessità di valorizzare la qualità e la continuità dei servizi.
Ma è anche vero che, diversamente ragionando, il totale sacrificio dei principi di concorrenza e *par condicio* porta con sé il pericolo di distorsione del mercato in un settore di non trascurabile rilevanza economica.
Merita particolare attenzione il parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo che ha introdotto le divisate novelle[20].
Il Supremo Consesso ha ivi evidenziato che il legislatore ha inteso distinguere, all'interno dei servizi sociali (di cui all'allegato IX al Codice dei contratti), due categorie: una per la quale resta ferma la scelta originaria del Codice; l'altra a cui si applica <<*un regime che non è né quello ordinario, né quello alleggerito europeo, ma "intermedio", attraverso la elencazione nominativa, nei commi 5-ter e seguenti, delle disposizioni, dettate per i settori ordinari, applicabili ai servizi sociali*>>.
L'effetto della nuova disciplina - osserva il Consiglio di Stato - è che alla seconda categoria dei servizi risultano inapplicabili rilevanti disposizioni "pro-concorrenziali", quali:
- la disciplina sui commissari di gara esterni (artt. 77 e 78)[21];
- la disciplina limitativa sulla procedura competitiva con negoziazione (art. 59);
- l'avvalimento (art. 89 c.d.c.)[22];
- le garanzie (artt. 93 e 103 c.d.c.)[23];
- la pubblicità dei bandi (artt. 71 e ss. c.d.c.);
- le informazioni da fornire ai candidati e offerenti (art. 76 c.d.c.);
- la verifica delle offerte anomale (art. 97 c.d.c.)[24];

---

[20] Parere n. 782/2018 - Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017 – numero affare 432/2017.

[21] Al riguardo, l'art. 216, comma 12, c.d.c., sancisce che: "*Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante*".

[22] Al riguardo, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che: "*(…) la figura dell'avvalimento ha incontrato il favor del legislatore, dapprima a livello comunitario (ai sensi degli artt. 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE) poi nazionale, costituendo uno strumento per consentire ai concorrenti, che non dispongano dei requisiti richiesti (nella specie, di capacità economica-finanziario e tecnica-professionale), di partecipare alle gare di appalto, nell'ottica di assicurare la massima concorrenza. Proprio in ragione della sua ampia portata, l'avvalimento è considerato istituto con un ambito applicativo generale (…) e, in quanto tale, non tollera interpretazioni limitative volte a restringerne l'applicabilità, ad eccezione dei requisiti soggettivi inerenti alla moralità e all'onorabilità professionale a tutela della serietà ed affidabilità degli offerenti*" (da ultimo, TAR Napoli, sez. V, 12/02/2019, n. 776).

[23] In merito giova porre in evidenza la delibera ANAC n. 140 del 27/02/2019, in cui viene chiarito che: "*(…) nei casi di contratti di importo inferiore a 40.000 euro assegnati mediante procedure diverse dall'affidamento diretto, le stazioni appaltanti sono tenute a richiedere la garanzia provvisoria di cui all'articolo 93, comma 1, ultimo periodo e la garanzia definitiva di cui all'articolo 103, comma 11, del Codice dei contratti pubblici*".

[24] Secondo la costante giurisprudenza, il giudizio finalizzato alla verifica dell'attendibilità e della serietà dell'offerta presenta "*(…) natura globale e sintetica, dovendo risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti dell'offerta, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse comporta l'inaffidabilità complessiva dell'offerta. Il*

- la disciplina sul subappalto (art. 105 c.d.c.)[25];
- tutta la disciplina concernente la fase di esecuzione del contratto.

Alla luce di tali osservazioni, il Consiglio di Stato ha invitato il Governo a "*valutare la espunzione dei commi da 5-bis a 5-novies*", per la ragione che le stesse "*limitano la concorrenza in un vasto settore degli appalti pubblici. In subordine, andrebbe quanto meno espunto il comma 5-novies, che estende il regime derogatorio ai servizi di mensa e ristorazione e al servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto*".

L'invito, con ogni evidenza, non è stato accolto[26].

Il Codice dei Contratti pubblici, pertanto, con riguardo ai servizi sociali detta una normativa specifica e, per una parte di essi, "alleggerita", anche se, come sostenuto da accorta dottrina[27], i continui rimandi e rinvii normativi che sono ivi previsti provocano – al contrario – un appesantimento dell'intera disciplina.

Dal canto suo, anche il Codice del terzo settore interviene in materia dettando specifiche disposizioni normative.

Valga premettere che con il d.lgs. n. 117/2017 si è cercato di porre ordine alla complessa legislazione di settore, riorganizzandola secondo criteri uniformi. Alcuni Autori[28], tuttavia, evidenziano come il Codice non sia esaustivo né autosufficiente, posto che sopravvivono tutta una serie di leggi speciali (cui espressamente il Codice rinvia), oltre alle disposizioni del Codice Civile relativa alle persone giuridiche.

Per quanto di interesse nella presente sede, viene in rilievo l'art. 55 c.t.s., in base al quale, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione (a livello territoriale) degli interventi, le Amministrazioni assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore[29] attraverso forme di co-programmazione e co-

---

giudizio sull'anomalia dell'offerta costituisce espressione di una valutazione tecnica riservata all'Amministrazione ed è dunque insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza, non ravvisabili nel caso concreto" (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 27/02/2019, n. 1387).

[25] Si è chiarito che, in materia di appalti pubblici, la regola generale è quella dell'esecuzione diretta dell'appalto, mentre il ricorso a terzi rimane comunque eccezionale e consentito nelle forme del subappalto ammesso dalla legge o in altre forme prescritte anch'esse dalla legge (in termini, TAR Lecce, sez. II, 14/02/2019, n. 250).

[26] Per completezza espositiva, si segnala che il successivo art. 143 c.d.c. consente alle stazioni appaltanti di riservare, ai soggetti del terzo settore in possesso di particolari requisiti (individuati dalla stessa norma), appalti pubblici per i servizi sanitari, sociali e culturali. Trattasi dei servizi rientranti nell'allegato IX ed identificati con i codici CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, da 85000000-9 a 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8.

[27] Luca Mazzeo, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime - non troppo - alleggerito frutto di una complicata semplificazione*, Urbanistica e appalti, 2016, 8-9, 1001.

[28] Matteo Ceolin, *Il c.d. codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un'occasione mancata?*, Nuove Leggi Civ. Comm., 2018.

[29] Ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 117/2017, sono enti del terzo settore: "*… le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o*

progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241 (comma 1).

I successivi commi, in attuazione delle finalità sopra evidenziate, introducono gli istituti della co-programmazione e della co-progettazione.

La co-programmazione risulta finalizzata "*(…) all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili*" (co. 2); la co-progettazione, dal canto suo, è volta alla "*(…) definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione (…)*" (co. 3)[30].

L'art. 56 c.t.s., inoltre, è dedicato alle convenzioni che le Amministrazioni possono stipulare con alcune tipologie di enti del terzo settore (*recte*: le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale) al fine di "*svolgere in favore di terzi attività o servizi sociali di interesse generale*", purché risultino "*più favorevol[i] rispetto al ricorso al mercato*"[31].

Il successivo art. 57 c.t.s., infine, si rivolge al "*servizio di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza*", che può essere affidato in convenzione alle organizzazioni di volontariato accreditate[32].

---

di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore".

[30] La co-progettazione è altresì oggetto del quarto comma, in cui si precisa che: "*(…) l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner*".

[31] Esse, peraltro, possono "*prevedere esclusivamente il rimborso (…) delle spese effettivamente sostenute e documentate*", mentre il comma terzo reca disposizioni di carattere procedurale ed individua i requisiti che le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale debbono avere per poter stipulare una convenzione.

[32] Al fine di una più puntuale trattazione degli istituti sopra citati, si consideri la Relazione Illustrativa allo schema di decreto legislativo contenente il Codice del terzo settore, in cui è espressamente previsto (a pag. 18 e 19) che: "*(…) la coprogettazione viene individuata dal legislatore come strumento ordinario di esercizio dell'azione amministrativa, non più limitato ad interventi innovativi e sperimentali, attraverso il quale si realizzano forme di collaborazione pubblico/privato. L'individuazione degli enti del Terzo settore da coinvolgere nel partenariato dovrà avvenire attraverso procedimenti ex articolo 12 della legge n. 241/1990, rispettosi dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento. Centrale sarà il ruolo dell'amministrazione procedente alla quale compete (…) la predeterminazione degli obiettivi generali e specifici del progetto, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso, nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner. Una volta individuato l'ente o gli enti partner, lo sviluppo dell'attività vera e propria di co-progettazione non potrà riguardare aspetti caratterizzanti del progetto ma esclusivamente modalità attuative e non potrà produrre modifiche al progetto tali che, se originariamente previste, avrebbero potuto determinare una diversa individuazione del partner. L'articolo 56 contiene la disciplina delle convenzioni che le amministrazioni pubbliche (…) possono sottoscrivere sia con le associazioni di promozione sociale che con le organizzazioni di volontariato (…). La convenzione è lo strumento giuridico mediante il quale il soggetto pubblico riconosce in capo all'ente del Terzo settore rientrante in una delle due tipologie sopra indicate i requisiti necessari per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, mette a disposizione di tale soggetto le risorse necessarie per il perseguimento degli obiettivi predefiniti, controlla, verifica e valuta la conformità dell'operato dell'ente alle prescrizioni convenzionali (…). L'articolo 57 detta una disciplina speciale per quanto concerne i servizi di trasporto sanitario di emergenza urgenza: in ragione della peculiarità del servizio (…) si prevede che detti servizi possano costituire oggetto, in via prioritaria, di*

Ne discende, rispetto alla previgente disciplina, un ampliamento delle modalità con cui gli enti del terzo settore possono instaurare rapporti giuridici con l'Amministrazione pubblica.
Con riguardo alla co-progettazione, per un verso, scompare il richiamo alle "*norme nazionali e comunitarie che disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione*", e, al contempo, la sua utilizzazione non risulta più limitata a "*interventi innovativi e sperimentali*".
L'accreditamento, per altro verso, impone l'osservanza di alcuni principi di massima (*recte*: trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento), senza alcun riferimento al Codice dei contratti pubblici.

