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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

**Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)**

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

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

**Direzione scientifica**
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

**Direttore Responsabile**
Gaetano Caputi

**Redazione**
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

# FASCICOLO N. 3/2022

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

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

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

Comitato editoriale

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

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# FASCICOLO N. 3/2022

## SOMMARIO

1. **Note in tema di ricorsi amministrativi e interessi amministrativamente protetti.**
di Guido Clemente di San Luca ……pag. 1

2. **Per continuare a ragionare su ordinamento del calcio e Stato di diritto.**
di Guido Clemente di San Luca ……..pag. 29

3. **Il parametro della pericolosità e i poteri di polizia di sicurezza.**
di Riccardo Ursi…….…….....pag. 51

4. **Limiti gestori nella razionalizzazione delle società pubbliche.**
di Francesca Angiolini……..……pag. 81

5. **L'incidenza delle norme antiriciclaggio sull'economia.**
di Carmine Ruggiero……...pag. 106

6. **Controllo pubblico su istituzioni senza scopo di lucro e gradazione della loro autonomia decisionale ai fini del SEC 2010.**
di Massimiliano Atelli…….…….....pag. 135

7. **La partecipazione alle gare d'appalto pubblico degli operatori economici extra comunitari.**
di Simone Francario…….....pag. 145


ISSN 2036-7821

8. **"Fondazioni universitarie, riflessioni sulla natura giuridica ed applicabilità del codice dei contratti pubblici".**
di Claudio Vitale……..……....pag. 164

9. **Per una nuova stabilità istituzionale nella ricostruzione post-sisma. Brevi riflessioni per un percorso "unitario" e "unificante" di governance pubblica.**
di Piero De Rosa……..…….....pag. 174

10. **La saga delle concessioni balneari al crocevia tra interventi legislativi e precedenti giurisprudenziali.**
di Federica Lorenzetti ……pag. 192

11. **Legge-provvedimento e difetto assoluto di giurisdizione per il giudice amministrativo. Il diritto di difesa nel sistema delle leggi-provvedimento tra orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.**
di Camilla Della Giustina…..…….....pag. 223


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Note in tema di ricorsi amministrativi e interessi amministrativamente protetti

## di Guido Clemente di San Luca

(Professore Ordinario Università degli Studi della Campania, Luigi Vanvitelli)

## Sommario

1. Premessa. – 2. Gli interessi amministrativamente protetti. – 3. I ricorsi amministrativi: ragion d'essere, natura e disciplina. – 4. La problematica proposizione di ricorso amministrativo soltanto per vizi di merito. – 5. Determinazioni conclusive.

## Abstract

The following reflection concerns the theme of 'administrative appeals', but in the particular perspective of the conceptual link of this institution with the notion of the subjective legal situation which goes by the name of administratively protected interest, a link which, in the opinion of the writer, despite this notion finds increasingly scarce consideration in contemporary manuals, it remains indissoluble.

*L'articolo, già stato destinato agli scritti in memoria di Maria Immordino, viene ripubblicato nella rivista per darne più ampia diffusione.*


ISSN 2036-7821

1. *Premessa.*

La riflessione che segue[1] ha ad oggetto il tema dei 'ricorsi amministrativi', ma nella peculiare prospettiva del legame concettuale di detto istituto con la nozione della situazione giuridica soggettiva che va sotto il nome di *interesse amministrativamente protetto*, legame che, ad avviso di chi scrive, nonostante tale nozione trovi sempre più scarsa considerazione nella manualistica contemporanea, resta indissolubile[2].

---

(*) Il saggio prende spunto dai paragrafi relativi ai temi che affronta contenuti nelle Lezioni di Diritto Amministra-tivo e nelle Lezioni di Giustizia Amministrativa. L'A. ringrazia le dott.sse Antonella Corsale e Giorgia di Nuzzo ed il dott. Mario Paladino, dottorandi di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania Luigi Vanvi-telli, per averlo aiutato nella ricognizione critica dell'assetto normativo e giurisprudenziale del tema

[1] Che nasce dal desiderio di rendere omaggio a Maria Immordino (agli Scritti in onore della quale è destinata), ella essendosi occupata del tema *ex professo*: il riferimento è a M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 661 ss.

[2] Il tema è stato poco affrontato *ex professo*. Possono richiamarsi, più in generale, i seguenti riferimenti bibliografici: C. GESSA, *La nuova disciplina dei ricorsi amministrativi. Profili critico-interpretativi del d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199*, in *Foro Amm.*, 1971, fasc. 11, pt. 3, pp. 849 ss.; F. LUBRANO, *I ricorsi amministrativi: problemi costituzionali ed interpretativi del d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 1972, fasc. 3-4, pp. 209 ss.; G.C. RIZZO, *Il ricorso gerarchico secondo la nuova normativa*, in *Comuni d'Italia*, 1972, fasc. 9, pp. 953 ss.; E. CAPACCIOLI, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei ricorsi amministrativi*, in *Giur. It.*, 1973, fasc. 1, pt. 4, pp. 1 ss.; G. PALEOLOGO, *La riforma dei ricorsi amministrativi. Commento al d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199*, Giuffrè, Milano, 1975; A. QUARANTA, G. GRASSO, *I ricorsi amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1981; T. ANCORA, *L' amministrazione giustiziale*, in *Cons. Stato*, 1988, fasc. 9, pt. 2, pp. 1687 ss.; C. ANELLI, *Situazioni soggettive e ricorsi amministrativi*, in *Cons. Stato*, 1989, fasc. 5-6, pt. 2, pp. 901 ss.; P. PAPA, *Dopo il D.L.vo 3 febbraio 1993, n. 29. La tutela amministrativa sulla via del tramonto. Quella imboccata è una strada a senso unico o è ipotizzabile una inversione di rotta?*, in *Nuova Rass.*, 1996, fasc. 7, pp. 633 ss.; B. DI TUCCI, *Il ricorso gerarchico nell'attuale ordinamento giuridico con particolare riferimento agli organi collegiali*, in *Cons. Stato*, 1998, fasc. 4, pt. 2, pp. 697 ss.; G. PALMA, *Le posizioni giuridiche soggettive nell'ordinamento italiano*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di Diritto Amministrativo*, Cedam, Padova, 1999, pp. 73 ss.; A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, fasc. 5, pt. 1, pp. 679 ss.; R. GRACILI, L. MELE, *Evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione* (Comunicazione al XLVII convegno di diritto amministrativo, Varenna, 20-22 settembre 2001), in *Cons. Stato*, 2001, fasc. 11, pt. 2, pp. 1963 ss.; M. GIOVANNELLI, *Unità della giurisdizione e pluralità dei poteri giustiziali* (Relazione al 51° Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani sul tema "Giurisdizione e giurisdizioni", Taranto 7-9 dicembre 2001), in *Iustitia*, 2002, fasc. 4, pp. 539 ss.; S. PIRAINO, *Interesse individuale e potere amministrativo*, in *Nuova Rass.*, 2003, fasc. 21, pp. 2307 ss.; G. BERTI, *Una riflessione sulla posizione giuridica del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 2004, fasc. 1, pp. 91 ss.; F.G. SCOCA, *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive: la prospettiva amministrativistica*, in *Il Diritto della Regione*, 2004, fasc. 1-2, pp. 103 ss.; L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. Amm.*, 2005, fasc. 1, pp. 87 ss.; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, fasc. 1, pt. 1, pp. 52 ss.; M. GIOVANNINI, *Il ricorso amministrativo nello spazio giudiziale* (Relazione al convegno "Forme alternative di risoluzione delle controversie con la P.A. ed effettività della tutela", Università di Bologna, 14 marzo 2008), in *Foro Amm.-T.A.R.*, 2009, fasc. 2, pp. 597 ss.; B. MARCHETTI, *La giustizia amministrativa* (Commento a l. 18 giugno 2009, n. 69), in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, fasc. 11, pp. 1158 ss.; M.A. SANDULLI, M. LIPARI (a cura di), *Sulla giustizia amministrativa (Rassegna di giurisprudenza amministrativa)*, in *Foro Amm.-T.A.R.*, 2009, fasc. 3, pp. 47 ss.; F. BOCCHINI, *Procedimenti giustiziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, fasc. 1, pp. 311 ss.; G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino* (Relazione al Convegno "Il cittadino e la Pubblica Amministrazione, Giornate di studio in onore di Guido Corso", Palermo, 12-13 dicembre 2014), in *Dir. Amm.*, 2014, fasc. 4, pp. 585 ss.; S.R. MASERA, *Ricorsi amministrativi, ragionevole durata del procedimento ed equa riparazione ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (Nota a Cass., sez. un., 25 febbraio 2014, n. 4429), in *Giur. It.*, 2014, fasc. 6, pp. 1460 ss.; A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2015, fasc. 3-4, pp. 747 ss.;


ISSN 2036-7821

Lo studio, quindi, si propone di riflettere su *ragion d'essere* e *natura* dei ricorsi amministrativi, così da provare a chiarire come e perché le due questioni si 'intreccino', a dir così, con l'interesse amministrativamente protetto[3].

In via sintetica e generalissima, i ricorsi amministrativi possono essere definiti come le richieste, 'assistite' da una previsione legislativa, che un soggetto può avanzare (non al giudice, ma) alla stessa P.A. al fine di tutelare la propria situazione giuridicamente significativa, che egli assume lesa da un provvedimento (o da un comportamento) amministrativo.

D'altro canto, per interesse amministrativamente protetto s'intende la situazione che un soggetto vanta se, e nella misura in cui, trovandosi in una posizione fattualmente differenziata[4], l'ordinamento gli consente di ricorrere alla stessa P.A., lamentandosi

---

M.R. SPASIANO, *Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2015, fasc. 2-3, pp. 889 ss.; E. MITZMAN, *I rimedi amministrativi nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2016, fasc. 6, pp. 1689 ss.; G. SCIULLO, *"Interessi differenziati" e procedimento amministrativo* (Relazione al convegno "Le nuove semplificazioni dell'attività amministrativa", Padova, 20 maggio 2016), in *Riv. Giur. Urb.*, 2016, fasc. 1, pt. 1, pp. 58 ss.; M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle "alternative dispute resolution"* (Relazione al Convegno "Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione. Dibattito tra giovani studiosi sulle trasformazioni in corso", Roma, 2 febbraio 2017), in *Federalismi.it*, 2017, fasc. 10; B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale* (Relazione al Convegno "Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale 25 anni dopo", Milano, 11 novembre 2016), in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2017, fasc. 2, pp. 423 ss.; M. CLARICH, *Riflessioni sul rapporto giuridico statico e dinamico nella ricostruzione di Enrico Follieri* (Intervento nelle Giornate di studio su "Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri", Lucera, 22-23 giugno 2018), in *GiustAmm.it*, 2018, fasc. 7; A. CARBONE, *Prime considerazioni su situazioni giuridiche procedimentali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, fasc. 1, pp. 175 ss.; L. MACCARI, *Le forme organizzative della amministrazione pubblica e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, fasc. 1, pp. 365 ss.; V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie* (Relazione al Convegno "Giustizia e legalità nell'azione amministrativa. Giornata di studi in onore del Professor Fabio Merusi", Pisa, 10 dicembre 2018), in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2020, fasc. 1, pp. 55 ss.

[3] Fra i pochissimi a mettere a fuoco il tema, più di trent'anni orsono, fu C. ANELLI, *Situazioni soggettive e ricorsi amministrativi* cit., pp. 63-64, secondo il quale, mentre «Il collegamento fra situazioni soggettive (diritti, interessi legittimi) e loro tutela giurisdizionale è nota comune alla legislazione, alla giurisprudenza, alla dottrina»; viceversa, «Analogo collegamento non viene, tradizionalmente, riconosciuto fra situazioni soggettive e ricorsi amministrativi», la dottrina limitandosi o a constatare che i ricorsi amministrativi «sono ammessi a tutela tanto degli interessi legittimi quanto dei diritti soggettivi [Virga] (e quelli ordinari proponibili anche per motivi di merito a tutela pure dei c.d. interessi semplici o amministrativamente protetti)», oppure ad affermare espressamente «la superfluità di qualsiasi indagine intesa ad individuare la situazione soggettiva fatta valere con il ricorso amministrativo [Giannini]».

[4] Ma – come si vedrà *infra* nel § 4 – talvolta la legge riconosce protezione amministrativa anche agli interessi semplici, agli interessi, cioè, facenti capo a soggetti che si trovano in posizione fattualmente indifferenziata. È il caso, ad esempio, dell'art. 79, *Testo Unico delle leggi regionali sull'ordinamento dei Comuni della Regione autonoma Trentino-Alto Adige* (rubricato «*Pubblicazione ed esecutività delle deliberazioni*»), che, nel disciplinare la pubblicazione «mediante affissione all'albo pretorio» delle deliberazioni comunali, al co. 5 prevede che «Entro il periodo di pubblicazione, *ogni cittadino può presentare alla giunta comunale opposizione a tutte le deliberazioni*. Le modalità, i termini e le procedure di risposta all'opposizione sono disciplinati con regolamento» (corsivo di chi scrive). Un qualunque cittadino, quindi, può proporre ricorso in opposizione per ragioni di merito, pur versando in una posizione fattualmente indifferenziata (essendo dunque titolare di un interesse semplice). Sulla disposizione si è espresso il TRGA Trentino-Alto Adige, Sez. aut. Bolzano, 2/10/2015, n. 295.


ISSN 2036-7821

non (solo) della legittimità, ma (anche) del merito del provvedimento. Può ben dirsi, in proposito, che proprio il poter ottenere che venga riconsiderato il merito della scelta amministrativa costituisca oggi, nell'attuale, la principale ragion d'essere del ricorso amministrativo (e non giurisdizionale)[5].

Certo non fu questa la causa nella genesi del ricorso amministrativo: il suo fondamento originario corrispondeva, infatti, al massimo grado di giustizia cui poteva aspirare uno Stato autoritario, il quale solo 'graziosamente' la concedeva, essendo possibile ottenerla soltanto rivolgendosi alla stessa Amministrazione, pur se in veste 'giustiziale'. È innegabile, dunque, che il ricorso amministrativo si collocasse in una prospettiva ispirata da una logica di situazioni soggettive in qualche modo ottriate, pienamente coerente con la cultura istituzionale dello Stato assoluto.

Quando si è istituita la giustizia amministrativa, come corollario dell'affermazione dello Stato di diritto, secondo il quale la violazione della legge da parte degli atti della P.A. avrebbe dovuto poter essere sindacata dinanzi ad un giudice, si è conservata la possibilità di ricorrere alla P.A.

Ma, come era fatale, la prevalente rilevanza funzionale di questo rimedio ha finito per coincidere con la possibilità giuridicamente strutturata che venga riconsiderato il merito della scelta amministrativa[6]. È del tutto ovvio, infatti, che, se vi sono ragioni

[5] La questione del sindacato sul merito amministrativo è complessa ed è stata affrontata in numerosi studi. Fra gli altri – oltre ai più risalenti, fondamentali, saggi di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pub.*, 1950, I, pp. 1 ss., e *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1952, pp. 118 ss., e a quello di G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. Dir. Pubb.*, 1963, pp. 60 ss. –, si v.: G. CORAGGIO, voce *Merito ammministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, 1976, pp. 130 ss.; ID., *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali* (relazione al Convegno su "Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali" organizzato dal C.I.S.A., L'Aquila, 12-13 ottobre 1979), in *Nuova Rass.*, 1981, fasc. 14, pp. 1389 ss.; F.G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo* (Relazione al Convegno su "Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali" cit.), in *Nuova Rass.*, 1981, fasc. 14, pp. 1376 ss.; T. ALIBRANDI, *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. Soc.*, 1982, fasc. 1, pp. 55 ss.; T. ANCORA, *Il vizio di eccesso di potere negli atti amministrativi e sua rilevanza nella fase del loro controllo*, in *Cons. Stato*, 1983, fasc. 8-9, pt. 2, pp. 1015 ss.; F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. Pub.*, 2000, fasc. 2, pp. 433 ss.; F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo* (Relazione al Convegno Giornate di studio sulla giustizia amministrativa. Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica, Rapolano Terme (Si), 8-9 giugno 2018), in *Federalismi.it*, 2018, fasc. 17; L. BENVENUTI, *Brevi note sulla effettività della tutela giurisdizionale* (Relazione al Convegno "Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri", Lucera, 22-23 giugno 2018), in *GiustAmm.it*, 2018, fasc. 7; F. MERUSI, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* (Relazione al Convegno Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Una riflessione aggiornata in omaggio a Salvatore Mazzamuto, Roma, 17-18 novembre 2017), in *Dir. e Proc. Amm.*, 2019, fasc. 2, pp. 281 ss.

[6] D'altra parte – come esplicitamente chiarisce Cons. Stato, Sez. II, par. 6/11/2012, n. 4624 –, «A differenza del rapporto intercorrente tra il ricorso straordinario e quello giurisdizionale, i due strumenti di tutela offerti a chi si senta leso da un atto amministrativo non sono alternativi, essendo consentita all'interessato l'impugnazione in via gerarchica dell'atto e, quindi, quella del "silenzio rigetto" sullo stesso formatosi (ai sensi dell'art. 6 del D.P.R. in questione) o della decisione esplicita di non accoglimento del gravame medesimo. Privare l'interessato della possibilità di far valere, in sede gerarchica, vizi non solo di legittimità ma anche di merito nei confronti di atti amministrativi non definitivi, vuol dire, dunque, espropriarlo irragionevolmente ed immotivatamente di un


ISSN 2036-7821

di legittimità, è (oltre che logico e naturale) preferibile rivolgersi al giudice amministrativo, soggetto terzo che, per definizione, offre maggiori garanzie: se l'atto della P.A. ha violato una norma giuridica, è evidente che il titolare di una situazione differenziata, al fine di vederla tutelata, preferisca rivolgersi al giudice amministrativo, piuttosto che alla stessa P.A. che lo ha emanato.

Epperò, il giudice – stante il principio della separazione dei poteri – mai può entrare nel merito della scelta amministrativa, non può cioè scegliere in luogo della P.A., questo costituendo il contenuto fisiologico, il *proprium*, del potere amministrativo[7]. Se la legge assegna questo potere alla P.A., il giudice non può sindacarne la scelta[8], perché l'ordinamento deputa ad essa il compito di decidere per la comunità, di quest'ultima essendo, più o meno direttamente, rappresentativa.

Lo studio, pertanto, dopo aver richiamato in breve la nozione di interesse amministrativamente protetto – almeno secondo chi ritiene tuttora persistente la figura, questa non essendo generalmente riconosciuta in dottrina[9] – sinteticamente

---

concorrente strumento di tutela offerto dall'ordinamento, in attuazione di quanto previsto dall'art. 24 della Costituzione».

[7] L'assunto è pacifico nella unanime opinione della dottrina (per tutti cfr. G. CORAGGIO, voce *Merito ammministrativo* cit., *passim*) e dei giudici amministrativi: di recente, *ex multis*, si v., Cons. Stato, Sez. I, par. 29/1/2021, n. 117, secondo cui «il ricorso gerarchico, quale rimedio squisitamente amministrativo consentito per motivi di legittimità e di merito, si inserisce nella complessiva attività amministrativa […], venendo a far parte, in forma di riesame, di una unitaria attività procedimentale». Il concetto risulta ancor più esplicitamente chiarito da TAR Lazio, sez. I-bis, 19/2/2020, n. 3652: «l'autorità amministrativa, adita in virtù del ricorso gerarchico, risulta investita di un potere sovrapponibile a quello già esercitato, nel senso che è tenuta a pronunciarsi sì sulle censure formulate con il rimedio amministrativo ma ha anche facoltà di integrare la motivazione del provvedimento impugnato, di confermare il contenuto di quest'ultimo sulla base di un percorso argomentativo differente o, ancora, di rivalutare interamente la fattispecie concreta (tenuto conto della titolarità in capo ad essa della stessa competenza dell'organo gerarchicamente subordinato – cfr., tra le altre, TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 27 marzo 2019, n. 273)».

[8] Sul punto si v., ad esempio, Cons. Stato, Sez. II, par. 15/12/2011, n. 4656 (reso con riferimento al ricorso proponibile al Ministero avverso il provvedimento conclusivo della verifica o della dichiarazione di interesse culturale): «La *ratio* della disposizione e la finalità dello strumento di garanzia costituito dal ricorso amministrativo in esame, non è solo quella, di evidente ispirazione liberistica, di tutelare esclusivamente gli enti proprietari dei beni in questione, consentendone la piena disponibilità, bensì anche quella di consentire, nell'interesse generale, all'Amministrazione di ravvisarne l'effettivo interesse storico-artistico, magari sfuggito in occasione del primo accertamento. Nel "prisma" dell'atto conclusivo della verifica di cui all'articolo 12, *tali interessi possono trovare adeguata ed effettiva tutela solo in sede di ricorso amministrativo, potendo il sindacato sulla sostanza delle decisioni* di apposizione o meno del vincolo, *nella forma piena "di legittimità e di merito", essere pienamente svolto esclusivamente davanti alla stessa autorità amministrativa in funzione giustiziale*. Come già affermato dalla giurisprudenza, le esigenze sopra rappresentate non potrebbero trovare alcuna effettiva tutela in sede giurisdizionale, stanti i *limiti che il sindacato del giudice amministrativo incontra*, particolarmente stringenti nelle materie in esame (cfr. TAR Lazio, Sez. II quater, n. 4987 del 23.5.2008 e n. 7756 del 30.7.2008), essendo allo stesso precluso ogni sindacato sui vizi "di merito" (cfr. Cons. St., sez. VI, 23 novembre 2004, n. 7694)» (corsivi di chi scrive).

[9] A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, I, pp. 106-107, riconosce la situazione in parola: pur considerando l'interesse semplice come sinonimo dell'interesse di fatto, egli ricomprende nell'unico *genus* 'interesse semplice' anche l'interesse amministrativamente protetto. Altra parte della dottrina nega ogni possibilità di esistenza di situazioni giuridiche soggettive diverse dai diritti soggettivi e dagli interessi legittimi: è,


ISSN 2036-7821

farà altrettanto con riguardo alla disciplina dei ricorsi amministrativi, che resta quella dettata dal D.P.R. 24/11/1971, n. 1199 (recante «*Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi*»), soffermandosi in particolare sulla legittimazione ad agire, per affrontare infine la questione della proponibilità di un ricorso amministrativo soltanto per vizi di merito[10].

2. *Gli interessi amministrativamente protetti.*

Può dirsi che l'interesse ad un bene della vita sia *amministrativamente protetto* laddove al suo titolare venga dall'ordinamento garantita una qualche forma di tutela, disciplinata dalla legge, in sede (non giurisdizionale, ma) amministrativa. Si ritiene, quindi, che un soggetto vanti un interesse amministrativamente protetto se: *a*) la sua posizione sia fattualmente differenziata, sia costituita cioè da un interesse non adespota, facendo capo ad un titolare che è, sul piano fattuale, distinguibile rispetto agli altri consociati; *b*) il potere amministrativo venga esercitato in maniera considerata inopportuna o non conveniente (a prescindere che lo sia stato anche in maniera illegittima); *c*) l'ordinamento giuridico disponga che, al fine di ottenere la riconsiderazione del merito della scelta della P.A., egli possa impugnare il provvedimento con ricorso amministrativo.

Il titolare, insomma, non si trova in una posizione indifferenziata, al pari di quella del *quisque de populo*. La consistenza del bene della vita cui aspira è significativamente diversa da quella del bene cui aspirano tutti gli altri consociati, giacché vede pregiudicato un interesse sostanziale suo proprio. La posizione in cui si trova, in altre parole, è *differenziata* sul piano fattuale, egli vantando un interesse particolare, che

---

ad esempio, l'opinione di V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 276, secondo il quale nel caso degli interessi che sono «oggetto, da parte dell'ordinamento […] di un atteggiamento positivo […] l'interesse diviene, in virtù della qualificazione dell'ordinamento, presupposto sostanziale di una situazione giuridica soggettiva; altrimenti, resta interesse, come suol dirsi, di mero fatto». Ovvero, sulla scia di un antico insegnamento, chiama gli 'interessi amministrativamente protetti' col nome di 'interessi semplici': così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 113-114, il quale definisce questi ultimi appunto come quegli «interessi che l'ordinamento considera, e in definitiva tutela, ma in una forma indiretta oppure globale e oggettiva, e quindi non si tratta di interessi di fatto nel vero senso della parola […]. Gli *interessi semplici* […] sono quegli interessi che ricevono considerazione e protezione non nelle e dalle norme giuridiche che disciplinano l'azione amministrativa, ma in quelle norme e criteri non giuridici ai quali pure tale azione è soggetta (e che riguardano il merito dell'atto amministrativo)»; sebbene, ad onor del vero, avverte subito dopo che «Si tratta però […] di una categoria […] che la più recente dottrina va abbandonando, perché gli interessi che la compongono sono destinati a confluire o nella categoria degli interessi legittimi o nella categoria degli interessi di fatto. I casi infatti sembrano due: o l'ordinamento prevede degli strumenti di tutela di questi interessi, strumenti mediante i quali si possono far valere i vizi di merito dell'atto amministrativo (ricorso amministrativo anche in merito; giurisdizione di merito) e allora i c.d. interessi semplici non sono che interessi legittimi […]; oppure l'osservanza del dovere di buona amministrazione non è giuridicamente sanzionata […] e allora si ricade negli interessi di fatto».

[10] La tesi affermativa sembra rinvenibile – oltre che in G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo* cit., spec. pp. 139 ss. – anche in A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., pp. 677 e 1235 (cit. *infra* alla nota 69); e A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa* cit., p. 160 (cit. *infra* alle note 46 e 58).


ISSN 2036-7821

deriva dal rapporto singolare (cioè 'solo di lui' e di nessun altro) che ha con quel bene della vita.

Per descrivere il contenuto di tale interesse, però, è necessario capire che, quand'anche la scelta provvedimentale della P.A. sia conforme al quadro normativo di riferimento, e dunque legittima, ciò nondimeno l'atto assunto potrebbe non soddisfare la pretesa sostanziale del titolare della situazione soggettiva differenziata, il quale comunque lamenterebbe il pregiudizio arrecato al suo interesse al bene della vita dalla decisione amministrativa[11]. In altre parole, fra quelle conformi alla legge, la P.A. avrebbe potuto scegliere una soluzione tale da non sacrificare il suo interesse individuale.

Ebbene, all'interessato, nelle ipotesi in cui l'ordinamento lo contempli e specificamente lo riconosca – giacché questa possibilità non è generalizzata, essendo bensì assicurata soltanto nei casi previsti dalla legge –, è consentito, per così dire, di 'ridiscutere' con la P.A. della opportunità della scelta provvedimentale, rivendicando appunto un interesse amministrativamente protetto[12]. In questo caso, dunque, il quadro giuridico di riferimento corrispondente alla situazione soggettiva soltanto differenziata nel fatto consente alla P.A. di assumere quel provvedimento, l'interessato potendosi lamentare, non della legittimità, bensì del merito della scelta amministrativa[13].

A ben vedere, pertanto, non pare proprio che la situazione in parola possa definirsi uguale, o anche solo omologa, sul piano concettuale, a quella che viene denominata

[11] In siffatte circostanze si rivelano con evidenza le due anime della persona, quella di cittadino e quella individuale. Si propone, cioè, in maniera palese la 'dicotomia schizofrenica' del soggetto interessato. La P.A. persegue un interesse pubblico ed egli, in quanto cittadino, vuole che venga realizzato, ben potendo in tale veste condividere la scelta amministrativa. La sua anima individuale, però, lamenta il pregiudizio che in concreto le deriva dalla realizzazione dell'interesse pubblico. Come se, con un'astrazione, si configurasse una sorta di sdoppiamento del soggetto, l'immagine del quale, per un verso, si vede caratterizzata dalla volontà di realizzare il bene comune (ma – anche in tal caso e attraverso questo – pure quello proprio, che con l'altro in qualche misura si confonde), e, per il verso opposto, come protesa a difendere l'interesse singolare.

[12] Come spiega A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., p. 106, l'interesse amministrativamente protetto è «l'interesse che gli amministrati hanno a che le autorità, nel porre in essere gli atti che vengano eventualmente a incidere nella sfera dei loro particolari interessi, si attengano, nell'uso dei poteri discrezionali, al rispetto dei canoni di *buona amministrazione* – vale a dire non pongano in essere atti i quali, pur essendo legittimi, siano, dal punto di vista tecnico o della convenienza amministrativa, non appropriati. Il dovere di usare dei poteri pubblici in conformità delle norme di buona amministrazione (le quali, pur non essendo norme giuridiche, sono norme *d'azione* […]) è infatti imposto senza prendere specificamente in considerazione gli interessi degli altri soggetti, ma soltanto nell'interesse della generalità»; d'altra parte, non può non rilevarsi che, secondo l'A., gli interessi amministrativamente protetti sono «indubbiamente differenziati rispetto agli interessi della generalità dei cittadini orientati nei medesimi sensi». In maniera non dissimile sembra esprimersi A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005, vol. I, pp. 145 ss., 216, quando afferma che «Agli interessi individuali protetti indirettamente solo dal dovere dell'Amministrazione di osservare queste ulteriori regole non giuridiche, pur tuttavia non si può negare una qualche rilevanza giuridica sostanziale».

[13] Si vedrà, peraltro, subito a seguire che una situazione, almeno *prima facie*, soltanto fattualmente differenziata, può diventare anche giuridicamente qualificata.


ISSN 2036-7821

di interesse semplice (o di fatto). Questo perché l'ordinamento vigente prevede una *chance* di ricorrere in via amministrativa, così sembrando doversi riconoscere – ovviamente soltanto nelle ipotesi in cui tale protezione sia accordata – piena fondatezza alla categoria dell'*interesse amministrativamente protetto*[14].
Negare ad essa autonoma dignità di esistenza sul piano concettuale significherebbe ritenere che la situazione del soggetto che si trovi in una posizione fattualmente indifferenziata sia uguale a quella del soggetto che si trovi in una posizione differenziata, laddove invece a quest'ultimo l'ordinamento, considerando solo la P.A. capace di riformare il merito della sua stessa decisione, riconosce (non di rado) la possibilità di ricorrere in sede (non giurisdizionale, ma) amministrativa giustiziale[15].

---

[14] Del resto, la situazione soggettiva di interesse amministrativamente protetto trova esplicito riferimento in varie – è vero, alcune non proprio recenti, ma altre non molto risalenti – pronunce. Si v. Tribunale di Roma, 25/11/1995, secondo cui «ogni cittadino può vantare un mero *interesse amministrativamente protetto*, come quello al buon andamento e correttezza dell'amministrazione, tutelato solo all'interno dell'ordinamento settoriale amministrativo», al rispetto dei «principi di completezza, obiettività ed imparzialità dell'informazione imposti dalla l. n. 103 del 1975 alla concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo», principi che «costituiscono criteri vincolanti per l'esercizio dell'attività» della concessionaria medesima. Nonché quelle seguenti del Supremo Collegio Amministrativo. Cons. Stato, Sez. VI, 20/10/1998, n. 1417: «La situazione che legittima l'esercizio del diritto di accesso non può essere verificata secondo i canoni utilizzati in sede giurisdizionale, in quanto è sufficiente che l'istante sia titolare di un *interesse amministrativamente protetto* e aspiri a una tutela meramente giustiziale o anche solo procedimentale»; Cons. Stato, Sez. III, 24/3/2015, n. 1572: «Si può dire, ricorrendo ad antiche – per quanto, ormai, superate e desuete – categorie del diritto amministrativo, che l'esclusività dei tre blocchi contigui in origine goduta dalla sola H3G s.p.a. nasce e si atteggia come un *interesse di fatto* o, al più e secondo una ambigua e non felice definizione, un *interesse occasionalmente protetto*, ma non è effetto diretto dell'assegnazione, non è, cioè, il fine né rientra tra i fini perseguiti dall'Amministrazione nell'assegnazione del terzo blocco ad H3G s.p.a., non è una causa o concausa del potere attribuitole dalle disposizioni in materia (disposizioni, del resto, che nemmeno l'appellante ha potuto addurre a sostegno della sua tesi), e in ultima analisi non è, sempre per usare concetti tradizionali, un *interesse amministrativamente protetto* né tutelabile in questa sede» (i corsivi sono di scrive).