4. Il parere reso dal Consiglio di Stato (Adunanza della Commissione speciale del 26 luglio 2018 – numero affare 1382/2018)
Nell'intenzione di aggiornare le Linee Guida del 2016 alla luce delle novità normative sopra esaminate, l'ANAC ha rivolto al Consiglio di Stato un'apposita richiesta di parere.
In tale sede, il Supremo Consesso ha rilevato, in via preliminare, che il Codice dei contratti pubblici costituisce il recepimento di una specifica normativa europea e, per tale ragione, risulta doverosa un'interpretazione conforme (del primo) a quest'ultima.
A tal uopo, risulta necessario tener conto che:
- la nozione di impresa, nel diritto europeo, ha una portata più ampia rispetto a quella del legislatore nazionale[33], giacché prescinde dalla veste giuridica e dai caratteri strutturali del soggetto, comprendendo ogni iniziativa relativa alla realizzazione di beni, all'esecuzione di lavori o alla prestazione di servizi contendibili sul mercato;
- il concetto europeo di appalto è sensibilmente più ampio di quello nazionale[34], riferendosi ai "*contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi*" (cfr. art. 3, lett. ii, c.d.c.);
- la disciplina europea degli appalti viene in rilievo solo per gli affidamenti onerosi, posto che lo svolgimento di un servizio in assenza di corrispettivo non pone problemi

affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, in presenza di specifici requisiti e condizioni. Sotto il profilo soggettivo, la norma prevede un rafforzamento dell'affidabilità, prescrivendo oltre al requisito dell'iscrizione da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, l'adesione ad una rete associativa. Inoltre (…), l'affidamento diretto dei servizi in parola deve contribuire effettivamente al raggiungimento delle finalità sociali, sia diretto al soddisfacimento di finalità solidaristiche, e costituisca una scelta tutoria dell'economicità dell'azione amministrativa, più specificamente, di efficienza del bilancio. Inoltre i servizi devono essere effettuati solo a rimborso delle spese effettivamente sostenute, non potendo le organizzazioni affidatarie trarre alcun profitto dal servizio (…)".

[33] Ai sensi dell'art. 2082 c.c., è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

[34] Ai sensi dell'art. 1655 c.c., l'appalto è "*il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro*".

di distorsione della concorrenza, risolvendosi in un fenomeno non economico, ossia strutturalmente al di fuori delle logiche di mercato[35].

Partendo da tali presupposti, il Consiglio di Stato è giunto alle seguenti conclusioni:

- le procedure di affidamento dei servizi sociali contemplate nel Codice del terzo settore (in particolare: accreditamento, co-progettazione e partenariato) sono estranee al Codice dei contratti pubblici ove prive di carattere selettivo, ove non tese all'affidamento del servizio, o se il servizio sia svolto in forma integralmente gratuita;
- le medesime procedure sono, viceversa, soggette al Codice dei contratti pubblici ove il servizio venga svolto dall'affidatario in forma onerosa, ricorrente in presenza anche di meri rimborsi spese forfettari e/o estesi a coprire in tutto od in parte il costo dei fattori di produzione; l'Amministrazione, inoltre, ha l'obbligo di motivare il ricorso a tali modalità di affidamento, le quali, in quanto riservate ai soli enti *non profit*, privano le imprese *profit* della possibilità di rendersi affidatarie del servizio[36].

Ne discende che, fatta eccezione per i casi sopra delineati, le procedure previste dal Codice del terzo settore configurano appalti di servizi sociali e, in quanto tali, sono sottoposte alla disciplina del Codice dei contratti pubblici.

Non solo: in considerazione della primazia del diritto dell'UE sulle disposizioni nazionali, la disciplina del Codice dei contratti prevale sulle difformi previsioni del Codice del terzo settore, ove queste ultime non possano essere interpretate in conformità al diritto comunitario[37].

Il Supremo Consesso, peraltro, ha evidenziato che l'applicazione del Codice dei contratti è integrale ed attiene a tutti gli istituti ivi previsti.

Tuttavia, le esigenze di tutela sottese all'affidamento dei servizi sociali non rimangono sprovviste di particolare protezione: la normativa nazionale, con l'introduzione

---

[35] Quanto al concetto di onerosità il Consiglio di Stato ha precisato che: <<*… solo il rimborso spese a pié di lista che, in particolare, escluda la remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprenda unicamente le documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente, consente di affermare la gratuità della prestazione del servizio e, dunque, di postulare la estraneità all'ambito del Codice dei contratti pubblici. E', in special modo, necessario che sia acclarata l'assenza di qualunque remunerazione a carico del soggetto pubblico affidante, quale che ne sia la formale denominazione e qualunque sia il meccanismo economico o contabile anche indiretto, al personale volontario o dipendente e direttivo dell'ente e, altresì, che non ricorrano forme di forfetizzazione dei rimborsi né di finanziamento a fondo perduto, né di finanziamento, acquisto o contributo in conto capitale. Solo la sicura esclusione di ogni possibile ripianamento con risorse pubbliche del costo dei fattori produttivi utilizzati dall'ente e l'assenza di alcuna forma di incremento patrimoniale anche se finalizzato al servizio stesso dimostrano, infatti, l'oggettiva assenza dell'economicità e, dunque, determinano l'ascrizione del servizio entro la categoria dei servizi non economici di interesse generale, con conseguente fuoriuscita dall'ambito oggettuale del Codice dei contratti pubblici*>>.

[36] L'Amministrazione dovrà, in particolare, evidenziare la maggiore idoneità di tali procedure a soddisfare i bisogni *latu sensu* sociali ricorrenti nel caso concreto, tenendo conto dei principi di adeguatezza, proporzionalità ed efficacia ed in comparazione con gli esiti che verosimilmente produrrebbe l'alternativa del ricorso al mercato.

[37] Troverà applicazione, in caso di contrasto, il meccanismo della disapplicazione normativa, che costituisce un dovere tanto per il Giudice quanto per le Amministrazioni.

dell'art. 142, commi da 5 *bis* a 5 *nonies*, del d.lgs. n. 50/2016, vi ha riservato un regime "alleggerito"[38].

Al riguardo, tuttavia, il Consiglio di Stato non ha fatto a meno di richiamare le "*(…) considerazioni critiche svolte dal Consiglio nel parere n. 782 del 30 marzo 2017, formulato proprio in relazione allo schema di decreto correttivo*"[39].

A fronte del quadro ermeneutico sopra riportato, parte della dottrina[40] evidenzia come non sia stato chiarito il modo in cui gli istituti del Codice del terzo settore possono trovare una legittima applicazione per dar corpo a pratiche di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, quarto comma, della Costituzione.

Del resto, è il medesimo Giudice di appello ad aver riconosciuto, pochi mesi prima all'emanazione della sopra esaminata statuizione, l'importanza del sopra citato principio, rilevando che: <<*Al tradizionale modello solidaristico va progressivamente affiancandosi un nuovo modello di "cittadinanza attiva", già patrimonio della lunga storia della democrazia in Europa e nei Paesi anglosassoni ma non estraneo alla storia Italiana, dai Comuni alle Repubbliche marinare, dalle Società di mutuo soccorso alle Cooperative di lavoro, dalle Signorie alle attuali "Misericordie" che affiancano i servizi sociali comunali. Tale nuovo modello è caratterizzato, alla stregua delle previsioni degli artt. 1, 2 e 118 della Costituzione, dalla spontanea cooperazione dei cittadini con le Istituzioni pubbliche mediante la partecipazione alle decisioni e alle azioni che riguardano la cura dei beni comuni, anziché dei pur rispettabili interessi privati, e che quindi cospirano alla realizzazione dell'interesse generale della società assumendo a propria volta una valenza pubblicistica, nella consapevolezza che la partecipazione attiva dei cittadini alla vita collettiva può concorrere a migliorare la capacità delle istituzioni di dare risposte più efficaci ai bisogni delle persone e alla soddisfazione dei diritti sociali che la Costituzione riconosce e garantisce*>> (Cons. Stato, sez. III, 06/03/2019, n. 1546).