[15] Mentre davanti al giudice amministrativo il merito – tranne che in assai circoscritte ipotesi tassativamente previste dalla legge (la più significativa delle quali è senz'altro quella del giudizio di ottemperanza) – non può mai essere discusso, davanti alla stessa P.A. può sempre essere rivisitato (e ottenere che lo sia, nelle diffuse ipotesi di ricorso amministrativo previste dalla legge, è un diritto dell'interessato), in ragione della fisiologica inesauribilità del potere amministrativo. Come chiarisce A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., pp. 106-107, infatti, gli interessi amministrativamente protetti, «di regola, non assumono rilevanza e non ricevono una qualche protezione se non al livello dell'ordinamento settoriale dell'Amministrazione. Infatti, pur non potendo esser fatti valere, di regola, in sede giurisdizionale, i vizi di merito dei provvedimenti che li abbiano intaccati (e cioè quei difetti dei provvedimenti stessi che ineriscano al fatto di essere stati, questi, posti in essere in modo tecnicamente non appropriato e/o tale da non soddisfare o non soddisfare pienamente l'interesse pubblico) possono talvolta esser fatti valere in sede amministrativa; anzi, di regola, possono esser fatti valere in sede gerarchica»: dal che la conclusione che «Se a proposito degli interessi che i singoli abbiano all'osservanza delle regole tecniche e di buona amministrazione non può dunque, di regola, parlarsi di interessi *giuridicamente* garantiti, bisogna nondimeno ammettere che taluni di essi (quelli che possono ricevere indiretta soddisfazione dal fatto che contro i provvedimenti che li abbiano intaccati sia ammesso un reclamo in sede amministrativa, che è generalmente quella gerarchica) sono *amministrativamente* protetti». Sull'amministrazione giustiziale, fra gli altri, si v. A. DE CHIARA, *Attività private, interesse pubblico e decisioni amministrative sulle liti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.


ISSN 2036-7821

In definitiva, per il titolare della situazione fattualmente differenziata il provvedimento non è conveniente ed opportuno. Egli, quindi, non discute della legittimità, cioè della conformità dell'atto al quadro giuridico di riferimento che segna il paradigma dell'azione amministrativa. Non c'è violazione dell'assetto normativo, almeno a prima vista[16]. Ciò di cui l'interessato si lamenta è la convenienza ed opportunità della soluzione prescelta: sostiene che, giusta la previsione normativa, il provvedimento sarebbe stato legittimo anche scegliendo una soluzione diversa, tale da non arrecare pregiudizio al suo interesse sostanziale.

D'altra parte, ben potrebbe la P.A. opporre che ha considerato l'interesse del titolare che si trova in posizione differenziata, e che, però, tale interesse dovesse essere sacrificato all'esito sia della indispensabile valutazione, al tempo stesso, di altri elementi (quali, ad esempio, le specifiche condizioni tecniche, ovvero la contenuta disponibilità di risorse finanziarie), sia dell'altrettanto imprescindibile contemperamento di tutti gli interessi secondari (pubblici e privati) interagenti nella fattispecie concreta con quello pubblico specifico primario.

È vero, quindi, che la scelta avrebbe potuto essere un'altra senza che il quadro normativo di riferimento fosse violato (e dunque senza che l'interesse pubblico specifico fissato in astratto dalla legge fosse stato perseguito in concreto in maniera non corretta, illegittima). Del resto, il fatto che la combinazione degli interessi in gioco possa sortire in una serie di soluzioni, e non in una soltanto, costituisce la ontologia del potere amministrativo. Altrimenti verrebbe a mancare la ragione esistenziale del pubblico amministrare. Basterebbe la legge, capace nella sua previsione di esaurire ogni possibile risposta alla specificità delle multiformi realtà fenomeniche[17].

Prima di passare ad esaminare brevemente il sistema dei rimedi amministrativi – come dichiarato in premessa – è necessario soffermarsi sul caso in cui un interesse che si presenti in apparenza come amministrativamente protetto possa, a dir così, 'trasformarsi' in interesse legittimo per effetto di un eccesso di potere.

Si è affermato che, pur nel rispetto della legge, la scelta avrebbe potuto essere diversa. E nella motivazione del provvedimento si spiega che sono stati valutati comparativamente tutti gli interessi secondari interagenti nella fattispecie concreta con l'interesse primario. Tuttavia, ad un esame più approfondito dell'atto, potrebbe rivelarsi che, ad esempio, la sussistenza di un requisito dalla legge stabilito quale presupposto della valutazione o della scelta discrezionale della P.A. sia confutabile, così come risulterebbe dimostrato da una perizia tecnico-scientifica.

[16] Come si vedrà subito a seguire, all'esito di un esame più approfondito, potrebbe essere diversamente.

[17] Naturalmente ciò non è, riconoscendosi, proprio per tale ragione, uno spazio di 'manovra' alla P.A., che coincide, appunto, con il potere/dovere di concretizzare, storicizzandola, la previsione normativa. Il provvedimento, infatti, epifania dell'esercizio del potere, contiene la scelta che determina in concreto se e quanto sia godibile, da parte del titolare, il bene della vita oggetto del suo interesse.


ISSN 2036-7821

È evidente che in un caso del genere solo apparentemente si sta discutendo del merito insindacabile (dinanzi al giudice) della scelta: si tratterebbe di una illegittimità attinente al merito, ed in corrispondenza il soggetto sarebbe titolare, non più di un interesse protetto soltanto in via amministrativa, bensì di un vero e proprio interesse legittimo[18]. Del resto, se dalle argomentazioni presenti nella motivazione del provvedimento emergono elementi di fatto, o valutazioni degli stessi, o motivazioni della scelta che si rivelano insufficienti, contraddittori, incongrui, irragionevoli, insomma incapaci di sostenere adeguatamente il contenuto dispositivo del provvedimento, l'apparente inopportunità di questo diventa vera e propria illegittimità[19].

Detto altrimenti, nella motivazione di ogni provvedimento amministrativo[20] – è risaputo –, oltre a doversi richiamare le norme giuridiche di riferimento da applicarsi al caso concreto, vanno esplicitate sia la descrizione dei fatti presupposti dell'azione di cui s'è acclarata la sussistenza, sia le ragioni che hanno portato alla scelta finale. In essa, dunque, c'è la 'storia' logica e cronologica del provvedimento, ed è lì che, per la gran parte, si 'annidano' i vizi di legittimità. Ora, è chiaro che tali vizi siano immediatamente rilevabili laddove ricorra una palese violazione di legge. In tal caso la situazione soggettiva del frontista è con ogni evidenza di interesse legittimo. Talvolta, però, anche laddove la situazione del frontista sia apparentemente soltanto di interesse amministrativamente protetto (sempre che la legge contempli la possibilità di proporre ricorso amministrativo) giacché si controverte sulla opportunità e sulla convenienza dell'atto, l'esercizio del potere amministrativo può comunque esitare in un provvedimento illegittimo[21].

---

[18] La situazione di chi si trovi in una posizione differenziata nel fatto, invero, verrebbe lesa anche sul piano giuridico, giacché il provvedimento, violando una norma giuridica (di azione), risulterebbe illegittimo, e non semplicemente inopportuno. Pertanto, essendo il rispetto del quadro giuridico di riferimento soltanto apparente (diversamente da ciò che verrebbe, *prima facie*, di ipotizzare), la situazione del frontista consisterebbe in qualcosa di più di un interesse tutelato sul piano meramente amministrativo, egli potendo far valere dinanzi al giudice la pretesa alla legittimità dell'azione della P.A.

[19] È pacifico che la norma giuridica (di azione), nel disciplinare il potere, stabilisce come esso deve essere esercitato. Ed il *come* non si risolve soltanto nel rispetto della competenza dell'organo ad emanare il provvedimento, o della scansione dei diversi passaggi del procedimento. Il *come* comprende pure il rispetto del fine (l'interesse pubblico specifico) per la cura del quale la legge ha assegnato il potere: insomma, l'atto è illegittimo – non soltanto inopportuno – anche laddove non raggiunga il fine stabilito dalla legge. D'altronde, il vizio di legittimità per certi aspetti più rilevante è, appunto, l'*eccesso di potere*, cioè la violazione nel fine, nell'assetto teleologico, nella funzione dell'atto. Il *come* la norma di azione disciplina l'esercizio del potere, dunque, attiene anche allo scopo che questo deve per legge perseguire. Se tutto è stato fatto correttamente – l'organo era competente ed ha rispettato in maniera puntuale la procedura –, ma, ciò nonostante, l'atto assunto non realizza il fine per il quale il potere è stato conferito, si tratta comunque di una violazione della norma giuridica che disciplina quel potere, e cioè di un esercizio di questo illegittimo e non solamente inopportuno.

[20] Il relativo obbligo è prescritto dalla legge: art. 3, L. 7/8/1990, n. 241.

[21] Ogni potere amministrativo ha una sua definizione teleologica, è funzionalizzato all'interesse pubblico specifico fissato, caso per caso, pur se in modo inevitabilmente astratto, dalla legge. L'atto risulta viziato se non consegue il suo scopo istituzionale. Ciò è a dire che, nella fattispecie concreta, sono presenti elementi tali per cui è


ISSN 2036-7821

In conclusione, si verifica l'ipotesi di 'trasformazione', per così dire, della situazione di interesse amministrativamente protetto in quella di interesse legittimo, quando il provvedimento amministrativo apparentemente legittimo sia invece viziato da eccesso di potere, perché dalla motivazione (ma può anche essere fuori di essa) si rinvengono una o più figure sintomatiche, dalle quali si può desumere la deviazione della finalità dall'alveo naturale del potere di cui l'atto è concreta manifestazione[22]. Questo rimirando la fattispecie dalla parte della P.A. Rimirandola, invece, dalla parte del frontista, laddove si rilevino figure sintomatiche, la situazione che *prima facie* si presenta di interesse protetto (se del caso) soltanto in via amministrativa, ha invece la consistenza di interesse legittimo: non ci si lamenta più del merito della scelta amministrativa, ma della sua legittimità, il parametro in gioco, però, essendo costituito (non meramente dai vincoli procedurali stabiliti dalla legge, bensì) dall'assetto teleologico del potere normativamente disegnato. Insomma, è stato alterato in maniera giuridicamente significativa il profilo funzionale del potere, dalla legge finalizzato al conseguimento dell'interesse pubblico specifico[23].

3. *I ricorsi amministrativi: ragion d'essere, natura e disciplina.*

Come s'è ricordato in premessa, i ricorsi amministrativi sono espressione della funzione giustiziale dell'amministrazione[24]. La P.A. è chiamata dalla legge (dopo aver esaminato i motivi dedotti nel ricorso) a risolvere la controversia sottopostale[25]

---

possibile rilevare che il provvedimento in cui si manifesta l'esercizio del potere ha realizzato un fine diverso da quello che la legge aveva posto quale obiettivo della P.A.

[22] Il vizio di eccesso di potere, infatti, a meno che non si risolva in vero e proprio 'sviamento', non può rilevarsi facilmente, sovente non manifestandosi in modo palese: nella maggioranza dei casi, invero, viene dedotto per via indiziaria, derivandosi dalla sussistenza di 'figure sintomatiche'.

[23] Come avverte G. PALMA, *Le posizioni giuridiche soggettive* cit., p. 88, ne consegue che «se la valutazione dell'interesse pubblico […] avverrà ad opera dell'autorità competente, in modo 'legittimo' […], allora (e soltanto allora) si potrà verificare se il sancito soddisfacimento dell'interesse pubblico consente o meno di soddisfare anche il privato nella sua pretesa di conseguimento o di conservazione di una utilità».

[24] Come spiega A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., II, p. 1203, «si tratta di mezzi di giustizia (o, come anche suol dirsi, giustiziali), vale a dire di strumenti ordinati a risolvere una controversia in vista della realizzazione della giustizia nel caso concreto», chiarendo, poco oltre, in maniera ancor più esplicita, che «Le procedure instaurate mediante i ricorsi amministrativi, pur avendo carattere contenzioso – in quanto traggono necessariamente origine da una istanza privata e si svolgono in contraddittorio delle parti interessate –, hanno perciò natura amministrativa e non giurisdizionale. Tale natura comporta poi che gli atti della procedura abbiano forza e valore di atti amministrativi (e non di atti giurisdizionali). Con conseguente possibilità che essi vengano caducati e corretti (oltre che in sede giurisdizionale, anche) nelle sedi amministrative qualificate» (pp. 1205-1206). È dello stesso avviso M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi* cit., p. 662, secondo la quale «Mediante i ricorsi amministrativi la p.a. è chiamata a decidere, in contraddittorio con le parti interessate, una controversia, concreta e attuale, occasionata da un proprio antecedente atto amministrativo: a svolgere, cioè, una funzione amministrativa giustiziale. Espressione, questa, con la quale si indica una attività di riesame della legittimità e opportunità di un provvedimento amministrativo da parte di un organo dell'amministrazione stessa, su domanda del diretto interessato».

[25] Sempre secondo l'insegnamento di A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., II, pp. 1201-1202, infatti, «Col nome di ricorsi amministrativi si indicano quelle istanze che i soggetti interessati possono presentare


ISSN 2036-7821

con una decisione che ha natura di atto amministrativo: ad essa si applica, perciò, il regime giuridico tipico di quest'ultimo. Tuttavia, sebbene non siano espressione della funzione giurisdizionale, i rimedi in parola, per molti profili, sono soggetti ad un regime giuridico sostanzialmente identico a quello processuale[26].

D'altra parte, non è revocabile in dubbio che la ragion d'essere dei ricorsi amministrativi stia – come si è appena dichiarato – nella intenzione di provare a risolvere nel seno della P.A. le controversie nelle quali essa stessa sia in qualche modo (anche se non diretto) coinvolta, prima di (ed eventualmente anche a prescindere dal) rivolgersi al giudice amministrativo[27].

Alla stessa stregua, sembra difficile non convenire sulle prospettive future dei rimedi giustiziali in esame. Alla luce del complessivo 'spirito' costituzionale, infatti, una loro eventuale implementazione pare rispondere appropriatamente allo scopo di accrescere le occasioni e la qualità della tutela offerta ai destinatari dell'azione amministrativa: a costoro, invero, fatte salve le ipotesi eccezionali della giurisdizione amministrativa di merito, in nessun altro modo è consentito di 'pretendere' (seguendo una strada giuridicamente significativa) che l'esercizio del potere amministrativo venga rivisitato nel merito[28].

---

a una autorità amministrativa perché questa risolva, *ex autoritate sua*, una controversia insorta nell'ambito del sistema della pubblica Amministrazione. La materia non è regolata dalla Costituzione, ma soltanto dalle leggi».

[26] Del resto – come afferma A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 150 – «La collocazione dei ricorsi amministrativi nel contesto della funzione amministrativa, e non della funzione giurisdizionale, non deve, però, far passare in secondo piano la specificità della funzione amministrativa attivata da un ricorso». In proposito si v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. II, par. 4656/2011 cit., *retro*, nota 8.

[27] A questo riguardo A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., II, p. 1205, nitidamente chiarisce: «La funzione delle procedure instaurate mediante i ricorsi amministrativi è ormai prevalentemente quella di cercare in seno all'ordine amministrativo una soluzione alle controversie insorte nell'ambito di esso e involgenti […] interessi dell'Amministrazione, prima che le controversie stesse siano portate a trasferirsi, nell'aspirazione al giusto epilogo, nell'ordinamento generale. Il loro obiettivo istituzionale è, dunque, sicuramente un obbiettivo di giustizia: quello della eliminazione dei torti (e perciò delle lesioni di interessi) eventualmente subiti o temuti dai soggetti che le promuovono. E ciò accosta palesemente le procedure stesse a quelle giurisdizionali. Tra le une e le altre esiste però un netto tratto di differenziazione, rappresentato dal fatto che, mentre il protagonista di queste ultime è un giudice […], e le relative procedure si svolgono e si risolvono nel quadro dell'ordinamento generale, e perciò in funzione degli interessi obbiettivi (e superiori) della comunità generale (Stato-comunità), le procedure di cui ci occupiamo hanno per protagonista un'autorità amministrativa […], e si svolgono in seno a un ordine particolare […], e in funzione di un interesse (sia pure "giustiziale") proprio (e specifico) di quell'ordine».

[28] Giusta l'auspicio di M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi* cit., pp. 664-665, nella prospettiva segnata a partire dalle leggi del 1971 sui ricorsi amministrativi e sui TAR, «caratterizzata dal progressivo affermarsi, anche nell'ambito dell'amministrazione giustiziale, del modello organizzativo e funzionale voluto dal costituente, è possibile oggi una **rilettura e un ripensamento** di questa, in vista anche di quella diversificazione degli strumenti di tutela dei cittadini nei confronti dell'amministrazione già da tempo sollecitata da una direttiva comunitaria (84/450) e da una Raccomandazione del Consiglio d'Europa (5 settembre 2001) sull'opportunità di valorizzare le c.d. *alternative dispute resolutions* (a.d.r.). Non c'è dubbio, infatti, che la **rivitalizzazione** della funzione giustiziale postula necessariamente un **recupero** del ruolo dei ricorsi amministrativi che di questa costituiscono l'espressione più peculiare. Tale recupero non risponde soltanto ad esigenze di riduzione del contenzioso giurisdizionale […], ma risponde principalmente all'esigenza di assicurare ai cittadini nei confronti dell'amministrazione una tutela in tempi brevi e poco costosa (non è richiesta, infatti, l'assistenza di un avvocato), ma soprattutto estesa al merito,


ISSN 2036-7821

Nella manualistica i ricorsi amministrativi vengono catalogati secondo diversi criteri[29]. Seguendo la classificazione che, in una ragionevole prospettiva sistematica, può ritenersi riassumere gran parte delle altre, essi vanno ordinati in due grandi categorie: i ricorsi impugnatori e i ricorsi non impugnatori. La prima – che è quella cui ai presenti fini bisogna prestare attenzione – è a sua volta scomponibile in più

essendo solitamente l'organo adito con un ricorso amministrativo in possesso di quella **capacità di giudizio sull'opportunità** dell'azione amministrativa che difetta, in via di principio, in capo all'organo giurisdizionale. Nondimeno si parla, da tempo, di crisi dei ricorsi amministrativi […]. Orbene, la proposta di un rilancio dei ricorsi amministrativi non sembra» in contrasto con la Costituzione, da questa traendosi «indicazioni per un modello di amministrazione strutturato in modo tale che tutta l'attività amministrativa – e quindi anche l'attività amministrativa di risoluzione dei conflitti occasionati da un precedente atto amministrativo – si svolga secondo i principi di imparzialità e buon andamento […]. Si tratta […] di valorizzare al massimo quegli aspetti positivi, oggi al livello di potenzialità, che ognuno dei quattro differenti tipi di ricorsi previsti e disciplinati nel nostro ordinamento, così da farne, per i cittadini interessati, veri e propri strumenti di tutela concorrenziali rispetto alla funzione giurisdizionale». Anche N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie* cit., pp. 62 ss., richiama la prospettiva indicata dalla Raccomadanzione del Consiglio d'Europa.

[29] In base ad un primo criterio, si fa differenza fra ricorsi *impugnatori* e ricorsi *non impugnatori*, a seconda che abbiano, o meno, ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento amministrativo; i secondi, quindi, non si propongono di ottenere la eliminazione di un atto, aspirando, piuttosto, semplicemente alla risoluzione di una controversia. Si qualificano come impugnatori, pertanto, sia il ricorso straordinario, sia il ricorso gerarchico (proprio e improprio) ed il ricorso in opposizione (si v. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., II, p. 1202). In base ad un secondo criterio, i ricorsi amministrativi si catalogano, secondo le 'modalità' di previsione nella legge, in: *a*) quelli che consistono in rimedi *di carattere generale*, i quali possono essere esperiti anche in assenza di una disposizione di legge che specificamente ne ammetta la proposizione e avverso qualunque atto amministrativo: è il caso del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica; *b*) quelli che consistono in rimedi *di carattere particolare*, i quali pure possono essere esperiti anche in assenza di una norma che specificamente ne ammetta la proposizione, ma solo avverso atti emanati da organi che, previsti in un sistema di relazioni interorganiche di tipo gerarchico, sono collocati in posizione di sotto-ordinazione: è il caso del ricorso gerarchico, giacché questo, nonostante a prima vista possa sembrare un rimedio di carattere generale, non può propriamente considerarsi tale, essendo un dato sempre più consolidato che fra le relazioni interorganiche siano di gran lunga prevalenti quelle di equi-ordinazione, e non quelle di sovra/sottoordinazione; e, infine, *c*) quelli che consistono in rimedi di *carattere eccezionale*, i quali possono essere proposti solo se ciò sia espressamente previsto da una specifica fonte del diritto: è il caso del ricorso gerarchico improprio, del ricorso in opposizione e dei ricorsi non impugnatori (per ragioni diverse, non concordano M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi* cit., p. 665, e A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa* cit., p. 151). In base ad un terzo criterio, che si fa derivare dal potere di cui l'amministrazione dispone ai fini della loro decisione, i ricorsi amministrativi vengono classificati in (soltanto) *eliminatori* ovvero (anche) *rinnovatori*. Sono eliminatori quei ricorsi a mezzo dei quali il ricorrente può chiedere all'amministrazione solo l'annullamento dell'atto impugnato: è il caso del ricorso straordinario. Quelli rinnovatori, invece, consentendo all'organo adito di effettuare, nei limiti della domanda del ricorrente, una valutazione non solo della legittimità dell'atto impugnato, ma anche della sua opportunità, permettono tanto il suo annullamento, quanto la sua modifica o sostituzione. Nella categoria rientrano il ricorso gerarchico e quello in opposizione (cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa* cit., p. 153). In base, infine, ad un quarto criterio, i ricorsi amministrativi si distinguono, per i vizi con essi deducibili, fra quelli ammessi solo *per vizi di legittimità* e quelli ammessi anche *per vizi di merito*. Mentre appare certo che il ricorso straordinario sia proponibile soltanto per vizi di legittimità, e che quello gerarchico, invece, tanto per vizi di legittimità che per vizi di merito; sembra meno sicura la collocabilità in via generale nell'una o nell'altra categoria del ricorso in opposizione e del ricorso gerarchico improprio, giacché ciò dipende da quanto, di volta in volta, dispongono le singole leggi che li disciplinano (siffatta classificazione ricalca – con tutta evidenza – quella precedente, pur avendo riguardo ad un profilo diverso: la natura del vizio, di legittimità e/o di merito, eventualmente dedotto nel ricorso, appare infatti speculare al potere di cui l'autorità dispone per risolvere la controversia proposta).


ISSN 2036-7821

*species*: da un lato, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, e, dall'altro, i ricorsi ordinari, distinti nei tre tipi del *ricorso gerarchico proprio*, del ricorso *in opposizione* e del *ricorso gerarchico improprio*[30].

Essendo il ricorso straordinario – com'è ben noto – proponibile soltanto per ragioni di legittimità, si colloca al di fuori dell'ambito della riflessione che si sta svolgendo. Sugli altri, invece, occorrerà porre brevemente l'attenzione, dopo aver sinteticamente richiamato la disciplina giuridica dei ricorsi amministrativi stabilita dal D.P.R. 1199/1971[31], che regola in via generale la materia. Da tale disciplina, invero, si possono inferire alcuni tratti essenziali e comuni a tutti i ricorsi amministrativi, alcuni dei quali, peraltro, sono propri soltanto di quelli ordinari. Del resto, la legge in parola detta essenzialmente la disciplina del ricorso gerarchico, questa venendo estesa a tutte le altre specie di ricorsi ordinari per effetto di norme di rinvio (e fatte salve le disposizioni specifiche di volta in volta previste).

Per quanto concerne, in primo luogo, gli adempimenti procedurali, i ricorsi amministrativi, al pari di quelli giurisdizionali, vanno redatti in forma scritta[32], ma, non integrando strumenti di natura processuale, la loro proposizione non è assistita dalle garanzie tipiche della tutela giurisdizionale[33]. I ricorsi amministrativi ordinari – diversamente da quelli giurisdizionali (per i quali il termine è normalmente di 60 giorni) – vanno proposti «nel termine di trenta giorni dalla data della notificazione o della comunicazione in via amministrativa dell'atto impugnato», ovvero «da quando l'interessato ne abbia avuto piena conoscenza» (art. 2, co. 1, D.P.R. 1199/1971), «all'organo indicato nella comunicazione o a quello che ha emanato l'atto impugnato» (co. 2)[34].

Il ricorrente non è tenuto a notificare il ricorso, né all'organo che ha emesso l'atto impugnato, né ai controinteressati. L'estensione del contraddittorio «agli altri soggetti direttamente interessati ed individuabili sulla base dell'atto impugnato» può

[30] Il discrimine fra i ricorsi *ordinari* ed il ricorso *straordinario al Presidente della Repubblica* (al quale è assimilato il ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia) sta, per un verso, nella 'definitività', o meno, dell'atto da impugnare (mentre i primi sono ammessi solo nei confronti degli atti non definitivi, il secondo, per converso, lo è solo nei confronti degli atti definitivi); e, per altro verso, nei vizi deducibili (per i primi soltanto quelli di legittimità, per i secondi anche quelli di merito).

[31] La legge sui ricorsi amministrativi dispone al Capo I del *ricorso gerarchico*, al Capo II del *ricorso in opposizione*, e al Capo III del *ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*. Al D.P.R. 1199 bisogna aggiungere, per le parti che integrano la disciplina in esso contenuta, la coeva L. 6/12/1971, n. 1034 (la legge TAR), nonché il più recente D.Lgs. 2/7/2010, n. 104, il cui Allegato 1 contiene il «*Codice del processo amministrativo*» (C.P.A.).

[32] E debbono contenere, da un lato, l'indicazione dell'organo adito, delle generalità del ricorrente e dell'atto impugnato, e, dall'altro, l'esplicitazione dei motivi di diritto e delle conseguenti conclusioni.

[33] Non v'è, infatti, obbligo di notifica ad eventuali controinteressati (tranne che nel caso del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica). Non è richiesto il patrocinio di un avvocato. Il termine per la loro proposizione non è soggetto alla sospensione feriale.

[34] Il termine è considerato perentorio, ciò che comporta la decadenza del diritto di ricorrere. I ricorsi possono essere presentati, oltre che «direttamente» (come è per quelli giurisdizionali), anche «mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento» (co. 2).


ISSN 2036-7821

però avvenire, «qualora non vi abbia già provveduto il ricorrente», ad opera dell'organo decidente, a mezzo di una comunicazione della avvenuta presentazione del ricorso (art. 4, co. 1)[35].

Quanto poi ai poteri istruttori dell'organo competente a decidere, esso «può disporre gli accertamenti che ritiene utili ai fini della decisione del ricorso» (art. 4, co. 3): la mancata elencazione dei mezzi istruttori e l'utilizzo da parte del legislatore della locuzione «accertamenti» autorizzano a ritenere che l'amministrazione possa disporre di ogni strumento probatorio ritenuto opportuno[36]. Sotto il profilo dei poteri cautelari, invece, l'organo decidente – diversamente da quanto accade per il giudice amministrativo – «può sospendere per gravi motivi l'esecuzione dell'atto impugnato» anche d'ufficio (art. 3).

Una volta conclusa l'istruttoria, l'organo adito provvede sul ricorso con decisione scritta e motivata[37]. I possibili contenuti della decisione sono elencati nell'art. 5, co. 1, che, naturalmente, prevede sia la decisione di *rito* (che non ha ad oggetto l'esame del merito, questo essendo impedito da una causa di natura procedurale)[38], sia la conclusione naturale, fisiologica, del ricorso, che si ha con una decisione di *merito* (nel qual caso il ricorso viene respinto o accolto)[39].

Prima di richiamare sinteticamente i principali profili peculiari delle tre specie di ricorsi ordinari, v'è un ultimo tema generale di cui riferire in breve, quello riguardante la nozione di *definitività*, giacché – è risaputo – tali ricorsi sono proponibili avverso atti amministrativi *non* definitivi[40]. La consustanziale relatività

[35] Ciò consente agli «interessati» di «presentare all'organo» destinatario del ricorso «deduzioni e documenti» nei venti giorni successivi alla comunicazione della sua presentazione (co. 2).

[36] La considerazione è condivisa da A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa* cit., p. 158, per il quale «Restano però fermi tutti i limiti generali posti all'amministrazione per l'esercizio dei suoi poteri istruttori (cfr. art. 13 legge 24 novembre 1981, n. 689): in particolare non sono ammessi i mezzi istruttori che incidano su diritti costituzionalmente garantiti (perquisizioni domiciliari, ispezioni personali, ecc.), né i mezzi istruttori che producano effetti sulla decisione incompatibili con i caratteri di un procedimento amministrativo (interrogatorio formale, giuramento)».

[37] Decisione che «deve essere comunicata all'organo o all'ente che ha emanato l'atto impugnato, al ricorrente e agli altri interessati, ai quali sia stato comunicato il ricorso, in via amministrativa o mediante notificazione o mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento» (art. 5, co. 2).

[38] L'organo decidente, invero, «se riconosce che il ricorso non poteva essere proposto, lo dichiara inammissibile. Se ravvisa una irregolarità sanabile, assegna al ricorrente un termine per la regolarizzazione e, se questi non vi provvede, dichiara il ricorso improcedibile».

[39] L'organo decidente, infatti, «Se riconosce infondato il ricorso, lo respinge. Se lo accoglie per incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'organo competente. Se lo accoglie per altri motivi di legittimità o per motivi di merito, annulla o riforma l'atto salvo, ove occorra, il rinvio dell'affare all'organo che lo ha emanato».

[40] Il carattere della definitività resta decisivo oggi solo per la proponibilità del ricorso straordinario, non avendo più rilevanza nell'ordinamento processuale sin dalle riforme del 1971. La Legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (recante «*Istituzione dei tribunali amministrativi regionali*»), invero, sia pur implicitamente (ciò ricavandosi dal fatto che, diversamente dall'art. 34 del R.D. 1054/1924 – secondo il quale «il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se non contro il provvedimento definitivo, emanato in sede amministrativa, sul ricorso presentato in via gerarchica» – non è più richiesta, per la impugnazione giurisdizionale, la definitività dell'atto), consente il ricorso giurisdizionale nei confronti degli atti anche non definitivi (art. 2). Secondo A.M.


ISSN 2036-7821

del concetto[41] rimanda inevitabilmente alle prescrizioni normative che vi fanno riferimento, e cioè alle fonti che disciplinano, da un lato, il relativo ambito materiale (le relazioni interorganiche), e, dall'altro, evidentemente, i ricorsi amministrativi. Dall'ordinamento si ricava che è definitivo il provvedimento che esita ad una «procedura destinata a sfociare nella pronuncia della parola ultima e decisiva da parte dell'autorità amministrativa a tal fine qualificata nell'ambito del rispettivo settore»[42].

Se è questo il contenuto di senso del lemma, ciò nondimeno si deve precisare che, nell'apparato della P.A. italiana contemporanea, esso ricorre concretamente in almeno due distinte circostanze: che l'atto sia preso da un'autorità posta al vertice di un plesso organizzatorio strutturato secondo la logica della sovra/sottoordinazione (come è tipico della tradizione dello Stato accentrato); ovvero da un'autorità alla quale, essendo il relativo plesso organizzatorio strutturato secondo la logica della equiordinazione (come è tipico dello Stato pluralista), è attribuita una competenza esclusiva[43].

Venendo alla preannunciata rapida descrizione dei tre tipi di ricorsi ordinari, si può affermare che il *ricorso gerarchico* è un rimedio ordinario, a carattere particolare e

---

SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., II, p. 1250, «Lo stabilire il carattere definitivo o no dei provvedimenti delle autorità inserite in posizione sottordinata di primo grado in un sistema gerarchico ha perduto una notevole parte della sua importanza (ma solo una parte), con la facoltà, recentemente offerta dall'a. 20 l. TAR, di impugnare direttamente in sede giurisdizionale la maggioranza degli atti suscettibili di ricorso gerarchico». La regola della necessaria acquisizione della definitività ai fini della impugnabilità giurisdizionale degli atti – chiarisce più avanti l'A., pp. 1277-1278 – valse «fino al sottentrare dei TAR nella competenza del Consiglio di Stato […]. Essa è stata però superata, in linea di principio, con la emanazione della l. TAR. L'a. 20 di quest'ultima dispone infatti che nei confronti degli "atti o provvedimenti emessi da organi periferici dello Stato o di enti pubblici a carattere ultraregionale" è possibile l'impugnativa in sede giurisdizionale (in alternativa con quella amministrativa) anche quando sia ammesso nei loro confronti un ricorso gerarchico. A sua volta l'a. 3, ult. co., l. sulla dirigenza statale estende la regola dell'a. 20 ai casi di ricorsi gerarchici "contro atti e provvedimenti non definitivi emessi dagli organi centrali dell'Amministrazione dello Stato". Pur mancando un'espressa formulazione della regola in termini generali […], la giurisprudenza attribuisce ormai alla regola stessa portata universale, riconoscendola applicabile a tutti i casi di provvedimenti non definitivi».