5. La co-progettazione: profili procedimentali e problematiche applicative

Come già sopra evidenziato, la co-progettazione consente alla parte pubblica di essere coadiuvata dai soggetti del terzo settore nella ricerca delle soluzioni più idonee al fine di soddisfare le necessità dei consociati.

---

[38] Nel dettaglio, il Consiglio di Stato ha evidenziato che: <<*(…) il d.lgs. n. 56 del 2017, recante il decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, ha novellato l'art. 142, delineando un regime cosiddetto "alleggerito" per alcuni dei servizi elencati nell'allegato IX del Codice stesso: pertanto, per i servizi indicati al comma 5-bis dell'art. 142 ("servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative") si applica il regime "alleggerito" contemplato nei successivi commi da 5-ter a 5-nonies, mentre per i restanti servizi dell'allegato IX non enucleati al comma 5-bis l'applicazione del Codice è integrale e si estende a tutti gli istituti da esso previsti*>>.

[39] Con riguardo a tale aspetto, si rinvia alle considerazioni svolte al cap. III. Si fa presente che il Consiglio di Stato ha altresì dedicato un particolare approfondimento alle convenzioni, che nel presente lavoro non saranno trattate.

[40] L. GALLO, *Primo commento alla sentenza 6 marzo 2019, n. 1546 della Terza sezione del Consiglio di Stato. Una rondine non fa primavera, ma prima o poi dovrà pur venire*, 19/03/2019, disponibile sul sito www.welforum.it.

L'istituto va distinto dalla co-programmazione, la quale, diversamente, è rivolta all'individuazione (da parte della P.A.) dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili, collocandosi in un momento necessariamente anteriore al primo.
Si è anche detto che la nuova formulazione normativa (*recte*: art. 55 d.lgs. n. 117/2017), rispetto alla precedente (*recte*: art. 7 del D.P.C.M. del 30/03/2001), conferisce all'istituto carattere generale ampliandone, inevitabilmente, la portata.
Di seguito si cercherà di delineare, seppur in maniera sintetica, i profili procedimentali dell'istituto[41], anche sulla scorta delle esperienze di realtà locali che hanno optato per l'utilizzo di tale strumento[42].
Ebbene, in vista dell'attivazione della procedura, l'Amministrazione, in attuazione di quanto programmato, emana una propedeutica determina a contrarre, nella quale, oltre agli elementi dell'art. 192 del d.lgs. n. 267/2000[43] ed alle necessarie rilevazioni contabili, estrinseca la volontà di avvalersi della co-progettazione[44].
Posto che la procedura si rivolge ai soli operatori del terzo settore, il provvedimento deve contenere una congrua motivazione da cui emergano le ragioni di tale scelta ed i vantaggi che si conseguono rispetto all'esperimento di una procedura di gara, da individuarsi nel miglior soddisfacimento delle esigenze sociali del territorio[45].
Ne consegue la pubblicazione di un Avviso recante, tra le altre cose, i requisiti per partecipare alla procedura ed i criteri per valutare le proposte (progettuale ed economica) dei partecipanti[46].
L'Avviso pubblico è corredato da un documento di massima, recante l'oggetto dell'affidamento, il budget di progetto che la parte pubblica mette a disposizione e, a fronte di questo, i servizi minimi che si intendono assicurare alla collettività[47].

---

[41] Le riflessioni che seguono riguardano i soli affidamenti con natura selettiva ed onerosa.

[42] Il riferimento è particolarmente rivolto alle procedure adottate dal Comune di Latina in qualità di Ente capofila del Distretto socio-sanitario Latina 2.

[43] L'art. 192, comma 1, del TUEL stabilisce che: "*La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti (…) e le ragioni che ne sono alla base*".

[44] Con il Comunicato del Presidente dell'ANAC del 21 novembre 2018, è stato chiarito che: <<*(…) il CIG deve essere acquisito in tutti i casi in cui la procedura di co-progettazione abbia carattere selettivo e tenda a individuare un partner che, oltre a fornire un contributo in fase progettuale, sia poi chiamato a gestire un servizio sociale dietro corrispettivo. Diversamente, nei casi in cui la procedura di co-progettazione sia estranea all'applicazione del codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti non devono procedere all'acquisizione del CIG. (…) Per le procedure di co-progettazione finalizzate al successivo affidamento di servizi sociali di cui all'allegato IX, di importo inferiore a 40.000 euro, le stazioni appaltanti possono procedere all'acquisizione dello Smart-CIG*>>.

[45] Sull'onere motivazionale si veda *sub* nota 36.

[46] La giurisprudenza ha chiarito che la valutazione delle offerte è dotata di sufficiente motivazione anche attraverso la sola assegnazione dei punteggi, purché il bando contenga "a monte" criteri di valutazione sufficientemente dettagliati che consentano di risalire con immediatezza dalla ponderazione numerica alla valutazione ad essa sottesa (in termini, Cons. Stato, sez. V, 27/12/2018, n. 7250).

A fronte di ciò, l'operatore economico, unitamente alla documentazione amministrativa, ha l'onere di presentare (in un unico plico chiuso e sigillato) una proposta progettuale, in cui vengono indicate le modalità di espletamento del servizio (nel rispetto delle indicazioni del documento di massima), nonché una proposta economica, recante i "miglioramenti" del servizio rispetto ai minimi fissati dalla P.A.[48].
Decorso il termine per presentare le proposte, si procede alla nomina di una Commissione tecnica, i cui componenti sono selezionati tra soggetti dotati di specifica professionalità (da valutarsi in relazione all'oggetto dell'affidamento)[49].
Segue l'apertura della documentazione amministrativa, con la possibilità, nel caso di carenze dichiarative, di consentire la regolarizzazione postuma attraverso l'istituto del soccorso istruttorio (*ex* art. 83, comma 9, c.d.c.)[50].

---

[47] In tale sede, risulta ragionevole che venga anche valutata l'incidenza del costo del personale e la necessità di introdurre la clausola sociale, nell'ipotesi in cui il costo del personale è pari a più della metà del valore dell'affidamento (*ex* art. 50 c.d.c.). In tal caso, alla stregua di quanto prescritto dalla Linee Guida ANAC n. 13/2019, sarà onere del partecipante allegare un progetto di assorbimento, volto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico). Al riguardo, appare opportuno sottolineare come, nelle gare pubbliche, i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali "*(…) costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima di per sé un giudizio di anomalia o di incongruità, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata*" (Cons. Stato, sez. V, 26/11/2018, n. 6689).

[48] Tali miglioramenti possono consistere in denaro, in ulteriore apporto di personale o di strumentazione, purché adeguatamente quantificati nel loro valore ed attinenti all'oggetto dell'affidamento.

[49] Sulla valutazione delle offerte da parte della Commissione di gara, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere si tratti di un'attività ampiamente discrezionale, che, in quanto tale, è sottratta al sindacato giurisdizionale ove non appaia illogica o non emergano palesi profili di erroneità (in termini, TAR Bari, sez. I, 13/04/2018, n. 560). Quanto ai criteri di scelta dei Commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio, si rinvia alle Linee Guida ANAC n. 5 (approvate con delibera n. 1190/2016 ed aggiornate al d.lgs. n. 56/2017), nonché al prevalente indirizzo pretorio, in base al quale: "*Non è (…) necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea*" (Cons. Stato, sez. V, 18/06/2018, n. 3721).

[50] Al riguardo, merita attenzione l'indirizzo ermeneutico in virtù del quale: "*La disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario. In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedimentali facilmente emendabili. (…) la scelta sostanzialistica del legislatore, diretta ad impedire l'esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione (non essendone avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo, fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento*" (Cons. Stato, sez. III, 02/03/2017, n. 976).

Di seguito, si provvede all'apertura ed alla valutazione della proposta progettuale (con assegnazione dei punteggi), sulla scorta dei criteri fissati all'interno dell'Avviso, per poi passare all'esame ed alla valutazione del progetto economico.
Assegnati i punteggi e pubblicata la conseguenziale graduatoria, si individua il partner con cui avviare la procedura di co-progettazione.
Nelle more della definizione della procedura di "negoziazione" e della stipula della convenzione, non vi sembrano sussistere ragioni per escludere la possibilità di autorizzare, qualora sussistano le condizioni individuate dal Codice dei Contratti (cfr. art. 32, comma 8, ultimo cpv., c.d.c.)[51], l'esecuzione del servizio in via d'urgenza.
Si procede, di seguito, alla nomina dei componenti del tavolo di co-progettazione.
E' in questa sede che si svolge la fase di "negoziazione", il momento in cui il soggetto pubblico e gli operatori privati si incontrano e si confrontano al fine di addivenire alla migliore soluzione possibile per il soddisfacimento delle esigenze del territorio.
Nel silenzio della legge, è giusto ritenere che non tutto possa essere oggetto di negoziazione e/o di modifica, posto che lo stravolgimento degli elementi minimi prescritti dal documento di massima, su cui si è sviluppato il confronto competitivo, provocherebbe una modifica sostanziale della procedura, con conseguenziale lesione dei principi di trasparenza, parità di trattamento e libertà di concorrenza[52].
Raggiunti i necessari accordi, infine, si procede alla stipula del contratto (con forma scritta *ad substantiam*)[53], con il quale, alla luce della proposta progettuale ed economica del partner selezionato, nonché degli incontri di co-progettazione, si definiscono gli ulteriori dettagli del rapporto (che sarà regolato, altresì, dalle disposizioni del Codice Civile).