[41] Non v'è dubbio che nel linguaggio comune si riconosca al lemma il significato di 'conclusività' dell'assunto: come per dire che questo costituisce l'ultima parola possibile su una determinata questione. D'altra parte, sempre nella opinione comune, è largamente diffuso il ritenere che ogni cosa evolve, e quindi sia modificabile, che nulla è definitivo; sembra pertanto pacifico che al vocabolo non possa attribuirsi un contenuto di senso assoluto. Ciò vale a maggior ragione se si versi in campo giuridico.

[42] Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., II, pp. 1207-1208.

[43] Il D.P.R. 1199/1971, prevedendo un unico grado per i ricorsi ordinari – l'art. 1, co. 1, recita: «contro gli atti amministrativi non definitivi è ammesso ricorso in unica istanza» –, assegna il carattere della definitività all'atto che non può più essere oggetto di ricorso amministrativo ordinario, ovvero a quello avverso il quale il ricorso è stato proposto e si sia configurata una ipotesi di silenzio-rigetto. In altri termini, un atto amministrativo acquisisce il carattere della definitività nel momento in cui l'amministrazione non può più intervenire sulla fattispecie, essendosi esauriti i procedimenti di primo e di secondo grado. La definitività, peraltro, può anche essere dichiarata direttamente dalla legge, a prescindere dall'esperimento del ricorso amministrativo. Essa è ascrivibile, inoltre, – lo si è appena ricordato – agli atti derivanti dagli organi gerarchicamente di vertice di una P.A.


ISSN 2036-7821

rinnovatorio[44]: viene proposto, «da parte di chi vi abbia interesse», all'organo gerarchicamente «sovraordinato» avverso «atti amministrativi non definitivi», per motivi tanto di legittimità quanto di merito (art. 1, co. 1, D.P.R. 1199/1971)[45]. Ove nei confronti dello stesso atto amministrativo venga proposto sia il ricorso gerarchico sia quello giurisdizionale, prevale quest'ultimo. Sicché, se il ricorso gerarchico è presentato prima di quello al G.A., una volta proposto quest'ultimo, quello diventa non procedibile; se, invece, viene presentato successivamente alla proposizione del ricorso giurisdizionale, è inammissibile[46].

---

[44] Su tali qualificazioni si v. *retro*, nota 29.

[45] Per A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa* cit., p. 156, «La relazione di gerarchia che rileva ai fini dell'ammissibilità del ricorso gerarchico è solo quella di ordine 'esterno', cioè la gerarchia fra 'organi', e perciò di rilevanza esterna, e non quella che attiene a rapporti di grado e di qualifica fra i funzionari, detta anche gerarchia interna, o personale». Invero, nell'interesse del ricorrente, il D.P.R. 1199/1971 'facilita' notevolmente l'individuazione dell'organo cui proporre ricorso, prevedendo, da un lato, che «La comunicazione degli atti soggetti a ricorso ai sensi del presente articolo deve recare l'indicazione del termine e dell'organo cui il ricorso deve essere presentato» (art. 1, co. 3); e, dall'altro, che «I ricorsi rivolti, nel termine prescritto, a organi diversi da quello competente, ma appartenenti alla medesima amministrazione, non sono soggetti a dichiarazione di irricevibilità e i ricorsi stessi sono trasmessi d'ufficio all'organo competente» (art. 2, co. 3).

[46] Sui presupposti di ammissibilità, ricevibilità e procedibilità si tornerà subito a seguire. Il principio di prevalenza deriva dall'art. 20, legge TAR (peraltro oggi abrogato dall'art. 4, co. 1, All. 4, D.Lgs. 104/2010), il quale, disponendo con riguardo ai ricorsi gerarchici avverso «gli atti o provvedimenti emessi da organi periferici dello Stato o di enti pubblici a carattere ultraregionale», afferma che «Se siano interessate più persone il ricorso al tribunale amministrativo regionale proposto da un interessato esclude il ricorso gerarchico di tutti gli altri. Gli interessati, che abbiano già proposto o propongano ricorso gerarchico, devono essere informati a cura dell'amministrazione dell'avvenuta presentazione del ricorso al tribunale amministrativo regionale. Entro 30 giorni da tale comunicazione essi, se il loro ricorso gerarchico era stato presentato in termine, possono ricorrere al tribunale amministrativo regionale». Dalla norma in parola emerge nitidamente la 'incompatibilità' tra il ricorso giurisdizionale e quello gerarchico, essa sancendo la improcedibilità di un ricorso gerarchico qualora altri interessati promuovano ricorso giurisdizionale contro il medesimo atto: in questo caso il ricorrente in via gerarchica avrà l'onere di riproporre le sue doglianze in sede giurisdizionale. L'art. 20 (abrogato dall'art. 4, co. 1, All. 4, D.Lgs. 104/2010) non sembra trovare una previsione corrispondente nel C.P.A. Pertanto, l'impedimento alla proposizione del ricorso gerarchico, in pendenza di ricorso giurisdizionale, oggi potrebbe anche ritenersi eliminato. Se così fosse, dovrebbe farsene discendere che il rapporto tra ricorso gerarchico e ricorso giurisdizionale sia da considerarsi 'regolato' dall'interesse a ricorrere. E cioè, nel caso che il ricorso giurisdizionale venga deciso prima, finendo col soddisfare il ricorrente, quello gerarchico diverrebbe improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse; ove, invece, non soddisfi il ricorrente, il ricorso gerarchico resterebbe in vita. Analogamente, nel caso che venga deciso prima il ricorso gerarchico, e l'esito fosse positivo, la sopravvenuta carenza di interesse si determinerebbe per il ricorso giurisdizionale; ove l'esito fosse negativo, invece, il provvedimento di rigetto (o il silenzio) costituirebbe il possibile contenuto di 'motivi aggiunti'. Del resto, la contemporanea pendenza dei due ricorsi potrebbe, in talune circostanze, risultare necessaria per conseguire la effettività della tutela, potendosi far valere, in una sede, i vizi di merito (sebbene poi, avverso l'eventuale provvedimento di rigetto, siano proponibili 'motivi aggiunti' soltanto per vizi di legittimità), e, nell'altra, i vizi di legittimità. Secondo A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa* cit., p. 160, la disciplina di cui all'art. 20, co. 2, L. 1034/1971, non sembra «considerare l'ipotesi della contemporanea pendenza dei due ricorsi, quando essi però abbiano contenuti diversi: si pensi al caso di un ricorso gerarchico che contenga solo censure di merito e al ricorso giurisdizionale proposto per motivi di legittimità. Ritenere che anche in questo caso si abbia una incompatibilità fra i due ricorsi e, pertanto, prevalga il ricorso giurisdizionale comporta effetti negativi per il cittadino che abbia proposto ricorso in sede gerarchica: infatti, di regola, in sede giurisdizionale, non sono ammessi ricorsi per motivi di merito». Per l'A., quindi, anche prima della sua abrogazione, l'art. 20 non avrebbe vietato la contemporanea


ISSN 2036-7821

Quanto al *ricorso gerarchico improprio*, è anch'esso rimedio a carattere rinnovatorio, ma, a differenza di quello proprio, è a carattere (non 'particolare', bensì) eccezionale, essendo ammesso nei soli casi previsti dalla legge, ma anche da atti amministrativi fonte di ordinamenti particolari[47]. In assenza di una *lex specialis* di volta in volta contenuta nelle norme che ne consentono la proponibilità, al ricorso gerarchico improprio si applica la disciplina del ricorso gerarchico proprio. Esso viene proposto ad un organo diverso da quello che ha emanato l'atto lesivo, organo che però non è gerarchicamente sovraordinato a quest'ultimo[48]. Sebbene sia proponibile in assenza di una relazione gerarchica, in dottrina è comunque piuttosto controversa la legittimità della sua presentazione ad un organo facente parte di un plesso organizzatorio diverso da quello di appartenenza dell'organo che ha emesso l'atto impugnato, se tra le due amministrazioni non vi sia alcun rapporto funzionale[49].
Pure il *ricorso in opposizione* è rimedio a carattere rinnovatorio ed eccezionale, giacché esperibile soltanto nei limitati casi espressamente previsti dalla legge (art. 7, co. 1, D.P.R. 1199/1971). Si diversifica dal ricorso gerarchico, però, perché a differenza di

presenza dei due ricorsi laddove si fossero dedotti, nell'uno, vizi di merito e, nell'altro, vizi di legittimità. Questa opinione – che, vigente l'art. 20, appariva difficilmente condivisibile, perché la norma pone un limite di procedibilità generalizzato – sembrerebbe oggi, una volta abrogato l'art. 20, divenire più che plausibile, dovendosi registrare che, in seguito alla detta abrogazione, il limite di procedibilità sia stato 'rimosso'.

[47] L'art. 1, co. 2, D.P.R. 1199/1971, così recita: «Contro gli atti amministrativi dei Ministri, di enti pubblici o di organi collegiali è ammesso ricorso da parte di chi vi abbia interesse nei casi, nei limiti e con le modalità previsti dalla legge o dagli ordinamenti dei singoli enti». Secondo A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa* cit., p. 165, la formulazione di tale norma – per la quale la previsione del ricorso gerarchico possa essere indifferentemente contenuta nella legge o negli «"*ordinamenti dei singoli enti*"» – «induce a concludere che, per il legislatore italiano, le previsioni di ricorsi amministrativi non siano oggetto di riserva di legge […] pur essendo elemento della 'giustizia amministrativa'».

[48] Il ricorso gerarchico improprio, invero, non è molto diffuso nell'ordinamento: è previsto solo in alcune particolari materie (impiego scolastico, ordinamenti professionali), potendo presentarsi, per lo più, avverso le decisioni di organi collegiali, i quali, di regola, non sono collegati da relazioni di gerarchia con altri organi.

[49] Per A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa* cit., p. 166, considerato che il ricorso gerarchico improprio si risolve «in una forma di sindacato puntuale su un atto», esso dovrebbe «essere ammesso solo nell'ambito di una identica amministrazione, o nell'ambito di amministrazioni riconducibili ad Enti diversi, legati però da rapporti funzionali (si pensi al caso dell'ente parastatale rispetto al Ministero che ne esercita la vigilanza), e non nell'ambito di amministrazioni diverse, caratterizzate reciprocamente da posizioni di autonomia costituzionalmente garantite (si pensi ai rapporti fra enti locali, Regioni e Stato)». In tali casi – ad avviso dell'A. – «il principio di autonomia esige che il sindacato sugli atti di altra amministrazione si eserciti solo nelle forme stabilite dalla Costituzione: altrimenti si verrebbero a configurare forme indebite di controllo». A tal proposito sembra utile ricordare quanto affermato da Cons. Stato, Ad. Plen., 7/9/1984, n. 18, sui ricorsi aventi ad oggetto la revisione del prezzo delle opere pubbliche prevista dal D.Lgs. C.p.S. 6/12/1947, n. 1501: nel rilevare che «in tema di revisione-prezzi va ravvisata una preminente funzione giustiziale destinata, a garanzia della uniformità dei giudizi, ad essere esercitata – sulla base del parere di una commissione unica – da un organo centrale per tutto il territorio nazionale», l'Adunanza Plenaria ha affermato che «la competenza a decidere i ricorsi amministrativi in materia di revisione dei prezzi degli appalti di edilizia residenziale pubblica e di lavori pubblici di interesse delle province autonome di Trento e Bolzano, cui il d.P.R. 22/3/1974 n. 381 ha trasferito le relative funzioni amministrative, è rimasta al ministro per i lavori pubblici», così escludendo che il potere di decisione del ricorso gerarchico e, quindi, l'esercizio della funzione giustiziale possano rappresentare uno strumento di compressione dell'autonomia degli enti territoriali.


ISSN 2036-7821

quello – lo si ricava dalla sua stessa denominazione – è proponibile allo stesso organo che ha emanato l'atto impugnato. Il co. 2 stabilisce che, «Per quanto non espressamente previsto dalla legge, valgono, in quanto applicabili», le norme che disciplinano il ricorso gerarchico: anch'esso, dunque, è esperibile per motivi sia di legittimità sia di merito[50]. Le ipotesi in cui è previsto il ricorso in opposizione sono piuttosto limitate, con ogni probabilità in ragione della 'sfiducia' del legislatore nella capacità dell'organo che ha emanato l'atto impugnato di valutare in maniera imparziale il ricorso diretto verso l'atto emanato da se medesimo[51].

Per concludere bisogna soffermare l'attenzione sui presupposti per la presentazione del ricorso: di *ammissibilità*, di *ricevibilità* e di *procedibilità*. L'azione proponibile con il ricorso amministrativo, invero, è da ritenersi ammissibile solo in presenza di certe condizioni (le *condizioni dell'azione*, appunto). Anche laddove sussistano tali condizioni, peraltro, il ricorso può essere sprovvisto di quelli che vengono definiti *presupposti processuali in senso stretto*: per un verso, infatti, si può rivelare non ricevibile per la mancanza di alcuni elementi; per altro verso, il ricorso (sebbene sia stato considerato – non solo ammissibile, ma anche – ricevibile) può diventare improcedibile per il sopravvenire di determinate circostanze che si verificano successivamente alla sua instaurazione[52]. Si può dire, quindi, che, affinché il ricorso

[50] In dottrina si è discusso sulla natura del potere di decisione del ricorso in opposizione: segnatamente, ci si è domandati se esso fosse lo stesso, oppure un potere diverso da quello esercitato ai fini dell'emanazione dell'atto impugnato. Ebbene, nonostante l'organo adito sia quello che ha emanato l'atto impugnato, i poteri da esso esercitati sembrano avere natura diversa. Invero, mentre nel procedimento originario (che in qualche modo è qualificabile come di primo grado) l'organo agente opera nella qualità di 'amministrazione attiva', nel procedimento apertosi con la proposizione del ricorso (che per questo è definibile come di secondo grado) l'organo agente opera nella qualità di 'amministrazione giustiziale', disponendo di un potere di controllo sulla validità dell'atto precedentemente emanato. Manifesta un'opinione analoga A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa* cit., pp. 166-167, secondo il quale «il ricorso dà inizio a un procedimento contenzioso, di secondo grado, e non a un procedimento di amministrazione attiva. Pertanto appare ragionevole che anche per il ricorso in opposizione valga la distinzione fra elementi rilevanti per la decisione (sono solo quelli desumibili dal ricorso) ed elementi che possono essere presi in considerazione solo alla luce di una funzione distinta (sono quelli estranei al contenuto del ricorso e possono giustificare l'esercizio di poteri ordinari di amministrazione o di annullamento d'ufficio)».

[51] Un esempio di ricorso in opposizione si rinviene nell'art. 310, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante «*Norme in materia ambientale*», il quale prevede che, avverso le «misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale» adottate dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del mare, «il ricorso al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, può essere preceduto da una opposizione depositata presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio o inviata presso la sua sede a mezzo di posta raccomandata con avviso di ricevimento entro trenta giorni dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto».

[52] La catalogazione dei presupposti che si segue è quella proposta da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., II, pp. 1213-1216. Per il vero, occorre dire che negli altri manuali questa catalogazione, pur non essendo esplicitamente contraddetta, almeno in linea di massima, non viene assunta con la medesima nitidezza. L. MAZZAROLLI, *La tutela del cittadino nell'amministrazione: i ricorsi amministrativi*, in L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), *Diritto Amministrativo* cit., vol. II, pp. 407 ss., 417-418, ad esempio, non distinguendo le tre categorie di presupposti, si limita a precisare che «valgono, in generale, per i ricorsi amministrativi i presupposti di ricevibilità stabiliti per i ricorsi in sede giurisdizionale: il non essere stata prestata acquiescenza all'atto che si vuole impugnare e il non essere decorso il termine per la proposizione del ricorso […]. Pure analogamente ai ricorsi al


ISSN 2036-7821

(impugnatorio) sia, da un lato, ammissibile, e, d'altro lato, ricevibile e procedibile, devono sussistere i presupposti di seguito singolarmente indicati.