[51] In virtù di tale norma, l'esecuzione della prestazione in via d'urgenza è consentita nel caso di "*eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che é destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari*".

[52] Del resto, dalla Relazione Illustrativa al decreto legislativo recante l'introduzione del Codice del terzo settore, emerge (a pag. 18) che: "*Una volta individuato l'ente o gli enti partner, lo sviluppo dell'attività vera e propria di co-progettazione non potrà riguardare aspetti caratterizzanti del progetto ma esclusivamente modalità attuative e non potrà produrre modifiche al progetto tali che, se originariamente previste, avrebbero potuto determinare una diversa individuazione del partner*".

[53] Quanto alla forma del contratto, viene in rilievo l'art. 32, comma 14, c.d.c., in base al quale quest'ultimo deve essere stipulato, a pena di nullità, con 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. Nel caso di procedura negoziata, ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro, il contratto può stipularsi mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio (consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri).

Secondo alcuni Autori[54], più che di un contratto pubblico (del quale presenta il carattere della patrimonialità) trattasi di un accordo procedimentale che si distingue da un appalto/concessione di servizi a fronte del fatto che il partner privato partecipa attivamente alla co-progettazione, mettendo a disposizione risorse aggiuntive, quali beni immobili, attrezzature, risorse umane, capacità) del soggetto candidato di reperire contributi e/o finanziamenti da parte di enti non pubblici.

Tracciati, seppur in via sintetica e non esaustiva, i contorni del procedimento, giova evidenziare che residuano numerosi dubbi applicativi.

Si fa riferimento, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, al ruolo del RUP nella fase di co-progettazione, all'obbligo del ricorso al MePA nonché al futuro Albo unico dei commissari di gara[55], alla compatibilità tra la carica di componente della commissione giudicatrice e di membro del tavolo di co-progettazione, all'applicabilità dei criteri di anomalia dell'offerta, alla definizione degli spazi di "negoziabilità" rispetto a quanto prescritto dagli atti indittivi, al rito applicabile (ordinario o speciale) in sede di impugnazione degli atti lesivi, all'erogazione degli incentivi *ex* art. 113 c.d.c., all'applicabilità della disciplina sulla fase esecutiva del contratto di cui al d.lgs. n. 50/2016.

Soprattutto, resta da chiarire il rapporto con la procedura "alleggerita" dell'art. 142, commi da 2-*bis* a 2-*nonies* c.d.c., e, con essa, la possibilità di derogare ai principi di economicità e rotazione, in modo da garantire "*(…) la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti*" (art. 142, co. 5-*ter*, c.d.c.)[56].

Dubbi che possono essere risolti solamente attraverso una regolamentazione chiara, organica ed esaustiva della materia.

6. Conclusioni

[54] Luigi Gili, *Il Codice del Terzo Settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, Urbanistica e Appalti, n. 1/2018, p. 5, disponibile al link: https://www.ordineavvocatitorino.it/sites/default/files/articolo-relazione%20Gili%20rapporti%20con%20PA.pdf.

[55] Sulla compatibilità a rivestire tala carica, è da segnalare l'orientamento in base al quale: <<*ai sensi dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura"; è evidente che non sussiste una generale incompatibilità tra le due figure di RUP e commissario, ma deve di volta in volta aversi riguardo alla singola gara*>> (TAR Roma, sez. II, 22/02/2019, n. 2420).

[56] Al riguardo, si segnala l'orientamento in base al quale: "*(…) la procedura di gara avente ad oggetto servizi sociali è soggetta a quanto previso dall'art. 36 D.Lgs. 50/2016 e, quindi, esclusivamente al rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché' del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese, Soltanto per gli appalti superiore alle soglie di cui all'articolo 35, il comma 5-septies del citato art. 142 prevede espressamente l'applicazione anche di altre disposizioni tra cui (…) quella di cui all'art. 95 comma 10, inerente la necessaria indicazione degli oneri di sicurezza*". (TAR Catanzaro, sez. I, 30/07/2018, n. 1460).

Il quadro normativo ed interpretativo sopra esposto, specie con riferimento agli istituti previsti dal Codice del terzo settore, appare di non facile applicazione concreta.
Come sopra evidenziato, il Consiglio di Stato, nel rendere il parere richiesto dall'ANAC, per un verso, tiene conto dei principi dell'ordinamento europeo e, per altro verso, evidenzia che la disciplina nazionale riserva all'affidamento dei servizi sociali una specifica regolazione.
Del resto, una lettura costituzionalmente orientata degli istituti in argomento ci conduce, tutte le volte in cui occorre far fronte alle emergenze di carattere sociale, traducibili nelle situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona incontra nel corso della propria vita, ad assicurare "*la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti (…)*" (cfr. art. 142, comma 5-*ter*, c.d.c.)[57].
E' anche vero, a ben vedere, che le necessità connesse ai bisogni della persona non possono tradursi nel totale annichilimento dei principi volti alla tutela della concorrenza e del mercato, al fine di evitare di introdurre comodi *escamotage* che se, da un lato, conducono ad un "alleggerimento" della disciplina, dall'altro, rischiano di cagionare evidenti distorsioni del mercato, in un settore - di certo - non secondario sotto il profilo del valore economico e degli investimenti pubblici.
Rischio che, ad ogni buon conto, potrebbe essere limitato "a monte" attraverso un'attenta programmazione degli interventi, in modo da tener conto delle risorse disponibili, delle caratteristiche del territorio e delle esigenze della collettività di riferimento, ed a condurre, "a valle", alla scelta dello strumento più adeguato per soddisfare le esigenze della collettività di riferimento.
E' in quella sede, poi, che si andrebbe a motivare l'opzione di non ricorrere alle procedure di gara qualora gli istituti del Codice del terzo settore risultino maggiormente adatti a soddisfare i riscontrati bisogni o, comunque, più vantaggiosi.
Senza dimenticare che, in omaggio alle coordinate ermeneutiche tracciate dal Consiglio di Stato, una volta selezionati gli strumenti dal Codice del terzo settore, occorre applicare *in toto* gli istituti del Codice dei contratti pubblici.
Ne discende che, se, per un verso, risulta rischioso sacrificare totalmente i principi e le procedure che assicurano tutela al mercato e alla concorrenza, d'altro canto, non appare opportuno appiattire gli istituti in esame all'appalto/concessione.

[57] Evidentemente, è solo ragionando in questo modo che risulta possibile perseguire gli obiettivi della L. n. 328/2000, volti ad "*… assicura[re] alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove[re] interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina[re] o ridu[rre] le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione*" (cfr. art. 1, comma 1).

La rigida ed eccessiva applicazione del Codice dei contratti, infatti, rischia di vanificare le intenzioni del legislatore nazionale[58], il quale, se ha inteso introdurre particolari strumenti e procedure, evidentemente intende rafforzare il dialogo tra la parte pubblica e quella privata e, così facendo, alimentare una "rete" di interventi che coinvolga, in maniera diretta, tutti gli operatori.

Al contempo, la medesima tendenza rischierebbe di ridurre eccessivamente gli spazi per l'utilizzo degli strumenti di sussidiarietà orizzontale, contrariamente a quanto emerge dalle sopra esaminate disposizioni costituzionali, che puntano ad una partecipazione attiva dei soggetti privati, tanto sotto il profilo della programmazione quanto della progettazione-esecuzione, al fine di sviluppare interventi più incisivi e vicini alle esigenze delle persone.

Non sono mancati, infatti, approcci critici nei confronti dell'orientamento del Consiglio di Stato e nella propria visione "mercantilistica" della materia, unita alla necessità di riservare, al terzo settore, un regime differenziato[59].

In ogni caso, per un concreto e consapevole utilizzo della co-progettazione risulta necessario chiarire alcuni aspetti.

Anzitutto, occorre definire con precisione il "cosa" ed il "come" è possibile negoziare con il partner selezionato.

Evidentemente, come già sopra evidenziato, tale attività sarà volta ad individuare le modalità attuative delle prestazioni, in modo da specificare il contenuto delle proposte progettuali (tecnica ed economica) del partner, escludendo la possibilità di apportare modifiche sostanziali agli elementi minimi individuati dagli atti indittivi (su cui si è sviluppato il confronto competitivo).

Inoltre, appare opportuno definire il rapporto con l'art. 142 del Codice dei contratti.

Se davvero è stata introdotta una procedura di affidamento "alleggerita" per i servizi sociali elencati dall'art. 142, comma 5-*bis*, c.d.c., allora si può ragionevolmente ritenere che lo stesso regime possa trovare altresì applicazione per gli istituti del Codice del terzo settore, qualora si rivolgano ai medesimi servizi (posto che, in base all'orientamento del Consiglio di Stato, gli istituti del Codice dei contratti vanno applicati *in toto*).

Nel caso di esperimento delle procedure semplificate *ex* art. 36 c.d.c., poi, occorre definire il rapporto con i principi di economicità e di rotazione[60], e specificare le circostanze che consentono alle esigenze sociali di prevalere su questi ultimi.

---

[58] L'art. 5, comma 2, della L. n. 328/2000 prevede che: "*Ai fini dell'affidamento dei servizi (…) gli enti pubblici (…) promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonché il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale*".

[59] S. TIRELLI, *Servizi sociali e codice dei contratti pubblici*, 2019, disponibile al link: https://www.diritto.it/servizi-sociali-e-codice-dei-contratti-pubblici/.

Di certo, nel contemperamento degli opposti interessi, a fronte di una situazione di grave emergenza o di imminente bisogno che attiene la persona, le esigenze legate al mero risparmio di spesa potrebbero risultare recessive.

Con riguardo alla rotazione, peraltro, occorre evidenziare (sulla scorta di quanto emerge dalle Linee Guida ANAC n. 4) che tale principio non è di certo insuperabile, essendo già possibile l'affidamento (o il reinvito) al contraente uscente in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata assenza di alternative, nonché tenuto conto del grado di soddisfazione maturato nel precedente rapporto (*recte*: esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto[61].

Soluzioni, a tutto concedere, che dovranno emergere dalla motivazione del provvedimento, costituendo la sede naturale da cui scaturisce l'*iter* logico-giuridico seguito dalla P.A..

Infine, occorre che venga chiarito il rapporto tra gli strumenti del Codice del terzo settore e l'obbligo del ricorso al MePA[62].

---

[60] In merito, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che: "*La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti - il cui fondamento è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore - amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) quelli già invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione. A fronte del principio di rotazione in materia di appalti, ex art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante ha la seguente alternativa: o di non invitare il gestore uscente o, quanto meno, di motivare attentamente le ragioni per le quale si riteneva di non poter prescindere dall'invito. (…) Il principio (…) è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti "sotto soglia", nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio. Ne deriva che esso si applica anche agli operatori economici che erano affidatari a seguito di precedente procedura ad evidenza pubblica, ad evitare che, una volta scaduto il rapporto contrattuale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente rinnovare o vedersi riaffidare il contratto tramite procedura negoziata*" (*ex multis*, TAR Napoli, sez. V, 18/01/2018, n. 413)".

[61] Peraltro, le divisate Linee Guida precisano che: "*La motivazione circa l'affidamento o il reinvito al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso. Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente*" (par. 3.7).

[62] L'obbligo discende dall'art. 1, comma 450, della L. n. 296/2006, ed è applicabile per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro (soglia innalzata a seguito della modifica introdotta dalla L. n. 145/2018) ed al di sotto della soglia di rilievo comunitario. Peraltro, l'art. 1, comma 1, del D.L. n. 95/2012 (conv. con modificazioni dalla L. n. 135/2012) sancisce che: "*(…) i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa. Ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo, ove indicato, dei detti strumenti di acquisto e quello indicato nel contratto. (…) La disposizione del primo periodo (…) non si applica alle Amministrazioni dello Stato quando il contratto sia stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A., ed a condizione che tra l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza*".

Le coordinate ermeneutiche rese dal Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa, infatti, conducono alla necessità del preventivo utilizzo del mercato elettronico tutte le volte in cui il servizio da affidare rientra tra quelli ivi contenuti.
I numerosi ed irrisolti dubbi fanno emergere un problema ormai atavico.
Ancora oggi, il difficile coordinamento normativo, unito ad una giurisprudenza ondivaga (ed ai molteplici adempimenti in tema di trasparenza ed anticorruzione), lascia il funzionario pubblico in balia di complesse questioni giuridiche che divengono, molto spesso, matasse tutt'altro che semplici da dipanare.
Se davvero si vuole perseguire l'intenzione di agevolare gli affidamenti dei servizi sociali agli operatori del terzo settore, in modo da conciliare gli interessi economici con il raggiungimento di obiettivi sociali, nonché di semplificare l'azione amministrativa ed abbattere i tempi (ed i costi) dei procedimenti, non si può prescindere da una regolamentazione organica nonché da indicazioni operative chiare e semplici.
Indicazioni che, nel concreto, siano in grado di guidare tanto gli operatori economici quanto i pubblici funzionari nella gestione delle procedure di affidamento, anche innovative, a partire dagli obblighi di pubblicazione degli atti indittivi, passando dagli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari e dell'anticorruzione, fino alla gestione della procedura di selezione ed all'affidamento del servizio.
Il costo della sopra esposta condizione è chiaro: lo scarso utilizzo degli strumenti più innovativi ed il rallentamento dei tempi di definizione dei procedimenti, nel timore di intraprendere attività illegittime o di generare complessi contenziosi, ovvero di cagionare una qualche forma di danno patrimoniale all'Ente.
Non ci resta che confidare nelle nuove Linee Guida dell'ANAC e nelle indicazioni operative che ivi saranno contenute.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La rigenerazione urbana dei beni confiscati alle mafie: i cittadini singoli o associati come parti dell'attività amministrativa*

di Carlo Pezzullo

(Laureato in Giurisprudenza presso la LUISS)

Sommario

1. L'istituto della confisca antimafia: le fonti normative e i contributi della dottrina. 1.1 (segue): la gestione dei beni confiscati e la rigenerazione urbana. 2. Il problema della titolarità del bene da rigenerare. 3. Il caso singolare di Villaggio Coppola. 4. Beni confiscati come «beni comuni urbani»: il partenariato sociale. 5. Considerazioni conclusive.

Abstract

The "final use" of confiscated urban assets is one of the greatest challenges of the decade. Many of them are in a state of disrepair and neglect, far from their function provided by the anti-mafia Law. Villaggio Coppola is the most important example of a gap on "confiscated areas". If Urban Commons are generally defined as «material, intangible and digital assets recognized by citizens and Public Administration as useful for individual and collective well-being», confiscated assets which are (usually) private assets can be classified as "Urban Commons". Individuals and groups are no longer mere beneficiaries of administrative acts and procedures but – in a way – parts of them. In this very context, the regeneration of confiscated urban assets can be located, not only in renewal purposes, but as well in the involvement of city inhabitants. The public procurement on social partnership should play an important role.

1. L'istituto della confisca antimafia: le fonti normative e i contributi della dottrina

Le attività di tipo mafioso inserendosi – sempre più nel corso del tempo – nelle attività politiche, sociali ed economico-finanziarie del nostro ordinamento, hanno dato luogo, sin dagli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, all'emanazione di leggi "dirette a contenere e debellare"[1] tali attività. Dalla legge 27 dicembre 1956 n. 1423, al d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, c.d. Codice antimafia, d'altronde recentemente riformato dalla legge n. 161 del 2017, si è assistito ad un progressivo intervento del legislatore sulle misure di prevenzione, personali e patrimoniali. Queste ultime, in quanto mirano non a *reprimere* bensì a *prevenire*, si inquadrano nella più ampia disciplina amministrativistica dei provvedimenti antimafia.

In particolare, la legge n. 575 del 1965 introduce – per la prima volta nel nostro ordinamento – l'istituto della confisca, quale misura patrimoniale in funzione preventiva[2], attualmente disciplinato nel Codice antimafia all'art. 24[3], nonché nel titolo III interamente dedicato *all'amministrazione, alla gestione e alla destinazione dei beni sequestrati e confiscati*.

Per una chiara visione dell'istituto in esame, è opportuno precisare sin da subito quali sono i suoi presupposti applicativi.

Partendo dal requisito soggettivo, l'applicazione della misura patrimoniale di prevenzione non dipende dall'esistenza in vita del proposto né tantomeno dal permanere dello stato di "*socialmente pericoloso*", ma è necessario che tale *status* sussista nel momento in cui il bene viene acquistato dal proposto, senza che rilevi se il giudizio di pericolosità sia venuto meno o se ne sia poi pervenuta la morte.[4]

D'altra parte, i requisiti oggettivi sono due: la disponibilità diretta o indiretta del bene da parte del soggetto, intesa in senso effettivo e sostanziale, e la sussistenza di sufficienti indizi che consentano di condurre alla illiceità della provenienza dei beni

---

* *Il paragrafo 2 del presente articolo è stato curato da Caterina Clemente.*

[1] E. GIANFELICI, F. GIANFELICI, *L'impresa e le norme antimafia*, Buffetti Editore, Roma, 1989, cit.