*a*) Sono presupposti di *ammissibilità* del ricorso (e cioè sono condizioni dell'azione), anzitutto, la *legittimazione alla decisione* (che è una delle due 'componenti' della *legittimazione ad agire*), derivante tanto dall'interesse sostanziale giuridicamente protetto in capo al ricorrente, quanto dal pregiudizio che a tale interesse arreca il provvedimento impugnato; in secondo luogo, l'*interesse alla decisione* (che è uno dei due 'componenti' dell'*interesse ad agire*), consistente nel vantaggio che il ricorrente ricaverebbe da una decisione di accoglimento del ricorso; infine, alcuni altri specifici elementi, a dir così, 'di fatto', vale a dire: l'esistenza di un atto amministrativo; la mancata decorrenza dei termini di impugnativa dell'atto[53]; la mancanza di una rinuncia alla proposizione del ricorso[54]; la mancanza di cause preclusive quali la precedente proposizione di un ricorso giurisdizionale avverso lo stesso provvedimento.

*b*) Sono presupposti di *ricevibilità* del ricorso, in primo luogo, che l'atto introduttivo con cui viene proposto sia idoneo, e cioè sia coerente con le prescrizioni che dettano (a pena di nullità) gli elementi costitutivi di esso (fra i quali si possono far rientrare anche i due presupposti successivi) e disciplinano le relative modalità procedurali; inoltre, che il ricorrente affermi la sua *legittimazione alla impugnazione* (che è l'altra 'componente' della *legittimazione ad agire*); ancora, che il ricorrente affermi il suo *interesse alla impugnazione* (che è l'altro 'componente' dell'*interesse ad agire*); infine, che al momento della presentazione del ricorso venga instaurato il contraddittorio attraverso la notifica ad almeno uno dei controinteressati[55].

*c*) Sono, da ultimo, presupposti di *procedibilità* del ricorso, anzitutto, gli adempimenti cui il ricorrente è tenuto, a pena di decadenza, unitamente o successivamente alla presentazione del ricorso (fra i quali l'integrazione del contradditorio); poi, la mancata sopravvenienza di cause che facciano venir meno la legittimazione o

---

giudice amministrativo, anche i ricorsi amministrativi debbono a pena di nullità essere redatti in forma scritta e contenere gli elementi che ne consentano l'identificazione: a) l'indicazione del ricorrente […]; b) l'indicazione dell'autorità cui il ricorso è rivolto; c) gli estremi atti a consentire l'individuazione del provvedimento impugnato; d) l'illustrazione dei motivi di impugnativa; e) l'indicazione del provvedimento richiesto (annullamento o anche, quando possibile, riforma); f) la sottoscrizione; g) relativamente alla data, ciò che è da ritenere necessario non è tanto la sua materiale indicazione nell'atto, quanto che essa possa comunque risultare, al fine soprattutto di consentire di accertare la tempestività del ricorso».

[53] Anche se – va ricordato –, con riferimento ai ricorsi giurisdizionali, l'art. 35, co. 1, C.P.A., esplicitamente qualifica questo come un presupposto di ricevibilità.

[54] E cioè che non si sia rinunciato all'azione, il che significa che non si sia fatta acquiescenza all'atto impugnato.

[55] Su quest'ultimo presupposto ha una diversa opinione L. MAZZAROLLI, *La tutela* cit., p. 424, secondo il quale «Diversamente da quanto stabilito per il ricorso straordinario e i ricorsi al giudice amministrativo, per quanto riguarda i ricorsi amministrativi ordinari nessun onere è previsto per il ricorrente circa la comunicazione del ricorso ai soggetti portatori di un interesse qualificato ad opporsi ad esso. Non che ciò sia inibito al ricorrente; ma quello di informare i controinteressati dell'esistenza di un ricorso dal cui esito potrebbero ricevere un pregiudizio è un dovere che incombe sull'organo chiamato a decidere».


ISSN 2036-7821

l'interesse ad agire; ancora, che non intervenga la rinuncia del ricorrente alla decisione; e, per concludere, che avverso lo stesso provvedimento non venga presentato ricorso giurisdizionale.

Va sottolineato (con riguardo ai presupposti di ammissibilità e di ricevibilità) che tanto la *legittimazione ad agire* quanto l'*interesse ad agire* devono presentare i caratteri della *attualità* (e cioè devono effettivamente sussistere al momento della proposizione del ricorso; ma anche permanere – epperò ciò concerne i presupposti di procedibilità – fino al momento della decisione); della *personalità* (e cioè devono far capo ad una posizione soggettiva differenziata, quantunque non necessariamente individuale – qual è un interesse collettivo –, essendo possibile, ma solo in particolari circostanze, proporre anche ricorsi popolari); e della *immediatezza* (e cioè la lesione lamentata deve derivare direttamente dal provvedimento impugnato). È da ricordare, altresì, che pure la lesione dell'interesse sostanziale protetto deve essere *attuale* e *diretta* (e, perciò, *immediata*).

Nella riflessione che si sta svolgendo – lo s'intuisce agevolmente – rilevano in maniera particolare la legittimazione e l'interesse ad agire. In linea generale – come si è visto – i ricorsi amministrativi possono essere proposti soltanto da chi, per un verso, vanti la *legittimazione ad agire* ('composta' tanto dalla *legittimazione alla impugnazione*, quanto dalla *legittimazione alla decisione*), e cioè sia titolare di una situazione soggettiva 'rilevante' lesa dall'azione della P.A.: ma su questa condizione – se ne è già fatto cenno e vi si tornerà nel § seguente – è necessario soffermarsi con attenzione (giacché non sembra dover essere necessariamente *qualificata*, essendo indispensabile solo che sia *differenziata*). E, per altro verso, vanti anche l'*interesse ad agire* (che è 'composto' tanto dall'*interesse alla impugnazione*, quanto dall'*interesse alla decisione*), e cioè *assuma di essere stato leso* in una situazione soggettiva rilevante, e possa ricavare un risultato vantaggioso dalla decisione che dovesse accogliere le sue doglianze[56].

[56] La controversa questione della definizione di *legittimazione* ad agire ed *interesse* ad agire trova tuttora una risposta assai incerta e obiettivamente molto difficile da dare. In particolare, mentre la differenza concettuale tra legittimazione alla impugnazione ed interesse alla impugnazione non pare porre particolari problemi, la prima indicando la titolarità della situazione soggettiva e la seconda invece l'assumere che tale situazione sia stata lesa. Meno lineare è la differenza tra legittimazione alla decisione ed interesse alla decisione, il secondo consistendo certamente nel vantaggio ricavabile da una decisione favorevole, laddove la prima sembrando potersi convintamente ritenere sovrapponibile alla (se non coincidente con la) legittimazione alla impugnazione. A meno di non considerare la legittimazione alla decisione come coincidente col mero interesse ad ottenere in astratto una decisione *tout court*. In proposito (oltre a A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., e A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa* cit.), anche per una ricostruzione storica delle opinioni manifestate dalla dottrina, si v., fra gli altri: U. ROCCO, ***La legittimazione ad agire: studio***, Tip. Ferraiolo, Roma, 1929; E. FAZZALARI, ***Note in tema di diritto e processo***, Giuffrè, Milano, 1957; F. CARNELUTTI, ***Diritto e processo***, Morano, Napoli, 1958; S. SATTA, ***Variazioni sulla legittimazione*** ad causam, in ***Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.***, 1967, pp. 638 ss.; G. TOMEI, voce ***Legittimazione ad agire***, in ***Enc. Dir.***, vol. XXIV, 1974, pp. 65 ss.; R. VILLATA, voce ***Interesse ad agire II) Diritto processuale amministrativo***, in ***Enc. Giur. Treccani***, 1989; ID., voce ***Legittimazione processuale. II) Diritto processuale amministrativo***, in ***Enc. Giur. Treccani***, 1990; G. COSTANTINO, voce ***Legittimazione ad agire***, in ***Enc.***


ISSN 2036-7821

4. *La problematica proposizione di ricorso amministrativo soltanto per vizi di merito.*

Da quanto si è riferito, dunque, sia l'interesse legittimo sia il diritto soggettivo vengono pacificamente considerate situazioni soggettive conferenti la legittimazione alla proposizione di un ricorso amministrativo[57]. Tuttavia, limitatamente ai ricorsi ordinari (e quindi con esclusione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica), non sembra si possa escludere che sia tale pure l'interesse amministrativamente protetto[58]. Questo sempre che, evidentemente, nel ricorso si facciano valere esclusivamente vizi di merito dell'atto impugnato, ipotesi la cui evenienza, secondo il testo della disposizione di legge, pare proprio doversi ritenere – quanto meno in linea teorica – più che plausibile[59].

Ed invero il co. 1 dell'art. 1 (rubricato «*Ricorso*»), D.P.R. 1199/1971, stabilisce che «Contro gli atti amministrativi non definitivi è ammesso ricorso in unica istanza all'organo sovraordinato, per motivi di legittimità *e di merito*, da parte di chi vi abbia interesse»[60]. Stando alla norma, quindi, a chiunque abbia interesse – ma occorrerà soffermare l'attenzione sulla posizione fattuale (differenziata o indifferenziata) per vantare tale interesse – è riconosciuta la capacità di proporre ricorso amministrativo avverso un atto che sia viziato *anche* nel merito. Non è affatto peregrino, però, chiedersi se sia possibile presentare ricorso *solo* per vizi di merito (e cioè denunciandoli non unitamente a vizi di legittimità).

La risposta affermativa, con ogni evidenza, implicherebbe che la legittimazione ad agire sia sussistente anche versando soltanto in una situazione di interesse amministrativamente protetto[61]. In altre parole, ove il ricorso amministrativo si

---

***Giur. Treccani,*** 1990; R. FERRARA, voce ***Interesse e legittimazione al ricorso*** (***ricorso giurisdizionale amministrativo***), in ***Dig. Disc. Pub.***, 1993, pp. 468 ss.; G. MANNUCCI, voce *Legittimazione e interesse a ricorrere [Dir. amm.]*, in ***Enc. Treccani – Diritto on line,*** 2018.

[57] Secondo A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa* cit., p. 150, «I ricorsi amministrativi sono strumenti di **tutela di interessi qualificati**, e, quindi, di interessi legittimi o diritti soggettivi. Ciò comporta, innanzi tutto, una legittimazione limitata per la presentazione del ricorso: la legittimazione spetta non a qualsiasi cittadino, ma solo a chi faccia valere un interesse legittimo o un diritto soggettivo».

[58] Chiamato così, anche con il conforto della giurisprudenza, proprio perché trova tutela soltanto in sede amministrativa, e non giurisdizionale.

[59] Anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa* cit., p. 160 (già richiamato *supra*, nota 46), pare ritenere ammissibile l'esperimento di un ricorso gerarchico solo per vizi di merito laddove, nel ribadire che «di regola, in sede giurisdizionale, non sono ammessi ricorsi per motivi di merito», fa esplicito riferimento «al caso di un ricorso gerarchico che contenga *solo* censure di merito» (corsivo di chi scrive).

[60] Il corsivo è di chi scrive. Non è inutile ricordare che ai ricorsi gerarchici la legge equipara quelli in opposizione. Ed invero, giusta l'art. 7, D.P.R 1199/1971, «Nei casi previsti dalla legge» è possibile proporre pure ricorso in opposizione (che viene «presentato all'organo che ha emanato l'atto impugnato»), per il quale, salvo che non sia «espressamente previsto dalla legge» in maniera diversa, «valgono, in quanto applicabili, le norme contenute nel capo I» disposte per i ricorsi gerarchici.

[61] Sul punto M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi* cit., p. 661, sembra ritenere diversamente, visto che, sia pur per inciso (laddove sostiene che «La funzione esercitata dall'amministrazione attraverso l'esame e la decisione di un ricorso amministrativo» è una «attività amministrativa tradizionalmente considerata di secondo grado», e che


ISSN 2036-7821

ritenga proponibile anche solamente per vizi di merito, esisterebbe un interesse amministrativamente protetto giacché si vanterebbe una situazione di per sé legittimante al ricorso: allo scopo di proporre ricorso, cioè, non bisognerebbe per forza vantare almeno un interesse legittimo[62].

Naturalmente, laddove si configuri in concreto un interesse amministrativamente protetto, il soggetto, di regola, vanta anche un interesse legittimo (o un diritto soggettivo). Ma ciò non è vero in assoluto, visto che non sempre è indispensabile (se non altro concettualmente). È sufficiente in effetti che la situazione sia fattualmente differenziata da quella degli altri consociati, altrimenti sussistendo solo un mero interesse semplice (o di fatto).

E addirittura talvolta – ad esempio, nelle fattispecie in cui sia riconosciuta a chiunque la possibilità di presentare ricorso in opposizione ad una deliberazione pubblicata nell'Albo pretorio – nemmeno la differenziazione fattuale è richiesta, perché – come accade in sede giurisdizionale per l'azione popolare – la legge riconosce a chiunque la possibilità di agire per la garanzia dell'interesse pubblico (ma non necessariamente per l'osservanza della legge – come nel caso dell'azione popolare – bensì anche) adducendo ragioni di merito, e dunque al fine (non di garantire il rispetto delle norme, bensì) di soddisfare al meglio il bene comune[63].

---

invece, «Poiché si tratta di attività di mera applicazione del diritto oggettivo in funzione della garanzia di interessi […] che il cittadino assume essere stati lesi da un precedente provvedimento amministrativo, essa si colloca su un piano diverso dall'amministrazione attiva, che è sempre attività di cura in concreto di un interesse pubblico, attraverso la composizione di tutti gli altri interessi – pubblici, privati, collettivi, diffusi – comunque coinvolti dall'esercizio del potere»), afferma che gli interessi garantiti in sede amministrativa giustiziale debbano essere «qualificati», e cioè «diritti soggettivi e interessi legittimi (con esclusione, pertanto, degli interessi semplici)».

[62] Sembrerebbero confermarlo alcune sentenze dei giudici amministrativi di prime cure. Si v., ad esempio, TAR Basilicata, sez. I, 22/3/2017, n. 316, secondo cui, attraverso il ricorso gerarchico al Prefetto, «la parte interessata può far valere in contraddittorio con l'Autorità emanante ogni argomento ritenuto rilevante, *anche di puro merito* e come tale non deducibile nel giudizio di legittimità (T.A.R. Piemonte, 3 marzo 2016, n. 308 e la giurisprudenza ivi richiamata)»; ovvero TAR Puglia, Bari, 25/11/2020, n. 17, per il quale «In tema di ricorso gerarchico […], l'art. 5 c. 1 del D.P.R. 1199/1971 […] non definisce i confini del potere di riforma dell'atto. Interpretando letteralmente la norma […], il rinvio del provvedimento all'organo che lo ha emanato non costituisce obbligatoria conseguenza dell'accoglimento, potendo l'Amministrazione limitarsi al mero annullamento cassatorio dell'atto impugnato, qualora ritenga, come nel caso di specie, il ricorso fondato *per motivi di merito* o per altri motivi di legittimità, sussistendo l'inutilità o la non necessarietà di ulteriore attività amministrativa sul punto» (corsivi di chi scrive).