[2] Sul punto, la Corte di cassazione a Sezioni Unite ha affermato, ancora una volta, la natura preventiva della confisca di cui al Codice antimafia, Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880, Pres. Santacroce, Rel. Bruno, Ric. Spinelli.

[3] Per esigenza di completezza, si riporta il testo integrale e aggiornato dell'art. 24, comma 1, del Codice antimafia: "Il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. In ogni caso il proposto non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale. Se il tribunale non dispone la confisca, può applicare anche d'ufficio le misure di cui agli articoli 34 e 34-bis ove ricorrano i presupposti ivi previsti."

[4] *Cfr.* L. DE GENNARO, N. GRAZIANO, *La nuova legislazione antimafia. Commento organico alla L. 17 ottobre 2017, n. 161, di riforma del codice antimafia*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2017.

oggetto di confisca. Rispetto al secondo requisito, il legislatore individua uno degli indizi precisamente nella sproporzione tra il valore dei beni facenti capo al soggetto ed il suo reddito dichiarato ai fini tributari per le imposte.
Ciò premesso, per poter comprendere il funzionamento della confisca ed il suo inquadramento nel Diritto amministrativo bisogna individuarne l'*iter*, che ha inizio con il sequestro preventivo dei beni appartenenti al proposto. Tale sequestro, *ex* art. 321[5] c.p.p., rappresenta la *condicio iuris* del procedimento di confisca, gravando in capo all'indagato l'onere di provare la provenienza lecita del bene ovvero la fonte legittima della proprietà. Ove venga confermata l'accusa in sede penale, ma prescindendo da una futura condanna, verrà pronunciata la confisca di primo grado, seguita eventualmente dalla confisca di secondo grado e in ultimo, sempre eventualmente e nei limiti dei presupposti, la confisca definitiva con sentenza della Corte di cassazione.
Prima di soffermarsi sulla gestione dei beni confiscati, è opportuno tener conto che l'analisi della confisca non può prescindere, d'altronde, da un dibattito sollevato in dottrina circa la natura stessa dell'istituto e il suo stretto legame con la disciplina del sequestro nel processo penale.
Infatti, dottrina penalistica[6] sostiene che nell'impianto codicistico "si esalta l'estraneità all'oggetto principale del processo (ossia all'imputazione) delle componenti patrimoniali sanzionatorie del reato alla luce di una presupposta (ma non più giustificabile) natura solo amministrativa della confisca e di una asserita estraneità al bene primario della libertà personale del correlativo sequestro. Da qui, un vero e proprio atto di abdicazione della legge processuale a favore della legge sostanziale nell'individuare i presupposti da cui far dipendere la misura cautelare reale", così mostrando un intrecciarsi di interrelazioni tra rami del diritto del tutto peculiare e che bisogna attentamente considerare.

1.1 (segue): la gestione dei beni confiscati e la rigenerazione urbana

La confisca antimafia è, dunque, un provvedimento amministrativo[7] operante *ex ante* che, prestandosi nel corso del tempo ad usi vari e molteplici, sia pur in contesti piuttosto diversi, ha mostrato una certa duttilità[8] all'interno della gamma degli atti amministrativi.

---

[5] Si riporta il testo dell'art. 321 c.p.p.: "Quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari. Il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca".

[6] G. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in Diritto penale contemporaneo, 2018.

[7] Si ricorda il dubbio sollevato da dottrina penalistica circa la sua rigida collocazione nella materia amministrativa, nonché Cass., sez. un., 26 giugno 2015, Lucci, in Cass. pen., 2016, p. 1362 ss.

[8] Al riguardo, M. DE BENEDETTO, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI, (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributi al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017.

Già la legge 7 marzo 1996, n. 109, contenente *disposizioni in materia di gestione e destinazione di beni sequestrati o confiscati*, apportando modifiche alla precedente L. 575/1965, ha previsto l'introduzione di uno scopo sociale nell'uso dei beni confiscati "con la prospettiva di indebolire (economicamente) il crimine, di infragilirne il radicamento sociale e di riaffermare la legalità"[9].

Per il perseguimento del medesimo scopo, il d. lgs. 30 luglio 1999, n. 300, recante la *riforma dell'organizzazione del Governo*, affida all'Agenzia del Demanio la competenza in materia di gestione dei beni confiscati che, con il decreto-legge 4 febbraio 2010 n. 4 (convertito in legge 31 marzo 2010, n. 50), viene devoluta all'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati (da ora, ANBSC[10]) appena istituita, con il compito precipuo di accompagnare il bene dal momento del sequestro fino alla destinazione.

Più precisamente, come prima accennato (par. I), per poter comprendere il funzionamento della confisca è opportuno individuarne l'*iter*, che ha inizio con il sequestro preventivo dei beni appartenenti al proposto, fino all'eventuale destinazione dei beni.

Dal sequestro alla confisca c.d. di primo grado, beni immobili e aziende sono gestiti da un amministratore giudiziario, nominato dal Tribunale delle misure di prevenzione contestualmente al provvedimento di sequestro, cui spetta la custodia e la normale amministrazione dei beni stessi. Dalla confisca di primo grado alla confisca c.d. di secondo grado, la gestione dei beni viene affidata all'ANBSC, che provvede alla nomina di un coadiutore, che assolve alla stessa funzione dell'amministratore giudiziario, e che accompagna i beni fino all'eventuale confisca definitiva pronunciata dalla Corte di cassazione.

In questa sede, richiede particolare attenzione il momento amministrativo immediatamente successivo alla confisca definitiva, vale a dire "la restituzione alle collettività territoriali delle risorse economiche acquisite illecitamente"[11], quale fondamentale strumento di contrasto alle attività mafiose, nell'ottica di un "utilizzo virtuoso" dei beni confiscati, come peraltro affermato dalla Corte costituzionale.

A tal riguardo, l'art. 48[12], comma 3, del Codice antimafia prevede che i beni confiscati

[9] *Ibidem*, cit., pag. 334; "Le realtà sociali gestiscono principalmente appartamenti, ville e terreni. La regione con il maggior numero di realtà sociali che gestiscono beni confiscati alle mafie è la Sicilia con 188 soggetti gestori, segue la Lombardia con 144, la Campania con 116, la Calabria con 101 seguita dalla Puglia con 68 e il Lazio con 41", da libera.it.

[10] L'ANBSC, quale agenzia governativa sottoposta alla vigilanza del Ministero dell'Interno e al controllo della Corte dei conti, ha sede principale a Roma, nonché altre sedi a Reggio Calabria, Napoli, Palermo, Milano. Assolve a diverse funzioni, tra cui principalmente quella di amministrare e destinare beni confiscati in esito al procedimento di prevenzione ovvero in esito ai procedimenti penali, cui fa espresso riferimento l'art. 110 del Codice antimafia.

[11] Corte costituzionale, sentenza 15 febbraio 2012, n. 34.

[12] Sulla disposizione in esame è recentemente intervenuto il d.l. 113/2018, c.d. decreto sicurezza, convertito in legge n. 132 del 2018 che, modificando i commi 5, 6, 7 dell' art. 48 ha introdotto la destinazione alla vendita con provvedimento ANBSC.

siano – alternativamente – mantenuti al patrimonio dello Stato per finalità di giustizia e di ordine pubblico, ovvero trasferiti per finalità *istituzionali o sociali* al patrimonio del comune ove l'immobile è sito, della provincia, della città metropolitana o della regione. Dal punto di vista procedurale, l'ANBSC può assegnare direttamente il bene ad un'istituzione statale ovvero può, in un momento di consultazione attraverso un comitato di indirizzo, destinarlo – con c.d. decreto di destinazione – all'ente locale che ne faccia manifestazione d'interesse[13]. Quando il bene viene acquisito al patrimonio dell'ente locale, quest'ultimo può scegliere se impiegarlo per fini istituzionali o per fini sociali, assegnandolo con bando di gara ad una realtà del terzo settore, che ne diventa assegnataria con un contratto di comodato d'uso, generalmente gratuito.

Tra le altre, "Libera Associazione contro le mafie" che – come ricorda Tatiana Giannone[14] – si occupa precisamente di promozione e sensibilizzazione sull'utilizzo sociale dei beni confiscati attraverso momenti di formazione e coordinamento, pur senza entrare nel merito della scelta dei soggetti affidatari, contribuisce attivamente alla fase di destinazione degli stessi beni. L'operato di Libera Associazione è soltanto il sintomo di un mutamento[15] evolutivo della posizione dei cittadini, singoli e associati, non più meri destinatari dell'attività amministrativa ma, in un certo qual modo, parte di essa. Ed è in questo contesto che si colloca la rigenerazione dei beni urbani, tanto per le finalità di riqualificazione e di coinvolgimento dei privati, quanto per gli strumenti di riuso che vi vengono adoperati. Più precisamente, la rigenerazione viene definita come "*il recupero, la trasformazione e l'innovazione dei beni comuni*"[16], strumentale alla promozione della "*creatività urbana*", al fine di garantirne e migliorarne la qualità e la fruibilità.

Perché possa aversi rigenerazione urbana deve trattarsi di «beni comuni urbani»: ma cosa sono precisamente e come vanno individuati? D'altronde, se costituiscono il presupposto per l'attività di rigenerazione, è proprio da questi che bisogna partire.

Il regolamento del Comune di Bologna viene tradizionalmente identificato come la prima fonte in materia, che all'art. 2, comma 1, lett. *a)*, in virtù di una clausola generale, definisce i «beni comuni urbani» come «*beni materiali, immateriali e digitali che i cittadini e l'Amministrazione, anche attraverso procedure partecipative e deliberative, riconoscono essere funzionali al benessere individuale e collettivo*». Altri regolamenti comunali vi affiancano anche la definizione di «spazi pubblici», elencandovi aree verdi, marciapiedi e strade, nonché altri spazi aperti al pubblico, di proprietà pubblica o assoggettati ad uso pubblico.

---

[13] Basti pensare, tra gli altri, al Comune di Genova: http://www.urbancenter.comune.genova.it/node/70.

[14] Tatiana Giannone, Responsabile del settore Università - Libera Associazione contro le mafie, in una nostra intervista presso il Palazzo delle Acli in Roma, 7 dicembre 2018.

[15] Al riguardo, E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI, *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributi al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017.

[16] *Ibidem*.

Come sostenuto in dottrina[17], dalla definizione offerta dai regolamenti ne discende "un'accezione di tipo relazionale, legata cioè alla loro relazione qualitativa con i cittadini attivi e con le Amministrazioni […]. Si tratta di una relazione costituzionalmente qualificata, in quanto funzionale, innanzitutto, all'esercizio dei diritti fondamentali della persona, sebbene in una prospettiva non esclusiva ed egoistica"[18], ma come espressione di quella doverosità in ottica solidaristica sancita all'art. 2, comma 2, Cost. Ne deriva – come sostiene anche A. GIUSTI, riprendendo le disposizioni del regolamento del Comune di Bologna – che sono beni comuni urbani non soltanto i beni essenzialmente pubblici, ma anche quegli immobili privati in stato di totale o parziale disuso, che si rivelino "concretamente funzionali ad attivare un modello amministrativo diverso da quello tradizionale", e che siano suscettibili di interventi di cura e di rigenerazione in applicazione dell'art. 838[19] c.c..
E quando si parla di beni colpiti da confisca antimafia, il riferimento non può che essere a beni privati immobili o aziende che, in quanto tali e talvolta realizzati in difetto di procedura (basti pensare al caso singolare di Villaggio Coppola, in provincia di Caserta), sollevano un problema piuttosto rilevante circa la loro titolarità. Senza individuarne la titolarità, risulterebbe alquanto difficile stabilire chi e come possa *riqualificarli*, nonché – e soprattutto – chi conseguentemente possa inserirsi nella fase della gestione, sopperendo alla frequente incuria[20] da parte di chi *ex lege* ne risulta il titolare.

2. Il problema della titolarità del bene da rigenerare (di Caterina Clemente)
Tenendo conto di che cos'è la confisca e di cosa s'intende per «beni comuni urbani», pronunciata la confisca c.d. definitiva e iniziato il momento "*della restituzione alle collettività territoriali*", si pone il problema della titolarità del bene da rigenerare. Vale a dire, di chi abbia la titolarità del bene, dopo che esso sia stato confiscato.
Tra i principali protagonisti della gestione di tali beni, svolge un ruolo centrale l'ANBSC che, oltre a svolgere funzioni di ausilio e supporto nella cura del bene, si occupa della gestione diretta dello stesso e dovrebbe essere il solo soggetto competente a stabilire la destinazione degli immobili dopo la confisca definitiva, nonché a determinarne il regime giuridico. Tuttavia, il potere di destinazione dell'ANBSC risente delle determinazioni di soggetti esterni (basti pensare al giudice penale) di non poca rilevanza, e dalle quali non si può prescindere nell'analisi della fase di

[17] Al riguardo, C. IAIONE, *Città e beni comuni*, in G. ARENA, C. IAIONE, (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012; A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, pagg. 63-108, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
[18] A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, cit., pag. 143, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
[19] Bisogna badare che buona parte della dottrina – tra gli altri M.R. SAN GIORGIO – ritiene superata la centralità della norma di cui all'art. 838 c.c., a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 44 Cost..
[20] Per l'incuria, si veda A. NERVI, *Beni urbani, interessi rilevanti e strumenti di organizzazione e rappresentanza*, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI, *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributi al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017.

destinazione.
Di centrale importanza è, senza dubbio, il momento in cui viene impresso il vincolo di destinazione sull'immobile, che comporta il passaggio del bene confiscato dal regime privatistico al regime pubblicistico, con la conseguente impignorabilità del bene stesso e l'impossibilità di sottrarlo alla sua propria funzione.
In particolare, l'art. 45 del Codice antimafia fa riferimento al passaggio del bene immobile nel patrimonio dello Stato, il quale bene, come accennato precedentemente, potrà essere utilizzato e gestito solamente in modo conforme alla volontà dell'ANBSC, secondo le prescrizioni aggiornate alla L. 161/2017.
A tal punto, il problema principale che si pone è di ricondurre il bene colpito da confisca tra i beni demaniali e del patrimonio indisponibile, ovvero tra i beni del patrimonio disponibile. L'una o l'altra categoria comportano una serie di variazioni. Più precisamente, un bene confiscato che rientra nei beni del patrimonio disponibile è suscettibile di essere utilizzato in modo conforme alle regole del codice civile, senza le restrizioni che insistono sugli altri beni indisponibili.
Un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato[21], attribuisce un'impronta pubblicistica al bene con conseguente sua riconduzione al regime del patrimonio indisponibile. Anche la dottrina prevalente[22] sostiene che la confisca vada ad attribuire un'impronta pubblicistica all'immobile da cedere in via prioritaria, con la conseguente riconduzione nella categoria del patrimonio indisponibile dello Stato.
Tuttavia, non mancano ipotesi in cui il bene confiscato può essere ceduto a terzi, sia pur nei limiti individuati. Infatti, ai sensi dell'art. 48, comma 3, del Codice antimafia la lett. *c)* prevede che "gli enti territoriali provvedono a formare un apposito elenco dei beni confiscati ad essi trasferiti, che viene periodicamente aggiornato con cadenza mensile. L'elenco, reso pubblico nel sito internet istituzionale dell'ente, deve contenere i dati concernenti la consistenza, la destinazione e l'utilizzazione dei beni nonché, in caso di assegnazione a terzi, i dati identificativi del concessionario e gli estremi, l'oggetto e la durata dell'atto di concessione".

3. Il caso singolare di Villaggio Coppola

La legge regionale Puglia del 2008 ha aperto quella che viene definita "quarta

[21] Consiglio di Stato, sez. III, 5 luglio 2016, n. 2993, viene affermato che "l'Agenzia ha il potere-dovere di ordinare ai ricorrenti di lasciare libero il bene, avendo lo stesso acquisito, per effetto della confisca, un'impronta rigidamente pubblicistica, che non consente di distoglierlo, anche solo temporaneamente, dal vincolo di destinazione e dalle finalità pubbliche, che determinano l'assimilabilità del regime giuridico del bene confiscato a quello dei beni facenti parte del *patrimonio indisponibile*"; nonché Tar Lazio sez. I, 10 marzo 2015, n. 3993; Consiglio di stato sez.III, 23 giugno 2014, n. 3169; Tar Lazio sez.I, 1 dicembre 2014, n. 12015.

[22] In particolare, G. TORELLI, *I beni confiscati alla criminalità organizzata tra decisione amministrativa e destinazione giudiziale*, Diritto amministrativo, fasc.1, 1 marzo 2018, pag. 205.

generazione"[23] dell'urbanistica che, nel corso del tempo, ha assunto le più varie declinazioni. Tra queste, la diffusione di forme di collaborazione e coordinamento tra Pubbliche Amministrazioni portatrici di interessi pubblici eterogenei per lo svolgimento di attività in comune. Per meglio dire, al modello classico e alla rigidità del provvedimento amministrativo si è sostituito un modello collegiale caratterizzato da una maggiore duttilità che ha reso più efficace la stessa attività amministrativa. Le modalità collaborative in esame rivestono, per lo più, la forma giuridica dell'accordo *ex* art. 15, legge n. 241 del 1990 e, in urbanistica ha riscontrato grande successo l'accordo di programma, previsto e disciplinato all'art 34 del d.lgs. n. 267 del 2000, c.d. TUEL. Si tratta di uno strumento utilizzato per la definizione, l'attuazione di opere, e per i programmi d'intervento[24] che richiedono l'azione *integrata* di Comuni, Province e Regioni, di Amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici. Il compito principale è quello di coordinare le azioni e determinare i tempi, le modalità e il finanziamento.
Questa forma di collaborazione è stata utilizzata[25] anche dal Comune di Castel Volturno insieme con la Regione Campania, la provincia di Caserta e il consorzio "Rinascita" per la riqualificazione e il risanamento ecologico e ambientale, nonché il rilancio socio-economico della località Pinetamare di Castel Volturno (CE) ed aree attigue. La località in questione, meglio nota come "Villaggio Coppola"[26], viene interamente edificata nella seconda metà degli anni '60 per volere dei due omonimi imprenditori casalesi, i fratelli Coppola. "*Gli stessi realizzano, senza alcuna concessione e/o autorizzazione, una vera e propria città abusiva (completa di opere di urbanizzazione primaria e secondaria) sedente su di un territorio di proprietà dello Stato (per una superficie di 1.500.000 metri quadrati) che prima dell'intervento era costituito da una riserva naturale*"[27]. A metà strada tra la pineta e il mare e lungo ben 5 km, il Villaggio viene realizzato prima dell'apposizione dei vincoli paesaggistici (che si avrà solo nel 1985)[28] sul modello urbanistico di Baia Domizia, un'area turistico-residenziale al confine con il Lazio.
Il progetto facente parte dell'accordo di programma si è visto sempre più svanire, da un lato, a causa di diverse delibere del Comune di Castel Volturno, che dispongono la reintegra dei beni nel demanio, dall'altro, a seguito della pronuncia del TAR Campania –

[23] Tra gli altri, il prof. C. IAIONE durante le sue lezioni di Diritto urbanistico nel Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS Guido Carli, Roma.