[63] Al riguardo si rammenta quanto già richiamato *retro*, alla nota 4, relativamente alla possibilità, riconosciuta ad «ogni cittadino» dall'art. 79, *Testo Unico delle leggi regionali sull'ordinamento dei Comuni della Regione autonoma Trentino-Alto Adige*, di proporre ricorso in opposizione avverso le deliberazioni comunali pubblicate nell'Albo pretorio. Sulla disposizione TRGA Trentino-Alto Adige, Sez. aut. Bolzano, n. 295/2015 cit., ha affermato che (diversamente da quanto sostenuto dal ricorrente) non è inammissibile l'opposizione nella quale «il ricorrente non fa valere diritti soggettivi o interessi legittimi, ma entra nel merito», giacché «a differenza del ricorso giudiziale, l'opposizione può essere presentata da ogni cittadino, anche per motivi di merito o di mera opportunità (v. articolo 79/5 del testo unico delle leggi regionali sull'ordinamento dei comuni della regione TAA: "*… ogni cittadino può presentare alla giunta comunale opposizione*…"). Il fatto stesso, che tutti i cittadini possono presentare opposizione avverso tutte le delibere del consiglio comunale, implica che non occorra avere un particolare interesse qualificato e differenziato, o un particolare collegamento territoriale con la delibera per


ISSN 2036-7821

opporsi. Essendo il diritto di opposizione fissato in una fonte di diritto primaria, non valgono eventuali restrizioni contenute in fonti di diritto di rango inferiore (esempio: regolamenti comunali). Le opposizioni sono considerate – dal legislatore – uno strumento utile che, coinvolgendo tutti i cittadini, consente al comune di trovare la decisione finale migliore». Più in generale, sulle opposizioni avverso le deliberazioni pubblicate all'Albo pretorio *ex* art. 124, D.Lgs. 267/2000, è particolarmente significativo quanto deciso da TAR Calabria, Reggio Calabria, 5/4/2012, n. 269: «In linea di principio, la PA non è obbligata ad esaminare istanze provenienti da privati avverso atti già adottati ed esecutivi, qualora esse abbiano ad oggetto richieste di *riesame per ragioni di merito amministrativo* (cfr. ex multis, T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, 26 gennaio 2010, n. 23)». In casi particolari, tuttavia, «tale principio necessita di un adeguato coordinamento con il peculiare regime giuridico e con lo scopo della pubblicazione all'Albo Pretorio di una deliberazione comunale», che «è finalizzata a rendere nota al pubblico l'avvenuta decisione dell'organo collegiale di governo dell'Ente (Consiglio o Giunta), per formare una presunzione di conoscenza in capo a *soggetti che non sono direttamente presi in considerazione dall'atto* (per questi ultimi è sempre necessaria la comunicazione personale): ciò assolve allo scopo di consentire ai suddetti terzi di formulare *opposizioni all'atto* prima che esso venga portato in esecuzione, ovvero *quando ancora non si è consolidato l'assetto di interessi che la delibera prefigura*. Nell'istituzione dell'Albo Pretorio si concretizza quindi quella più lata e risalente *funzione partecipativa* che è insita nella pubblicità degli atti e che ha costituito uno storico antesignano del sistema che poi è stato nel tempo costruito fino ad essere consacrato nella l. 241/90: essa risponde ad una delle più antiche forme di diffusione e conoscenza legale degli atti rivolti alla collettività, che, traendo le origini dalle istituzioni romane, ha trovato ininterrotta disciplina, nell'ordinamento nazionale […]. Nella prassi e nella giurisprudenza formatesi nel vigore delle normative poi susseguitesi, la pubblicazione all'Albo della deliberazione è stata sempre intesa come una *fase integrativa dell'efficacia, che non incide sulla validità dell'atto, bensì solo sulla presunzione della sua conoscenza in capo ai terzi*, tanto che la decorrenza dei termini dell'impugnazione dell'atto si computa a far data dalla scadenza dei termini di pubblicazione (si veda ex multis TAR Lazio, II, 4 febbraio 1985, nr. 141, TAR Palermo, 22 dicembre 1982, n. 877, Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 1998, n. 127), senza che rilevi l'eventuale dichiarazione di immediata esecutività, che soltanto anticipa – in via provvisoria e condizionata all'avvenuta pubblicazione – l'efficacia dell'atto. Pertanto, quando si presentano le osservazioni alla delibera nei termini di pubblicazione, l'atto non è ancora esecutivo, o comunque, non è definitivamente esecutivo e non si è ancora completata la fase integrativa dell'efficacia. Dunque, il meccanismo della pubblicazione della deliberazione all'Albo Pretorio e del conseguente differimento della efficacia dell'atto non può essere ridotto ad una mera forma di pubblicità fine a sé stessa, ed implica necessariamente il coordinamento tra fase integrativa dell'efficacia e le eventuali opposizioni, perché queste ultime, essendo proposte anteriormente all'esecutività definitiva della deliberazione, ne consentono, ove necessario, la tempestiva modifica, anticipando la correzione dei suoi effetti negativi o errati o inopportuni prima del loro consolidarsi. Quindi, per evidenti ragioni di effettività ed efficacia della tutela dell'interesse pubblico, che l'istituto vuole apprestare, va assicurato che, una volta presentate, le opposizioni siano effettivamente esaminate. Tenendo presente tuttavia che la presentazione delle suddette opposizioni non incide sulla validità dell'atto e non sospende il decorso dei termini di pubblicazione con la conseguente efficacia dell'atto medesimo (l'efficacia deriva, infatti, dal compimento dei termini di pubblicazione, art. 124 del Dlgs 267/2000), deve affermarsi che, secondo un principio generale di buona amministrazione, dalla ricezione al protocollo dell'Ente locale di istanze oppure reclami o anche opposizioni ed osservazioni alla delibera nei termini di pubblicazione, l'organo deliberante ha l'obbligo giuridico di pronunciarsi su di esse, con ogni statuizione consequenziale, anche quando le stesse abbiano ad oggetto questioni di merito. Infatti si tratta di una situazione in tutto e per tutto analoga a quella che si verifica quando, nel corso del procedimento e dunque prima dell'adozione del provvedimento, ossia in sede istruttoria, interviene un soggetto portatore di un interesse partecipativo che offre elementi di giudizio all'autorità procedente, così conformandone l'obbligo di motivazione. Naturalmente, nei casi in cui, come nella odierna fattispecie, l'opposizione alla delibera si sostanzia in una ragione di opportunità e merito amministrativo, l'esame del contenuto dell'atto da parte del Comune avrà ampiezza e natura latamente discrezionale, con conseguente insindacabilità delle connesse pretese, quanto alla loro eventuale fondatezza, trattandosi in effetti di una proposta collaborativa, che l'Ente è libero di apprezzare nella sua discrezionalità, purché si pronunci al riguardo con atto espresso» (i corsivi sono di chi scrive). Nello stesso senso si v. anche TAR Lazio, 13/1/2015, n. 406, in cui significativamente si aggiunge che «In linea di principio, la PA non è obbligata ad esaminare istanze provenienti da privati avverso atti già adottati ed esecutivi, qualora esse abbiano ad oggetto richieste di riesame


ISSN 2036-7821

Le questioni in gioco, dunque, sono due. Da un lato, v'è quella della differenziazione fattuale, che tuttavia – come s'intuisce agevolmente – non è particolarmente rilevante ai presenti fini. Ed infatti, laddove la legge consenta l'azione in sede di amministrazione giustiziale al ***quivis de populo*** – come talvolta accade –, e quindi al titolare di un interesse semplice, perché adespota, (benché obiettivamente la circostanza determini un intreccio non facilmente districabile fra le due questioni) ciò sembra non contraddire, ma tutt'al più rafforzare, l'ipotesi qui avanzata.
D'altro lato, v'è la questione concernente il possibile contenuto del *petitum* – a prescindere da chi sia in grado di richiedere (se chi versi in posizione differenziata o chiunque) –, questione che non si risolve nel pretendere il rispetto della legge, ma si spiega attingendo alle ragioni che inducono il richiedente a pretendere di ridiscutere il merito delle scelte assunte per il perseguimento dell'interesse pubblico[64].
Vista la disposizione di cui all'art. 1, co. 1, D.P.R. 1199/1971, appare tutt'altro che infondato ritenere che, potendocisi normalmente lamentare, mediante i ricorsi amministrativi ordinari, anche di vizi di merito, e senza che sia al tempo stesso indispensabile dolersi altresì per la sussistenza di un vizio di legittimità[65], anche l'interesse amministrativamente protetto costituisca situazione giuridica legittimante per la loro proposizione (a maggior ragione se – come s'è visto – la legge legittima altresì il titolare di un interesse semplice).

---

per ragioni di merito amministrativo (cfr. *ex multis*, T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, 26 gennaio 2010, n. 23). Tuttavia, la pubblicazione di una deliberazione all'Albo Pretorio è finalizzata a rendere nota al pubblico l'avvenuta decisione dell'organo collegiale di governo dell'Ente (Consiglio o Giunta), per formare una presunzione di conoscenza generale (e salvi i casi in cui è comunque necessaria la comunicazione personale a seconda del contenuto dell'atto): ciò assolve allo scopo di consentire a chiunque di formulare opposizioni all'atto prima che esso venga portato in esecuzione, ovvero quando ancora non si è consolidato l'assetto di interessi che la delibera prefigura».

[64] In proposito è interessante quanto affermato sia da TAR Calabria, 28/2/2001, n. 342, secondo cui «se in linea generale il *diritto all'accesso* non richiede per il suo esercizio l'attualità della lesione e, quindi, l'interesse ad agire, ma pretende, la rilevanza della posizione del titolare e che l'interesse alla richiesta dei documenti si fondi su tale posizione (C. Stato, sez. IV, 14.1.1999, n. 32), diversamente si atteggia quando ha alla sua base l'interesse al rispetto delle regole di correttezza e di buona amministrazione. Infatti quest'ultimo, pur fuoriuscendo dall'alveo degli interessi di mero fatto che sono irrilevanti ed indifferenziati, viene riconosciuto come differenziato, ma non rilevante, se non nell'ambito dell'ordinamento settoriale dell'amministrazione in cui opera la regola di cui si chiede il rispetto e viene definito come un *interesse amministrativamente protetto*»; sia da TAR Lazio, Roma, Sez. I, 13/11/2002, n. 14756: «Dal disegno complessivo della legge n. 241 del 1990 si evince pertanto una chiara limitazione soggettiva del *diritto di accesso*, sintetizzabile nella necessità di "un interesse personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti" di cui all'art. 2, comma 1, del D.P.R. 27 giugno 1992 n. 352 – recante regolamento per la disciplina delle modalità di accesso – non essendosi, in sostanza, collegato l'accesso direttamente al più ampio diritto alla informazione, ma semplicemente ad una situazione sostanziale identificabile nella sussistenza di un interesse, e ciò sulla base della considerazione che il diritto di accesso si pone in funzione strumentale alle esigenze di tutela di un determinato bene giuridico, tutela che non deve essere necessariamente di tipo giurisdizionale, essendo sufficiente una tutela meramente giustiziale e anche solo procedimentale, corrispondente a *interesse amministrativamente protetto anche attraverso la funzione partecipativa alle scelte dell'Amministrazione*» (i corsivi sono di chi scrive).

[65] Per quest'ultimo dovendo invece necessariamente rivendicarsi la violazione di un interesse legittimo.


ISSN 2036-7821

Del resto, il dubbio che pur potrebbe insorgere per l'uso nella disposizione della congiunzione «e», viene fugato dal disposto del co. 1 dell'art. 5 (rubricato «*Decisione*»), D.P.R. 1199/1971, il quale, nel fissare i limiti entro cui l'organo decidente può esercitare il suo potere[66], prevede che, se accoglie il ricorso «per altri [oltre alla incompetenza] motivi di legittimità *o* per motivi *di merito*, annulla o riforma l'atto salvo, ove occorra, il rinvio dell'affare all'organo che lo ha emanato» (corsivi di chi scrive). L'uso della congiunzione «o» sembra sgombrare il campo da ogni perplessità. D'altra parte, non si può evitare di osservare che, sì, la differenziazione fattuale normalmente 'si accompagna' – per così dire – ad una situazione soggettiva di interesse legittimo[67] (o di diritto soggettivo). Ma nulla esclude che in determinate circostanze essa connoti anche un interesse (sostanziale ad un bene della vita) privo di qualificazione giuridica, mancando una disposizione normativa che disciplini in maniera specifica l'agire della P.A.[68].

---

[66] Stabilendo che «se riconosce che il ricorso non poteva essere proposto, lo dichiara inammissibile. Se ravvisa una irregolarità sanabile, assegna al ricorrente un termine per la regolarizzazione e, se questi non vi provvede, dichiara il ricorso improcedibile. Se riconosce infondato il ricorso, lo respinge. Se lo accoglie per incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'organo competente».

[67] In tal caso, con ogni evidenza, l'interesse amministrativamente protetto verrebbe a sommarsi all'interesse legittimo, e anzi a farsi in un certo senso addirittura fagocitare da esso.

[68] L'assunto è ampiamente suffragato dalla giurisprudenza. Si v., fra gli altri, Cons. Stato, Sez. VI, 1417/1998 cit.: «I ricorrenti, invero, ai fini del diritto all'informazione specifica da loro pretesa, sono titolari di una posizione giuridicamente rilevante, in quanto dipendenti inclusi dall'Amministrazione tra gli aventi titolo a partecipare alla ripartizione di uno stanziamento limitato (nella specie istituito dall'Università degli Studi di Verona nel bilancio di previsione del 1997 per la sperimentazione relativa alla riorganizzazione e riqualificazione delle sue strutture). Essi sono portatori dell'interesse alla regolarità della procedura di riparto del fondo in questione, sicuramente differenziato rispetto a quello della generalità dei dipendenti dell'Ente; cosicché il diritto di conoscere come il procedimento si sia svolto si pone in funzione evidentemente strumentale rispetto alle esigenze di tutela di siffatto interesse. Tale tutela, per altro, come ha da tempo chiarito la giurisprudenza, non deve necessariamente essere di tipo giurisdizionale, essendo sufficiente invece una *tutela meramente giustiziale e anche solo procedimentale*, in quanto si tratta di un *interesse amministrativamente protetto* anche attraverso la funzione partecipativa alle scelte dell'Amministrazione. Ciò comporta, anche, che la consistenza dell'interesse addotto a fondamento della richiesta di accesso ai documenti – il quale, a norma del regolamento attuativo approvato con D.P.R. 27 giugno 1992 n. 352, dev'essere concreto e, quindi, serio, non emulativo, né riducibile a mera curiosità, e personale, vale a dire ricollegabile alla persona dell'istante da uno specifico nesso (art. 2 primo comma) – non può essere verificata secondo i canoni utilizzati in sede giurisdizionale per valutare l'attualità dell'interesse dedotto in giudizio» (corsivi di chi scrive). Si v. anche Cons. Stato, Sez. VI, 12/4/2000, n. 2185, secondo cui «La partecipazione procedimentale e la legittimazione processuale sono fattispecie caratterizzate da spazi e finalità non coincidenti. La prima è riconosciuta, nell'ottica della trasparenza dell'azione amministrativa e del *favor* per l'acquisizione di contributi tecnici e conoscitivi capaci di ottimizzare la ponderazione di fatti ed interessi sintetizzata nella determinazione conclusiva, non solo in favore del portatore dell'interesse pretensivo al rilascio del provvedimento ampliativo ovvero a beneficio di quanti siano direttamente pregiudicati dal provvedimento finale (interesse pretensivo o difensivo-oppositivo) ma anche in relazione a quanti siano titolati a fornire un apporto collaborativo sganciato da un interesse sostanziale di base (interesse partecipativo-collaborativo). Per converso, la legittimazione processuale compete, in base a consolidati principi non intaccati dalla disciplina sul procedimento amministrativo, soltanto ai soggetti la cui sfera giuridica sia stata direttamente incisa dal provvedimento finale, *id est* ai titolari di un interesse sostanziale, e non meramente partecipativo e collaborativo, qualificato dall'ordinamento in termini di specificità rispetto alla sfera della collettività indifferenziata». O, ancora, TAR


ISSN 2036-7821

Ora, una siffatta differenziazione sotto il profilo fattuale sembra costituire elemento sufficiente per sostenere che non si tratti di un mero *interesse semplice*. In altre parole, laddove ci si trovi in una posizione differenziata sul piano del fatto, senza che una norma giuridica imponga alla P.A. un paradigma specifico per la sua azione, pur non sussistendo un interesse legittimo, è configurabile un interesse che esprima qualcosa di più di un interesse semplice, un interesse che diviene, appunto, amministrativamente protetto se e nella misura in cui l'ordinamento preveda la possibilità di proporre un ricorso amministrativo ordinario[69].

In definitiva, sempre che ne ricorrano i presupposti in base alle disposizioni di legge che disciplinano la fattispecie, ove si ritenga il ricorso amministrativo proponibile (anche) soltanto per ragioni di merito, sembra difficile negare che in questo caso la situazione sostanziale vantata dal ricorrente (nei confronti della P.A.) sia di interesse (soltanto) amministrativamente protetto[70].

---

Lazio, Roma, Sez. I, 1/4/2009, n. 3481, che afferma: «L'eventuale partecipazione al procedimento non può determinare di per sé l'acquisizione della legittimazione ad agire e, quindi, ad impugnare il provvedimento conclusivo del procedimento, se il partecipante non è titolare di una *posizione giuridica differenziata* da quella della generalità degli appartenenti alla collettività *e qualificata dall'ordinamento giuridico*» (corsivi di chi scrive). L'interesse del soggetto che versi in una siffatta circostanza, quindi, non può che configurarsi soltanto come amministrativamente protetto; è per questo che (sempre che la fattispecie normativa lo consenta) egli può proporre ricorso amministrativo ordinario, pur senza vantare un interesse legittimo. Sulla trasparenza ed il diritto di accesso, si v. da ultimo F. LOMBARDI, *La trasparenza tradita*, E.S.I., Napoli, 2021.

[69] La diversa graduazione dell'intensità di considerazione e protezione giuridiche degli interessi in parola è nitidamente percepibile in Cons. Stato, Sez. III, 1572/2015 cit. *retro*, alla nota 14.