[24] Per i programmi d'intervento si veda P. URBANI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Giappichelli Editore, Torino, 2017.

[25] L'accordo di programma in questione è stato firmato in data 1 agosto 2003.

[26] Piuttosto interessante è la ricerca condotta nel 2017 dal New York Times: "*When Villaggio Coppola was built in the 1960s along the western Mediterranean coast of Italy, just north of Naples, the aspiration was of a utopian residential area. But as it turns out, utopia quickly took a wrong turn. Around 12,000 apartments, along the seaside and in the nearby town of Castel Volturno, were built in violation of zoning laws, at a time when local authorities ignored development along the coast. Eventually, many residents were forced to leave*", G. PIANIGIANI, *Forsaken Village on Italy's Coast tells tale of a Paradise Lost*, in The New York Times, 17 marzo 2017.

[27] Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, Sez. I penale, 24 luglio 2006, Sentenza n. 1104.

[28] V. LO CASCIO, *Villaggio Coppola*, da nautipedia.it, 2011.

Napoli, sez. VII, 6 febbraio 2015, n. 916, che dichiara l'improcedibilità del ricorso promosso contro l'annullamento delle delibere in questione dalla società aggiudicataria della procedura di *project financing* per l'ampliamento del porto.
Riferendosi ad un'area territoriale realizzata in completo difetto di procedura e per l'80% sul territorio demaniale, la Pinetamare di Castel Volturno "*risulta davvero unica quanto a vastità dell'intervento edilizio incriminato*"[29]. Quel che rimane oggi è una città fantasma che sembra essere più un'area frutto di utopia che un "paradiso terrestre", un luogo di abbandono e degrado divenuto sede di criminalità ed estrema povertà.[30] Per quanto singolare nel panorama nazionale dei beni confiscati alle mafie, il Villaggio Coppola è soltanto uno dei tanti casi i cui beni non hanno ancora trovato concreta destinazione. Però, trattandosi di un *unicum* nel nostro ordinamento, non sussiste forse un interesse diverso, più esteso, rispetto a quello cui normalmente ci si riferisce in ordine alla destinabilità di un singolo bene immobile colpito da confisca antimafia? E se così fosse, non costituirebbe eccezione rispetto alla regola? Quale sarebbe l'attività amministrativa più adatta?

4. *Beni confiscati come «beni comuni urbani»: il partenariato sociale*

La natura della confisca e il rispetto delle norme antimafia importano una particolare attenzione all'astratta destinabilità dei beni confiscati e alla loro concreta destinazione, nella prospettiva di mantenersi sempre entro i confini della *ratio* cui risponde tale istituto.
Fino a che punto deve rilevare la fonte di provenienza del bene? E ove le si volesse attribuire notevole rilevanza, non è compito del giurista individuare e trovare la migliore soluzione all'utilizzabilità dello stesso? Non è comunque una vittoria delle mafie vedere un bene prima usato dai mafiosi ora in completo stato di incuria?
A tal riguardo, trattandosi i beni confiscati di beni privati, e potendo questi ultimi qualificarsi come «beni comuni urbani», assume rilievo anche per essi il tema della partecipazione del privato all'attività amministrativa che – come già evidenziato in tempi non recenti dal prof. Sabino Cassese[31] – va ad assolvere a tre funzioni, quali: tutela degli interessi privati, buon andamento dell'azione amministrativa, integrazione della volontà popolare mediata.
È in questo contesto e per il raggiungimento di tali finalità che si colloca il c.d. partenariato sociale, previsto e disciplinato all'art. 190 del d. lgs. 50/2016, c.d. Codice dei contratti pubblici, rivisitato dal correttivo d. lgs. 56/2017, e di cui si rende opportuno precisarne la natura ed il funzionamento.

[29] *Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, Sez. I penale, 24 luglio 2006, Sentenza n. 1104.*
[30] G. PIANIGIANI, *Ibidem.*
[31] DI LASCIO, F. GIGLIONI, (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributi al diritto delle città*, Il Mulino, Bologna, 2017.

La disposizione in esame, che porta la rubrica di "baratto amministrativo", stabilisce che, con apposita delibera, gli enti territoriali "possono definire i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale." Le principali esigenze che hanno portato alla stesura dell'art. 190, e poi all'ampliamento del suo campo d'applicazione, risiedono[32] nell'incapacità degli enti territoriali di fornire servizi, nello scarso utilizzo dei beni pubblici, nonché nella necessità di rispettare le esigenze finanziarie per evitare il danno erariale. Si tratta, quindi, di un contratto atipico che, come confermato dalla giurisprudenza amministrativa[33], non può essere ricondotto alla concessione di beni né tantomeno alla concessione di servizi. Così, essendo sottratto all'integrale applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, se ne applicano i soli principi.
Per essere più precisi, il partenariato sociale prevede la redazione di un vero e proprio bando in cui "mettere a gara le idee"[34] per la destinabilità dei beni, pur tuttavia nei limiti individuati dalla giurisprudenza contabile[35] che afferma la ricorrenza di determinati elementi *previamente* disciplinati dall'ente territoriale interessato: i casi concreti di attuazione, la natura di lavori e servizi, le modalità di individuazione dei soggetti che possono avvalersi dell'istituto.
D'altronde, il ricorso all'art. 190, costituendo espressione di discrezionalità amministrativa, – come da orientamento giurisprudenziale – non può essere sollecitato da parte dei cittadini, né singoli né associati.

5. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto detto, laddove si tratti di «beni comuni urbani» in stato di disuso e di incuria e l'ente territoriale intenda provvedere alla loro valorizzazione "mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale"[36] potrà indire un bando di gara per l'idea da attuare e, successivamente, stipulare il contratto di partenariato sociale. Dunque, se è vero che i beni privati (in questa sede, beni immobili), pur essendo tali, possono qualificarsi come «beni comuni urbani», anche per i beni confiscati, che sono generalmente beni privati, si può far ricorso al medesimo procedimento di cui all'art. 190, d.lgs. n. 50

[32] Sul punto, la Consigliera di Stato Antonella Manzione, durante una lezione tenuta presso la LUISS Guido Carli, martedì 20 novembre 2018.
[33] TAR Lazio, sez. II, 6 aprile 2016, nn. 4157, 4158 e 4184, in cui si afferma più volte che nel caso di procedure volte a incentivare la finalità culturale di un bene e in cui il fine sociale è preponderante rispetto all'interesse economico, non si applicano i principi generali degli appalti pubblici, riconducendo altresì la fattispecie all'art. 12 della legge n. 241/1990.
[34] Si riportano le parole della Consigliera di Stato Antonella Manzione, sempre in LUISS, 20 novembre 2018.
[35] *Ex multis*, Corte dei Conti, sez. reg. controllo per l'Emilia Romagna, del 23 marzo 2016, n. 27; Corte dei Conti, sez. reg. controllo per la Lombardia, 6 settembre 2016, 225.
[36] Art. 190, d.lgs. 50/2016.

del 2016. Un primo ostacolo potrebbe rinvenirsi nella *ratio* stessa della confisca, per perseguire la quale, dovrebbero trovare ferma applicazione le disposizioni antimafia, non essendo possibile allontanarsi dalle finalità meramente istituzionali o sociali prescritte dal Codice.

Pertanto, la questione va inquadrata nel più ampio tema del bilanciamento tra interessi. Da un lato, l'interesse pubblico all'efficacia della politica di contrasto alle mafie, nel rispetto delle sue regole sostanziali e procedurali; dall'altro, l'interesse dei cittadini (singoli o associati) all'uso di beni in stato di abbandono e degrado, indipendentemente dalla fonte da cui essi provengano, nell'ottica del raggiungimento del benessere non soltanto collettivo ma anche individuale.