[70] L'opinione sembra essere condivisibile nonostante non trovi esplicito conforto nella manualistica. Ed infatti, lo stesso A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., II, sebbene in precedenza chiarisca nitidamente la definizione di interesse amministrativamente protetto (pp. 106-107), quando poi illustra le situazioni soggettive che garantiscono la legittimazione a proporre il ricorso amministrativo, non afferma espressamente che esso rientri fra queste. Tuttavia, l'A. spiega in più punti che sia possibile ricorrere anche soltanto per vizi di merito: dapprima (p. 677) quando tratta del silenzio, affermando che «Nel caso di ricorso amministrativo presentato (*solo* o anche) per vizi di merito dell'atto impugnato le anzidette disposizioni [art. 6 L. ricorsi amministrativi e art. 20 L. TAR] non possono essere intese nel senso che il silenzio importi il rigetto del ricorso per i vizi di merito con esso denunciati, poiché, non essendo per questi, di massima, consentiti ulteriori rimedi, il ricorrente rimarrebbe altrimenti defraudato irragionevolmente al riguardo di quella stessa tutela che il legislatore si è proposto di accordargli»; e successivamente (p. 1235) quando, indicando le differenti conseguenze del silenzio-inadempimento «a seconda che si tratti di un ricorso contro la cui decisione sarebbero ammesse ulteriori istanze (ricorso giurisdizionale o ricorso straordinario), ovvero non ne sarebbero ammesse», in ordine a quest'ultima ipotesi, nel dichiarare che essa «è la regola per i motivi di merito», sostiene che tali motivi possono essere «rappresentati – *da soli*, o unitamente a motivi di legittimità – dal ricorrente» (i corsivi sono di chi scrive). Da ciò, anzitutto, risulta evidente la convinzione dell'A. di considerare il ricorso amministrativo proponibile anche soltanto per vizi di merito. Inoltre, detta convinzione sembra consentire di inferire, non infondatamente, che, in base alla sua ricostruzione, non si possa escludere che l'interesse amministrativamente protetto sia da ritenersi situazione legittimante al ricorso, la conclusione essendo pienamente coerente, del resto, con il fatto che l'A. include tale posizione giuridica soggettiva nella relativa classificazione. Anche L. MAZZAROLLI, *La tutela* cit., pp. 429-430, si mostra convinto della proponibilità del ricorso amministrativo soltanto per vizi di merito: «Giurisprudenza e dottrina hanno ampiamente dibattuto la questione del permanere o del venir meno nel superiore gerarchico del potere di decidere il ricorso dopo formatosi il silenzio-rigetto. In particolare è stata sottolineata l'esigenza che tale potere continui a sussistere per i casi in cui, essendo un ricorso *fondato unicamente*


ISSN 2036-7821

5. *Determinazioni conclusive.*

Volendo trarre le fila del ragionamento proposto si può così riassumerlo in estrema sintesi. L'obiettivo dichiarato in premessa era provare a dimostrare che – a dispetto della sua largamente diffusa eliminazione dal novero di esse – l'interesse amministrativamente protetto conserva piena ed autonoma dignità di classificazione fra le situazioni giuridiche soggettive. La disciplina legislativa dei ricorsi amministrativi ordinari, infatti, consente di concludere come segue.

*a*) La proposizione dei ricorsi amministrativi è possibile da parte di chi vi abbia interesse, e cioè da chi versi in una posizione fattualmente differenziata (ma talora – nelle richiamate ipotesi di alcuni ricorsi in opposizione – persino da parte di un qualsiasi cittadino, e cioè anche da chi versi in una posizione fattualmente indifferenziata).

*b*) Non v'è dubbio che di solito la situazione legittimante è un interesse legittimo, la cui sussistenza, per così dire, 'assorbe' anche la rivendicazione di una rivisitazione del merito, che si affianca alla pretesa di legittimità dell'atto impugnato.

*c*) Ciò nondimeno, nei casi – e nella misura – in cui l'ordinamento prevede che sia giuridicamente possibile lamentarsi soltanto del modo in cui la P.A. ha esercitato il merito amministrativo, ha pieno fondamento sostenere che la situazione giuridica soggettiva in discussione si presenta distinta sia dall'interesse semplice (perché non è adespota), sia dall'interesse legittimo (perché alla differenziazione fattuale della posizione in cui versa il titolare non si affianca la qualificazione giuridica derivante dalla previsione di una norma che disciplina l'esercizio del potere).

*d*) È vero che la possibilità di lamentarsi del merito mediante ricorso amministrativo è, talora, riconosciuta anche al titolare di un interesse semplice (o di fatto); ciò, tuttavia, lascia intatta la diversità fra le due posizioni sotto il profilo fattuale, l'una caratterizzandosi per la differenziazione, che è assente nell'altra, propria di tutti i cittadini.

---

*su motivi di merito*, l'atto dell'autorità inferiore non potrebbe essere fatto oggetto di ulteriore impugnativa né col ricorso straordinario né con quello giurisdizionale (a parte le eccezioni della giurisdizione di merito); si è, al riguardo, affermato che, solo ammettendo che ci si possa rivolgere al giudice per far dichiarare l'illegittimità del comportamento inerte dell'Amministrazione e che questa sia obbligata ad attivarsi ove il ricorso venga accolto […], la tutela che la legge ha voluto assicurare al cittadino col ricorso gerarchico *anche per motivi di merito* presenta una concreta consistenza, perché non mancherebbe un mezzo con cui renderla effettiva» (corsivi di chi scrive). L'opinione della dottrina appena richiamata trova conferma, d'altra parte, nella giurisprudenza amministrativa. Secondo TAR Liguria, Genova, Sez. II, 24/4/2008, n. 766, ad esempio, «Il decorso del termine di decisione del ricorso gerarchico costituisce un mero presupposto processuale per adire la tutela giurisdizionale, permanendo in capo all'amministrazione il dovere di decidere ed il relativo interesse in capo al ricorrente, quantomeno per i *profili di merito* deducibili in sede gerarchica e non in sede giurisdizionale». Secondo TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 23/5/2006, n. 1256, inoltre, «l'ambito del riesame consentito in sede di decisione di un ricorso gerarchico è ben più ampio rispetto a quello proprio della sede giurisdizionale, nella quale il giudice non può sindacare il *merito* della decisione della p.a.» (corsivi di chi scrive).


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Per continuare a ragionare su ordinamento del calcio e Stato di diritto.

## di Guido Clemente di San Luca

(Professore Ordinario Università degli Studi della Campania, Luigi Vanvitelli)

## Sommario

1. Premessa. – 2. Diritto dei privati e diritto pubblico. – 3. Sovranità ed autonomia: limiti costituzionali all'esercizio dell'autonomia, privata o di diritto pubblico che sia. – 4. Titolarità esclusiva dell'ordinamento sportivo nella posizione delle regole tecniche e limiti all'esercizio della funzione normativa. – 5. L'applicazione delle regole tecniche fra meri accertamenti e discrezionalità tecniche o a contenuto tecnico: limiti all'esercizio del compito di far rispettare le regole del gioco. – 6. Il ruolo dell'arbitro: perché può assimilarsi più ad un funzionario di polizia che ad un giudice. La frode sporti-va. – 7. Osservazioni conclusive: il senso dello sport, la democrazia e il mercimonio.

## Abstract

The booklet on referees of last December received the critical review of prof. Giovanni Verde, the fact itself constituting, for the writer, an absolute and priceless gratification. For this reason, these notes only aim to better explain his position, considering it is very important to continue reasoning and discussing the issue.

From the very authoritative observations advanced, in fact, it is revealed that the exposition of the (hypothesis - at least in the auspices - demonstrated in) the thesis was not appropriate. If it has been possible to generate significant interpretative misunderstandings, it must be considered that at least in some points we have expressed ourselves in an unfortunate manner. It is therefore appropriate to state immediately what these are. And then try, in summary, to further clarify - and hopefully better - the single passages of the proposed reasoning.

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


ISSN 2036-7821

1. *Premessa.*

Il libretto sugli arbitri dello scorso dicembre[1] ha ricevuto la recensione critica del prof. Giovanni Verde[2], il fatto in sé costituendo, per chi scrive, una gratificazione assoluta ed impagabile. Queste note per ciò si propongono solo di spiegare meglio la sua posizione, nel considerare molto importante continuare a ragionare e confrontarsi sul tema.

Dalle autorevolissime osservazioni avanzate, infatti, si rivela che la esposizione della (ipotesi – almeno negli auspici – dimostrata in) tesi non è stata appropriata. Se è stato possibile generare significativi equivoci interpretativi, deve ritenersi che almeno in alcuni punti ci si è espressi in maniera poco felice. È opportuno, pertanto, dichiarare subito quali questi sono. E poi provare, in sintesi, a chiarire ulteriormente – e, si spera, meglio – i singoli passaggi del ragionamento proposto.

Anzitutto, mai si è avuto in mente di voler aprire «le porte per un possibile sindacato dei giudici» sull'operato degli arbitri[3], ovvero di «aprire la strada ad un controllo statale sulla regolarità nello svolgimento delle gare»[4]. Né si è affermato che l'arbitro sia da qualificare «come funzionario pubblico» in modo da rendere «possibile il controllo sull'attività che egli svolge nello svolgimento di una "pubblica funzione"»[5]. Se lo si è inteso dalla lettura delle pagine del libretto, evidentemente, è necessario tornarvi su e precisare.

In secondo luogo, nel Capitolo 4 sono state timidamente avanzate alcune prospettive *de jure condendo* (soltanto in punta di penna, e solo assai velatamente con riferimento alla legislazione statale), essendosi invece attenuti il più possibile allo stretto diritto positivo, e dunque al disposto legislativo vigente, non avendo in alcun modo voluto porre l'interrogativo sulla opportunità di «ridimensionare la portata della L. n. 280 [del 2003] e, quindi, prevedere qualche forma di controllo sulle questioni tecniche»[6]. Il contenuto ed il senso delle regole tecniche sono territorio riservato in via esclusiva all'autonomia dell'ordinamento sportivo.

Altra cosa, naturalmente, è affermare che siffatto contenuto non possa prescindere dai principi e dai valori caratterizzanti l'ordinamento generale, ed avanzare dubbi sulla conformità della struttura istituzionale dell'ordinamento del calcio a tali principi e valori, anche in ragione della difesa del senso ultimo dello sport: che, nonostante si sia dovuta sopportare la corruzione della sua idea per effetto di una esagerata spettacolarizzazione del fenomeno e del conseguente abnorme sfruttamento commerciale, resta la *leale competizione*.

[1] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Arbitri, non giudici!*, Edit. Scientifica, Napoli, 2021.
[2] G. VERDE, *Arbitri non giudici (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. Dir. Sportivo*, 2021, n. 2, pp. 587 ss.
[3] G. VERDE, *Arbitri* cit., p. 587.
[4] G. VERDE, *Arbitri* cit., p. 589.
[5] G. VERDE, *Arbitri* cit., p. 589.
[6] G. VERDE, *Arbitri* cit., p. 588.


ISSN 2036-7821

Infine, non si è affatto sostenuto che «il controllo statale può riguardare le persone e i procedimenti attraverso i quali le persone sono scelte (e gli arbitri fra queste), nella misura in cui si tratta di persone dalle quali si deve pretendere comportamenti che assicurino il "buon andamento" nella gestione del fenomeno sportivo e l'"imparzialità" delle deliberazioni»[7]. Le locuzioni che l'art. 97 Cost. adopera per dettare i principi fondamentali che devono informare la organizzazione e l'azione delle Pubbliche Amministrazioni sono state richiamate soltanto in via analogica.
Allo scopo di illustrare il ragionamento proposto in maniera da dissolvere ogni residuo equivoco, si ripercorreranno rapidamente le sue linee. Verranno, in via preliminare, richiamati i confini teorici generali delle aree di influenza del diritto dei privati e del diritto pubblico ed i limiti costituzionali all'esercizio dell'autonomia, privata o di diritto pubblico che essa sia (§ 2 e 3).
Verrà fatta luce, a seguire, sulla questione della titolarità esclusiva dell'ordinamento sportivo nel definire le regole tecniche del gioco e sui limiti che l'esercizio di tale funzione sopporta; e poi sulle modalità di applicazione di tali regole tecniche – così da distinguere le fattispecie normative da queste contemplate, di mero accertamento e di discrezionalità tecnica – mettendo in evidenza, anche qui, i limiti all'esercizio della funzione di farle rispettare (§ 4 e 5).
Si proverà, inoltre, a fare definitiva chiarezza sul ruolo dell'arbitro e sulle ragioni per le quali il compito affidatogli sia da ritenersi analogo a quello di un funzionario amministrativo (preposto ad un *officium* del tutto assimilabile all'attività di polizia), e non a quello di un giudice, la partita rappresentando (non una lite, una controversia, bensì) una competizione, una gara (§ 6).
Saranno avanzate, infine, alcune brevi osservazioni conclusive sull'intimo significato e sul senso autentico dello sport, i quali dovrebbero costituire la ragione esistenziale dell'autonomia del relativo ordinamento, che invece è ormai divenuta una sorta di 'copertura' giuridica per giustificare e garantire il riprovevole traffico di una cosa nobile, in sé non venale (§ 7).

*2. Diritto dei privati e diritto pubblico.*
Secondo l'opinione tradizionale, il diritto sportivo sarebbe una manifestazione del *diritto dei privati*, non riconducibile per ciò al *diritto pubblico*. Tuttavia, la realtà del fenomeno (e cioè la obiettiva rilevanza economico-sociale definitivamente acquisita da esso ed il cd. 'diritto vivente') rivela una cosa diversa. Il diritto dello sport e del calcio si è, sia pur non *in toto*, per larga parte progressivamente spostato dall'egida del primo a quella del secondo: la sua collocazione può ormai solo marginalmente ritenersi nel seno del diritto dei privati; per lo più è dentro il diritto pubblico. Ne sono testimonianza difficilmente controvertibile le profonde trasformazioni socio-

[7] G. VERDE, *Arbitri* cit., p. 588.


ISSN 2036-7821

economiche che hanno attraversato il settore, le quali impongono di considerarlo in maniera profondamente diversa dalle origini.

A voler seguire l'opposta linea di pensiero[8], l'impianto dello studio sarebbe fortemente influenzato dalla formazione dell'autore e dallo sguardo sul tema coerente con essa[9]. Ora, è indubbio che il punto di vista di chi scrive sia quello del gius-amministrativista. Tuttavia, ci si è sforzati di inferire le conclusioni dell'indagine da un rigoroso esame del dato fenomenico per come esso si presenta nel diritto positivo vigente, nell'analisi procedendo secondo il metodo induttivo/deduttivo.

In altre parole, che il diritto sportivo si sia progressivamente spostato dall'egida del diritto dei privati a quella del diritto pubblico, non deriva affatto da un pregiudizio – verrebbe di dire – ideologico[10], bensì dalla mera osservazione della effettività giuridica. Insomma, a collocare il fenomeno in un'area diversa da quella originaria, sembra essere, non una sua lettura preconcetta, quanto piuttosto le profonde trasformazioni che l'oggetto ha subìto: sono queste ad imporre – allo studioso fedele al metodo giuridico-scientifico – di rilevare e registrare le conseguenze che esse hanno generato, ricostruendo l'oggetto indagato in maniera diversa dal passato.

È vero quanto affermano i sostenitori dell'opposta visione, che non tutto può essere regolato dal diritto (e non solo da quello pubblico), giacché, così facendo, si corre il rischio di 'asfissiare' oltremodo la realtà della vita, rendendola di fatto invivibile. Ciò nondimeno, a confermare la fondatezza della ricostruzione, militano gli argomenti ricavabili dalla osservazione dei numerosi problemi giuridici d'ordine generale oggi connessi all'attività sportiva[11]: *in primis* il rapporto di lavoro dei calciatori, la poco chiara disciplina del quale fa sì che essi godano di tutti i vantaggi, sia del lavoro

[8] Che potrebbe rinvenirsi, fra gli altri, negli studi di: L. FERRARA, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 1 ss.; e di G. MANFREDI, *Osservazioni sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, fasc. 9, pp. 2971 ss.; ID., *Associazioni di tifosi sportivi e interessi legittimi*, in *GiustAmm.it*, 2010, e in *Rass. dir. econ. sport*, 2011, fasc. 1, pp. 17 ss.; ID., *Gruppi sportivi e tutela endoassociativa* (Nota a C. Cost. 11 febbraio 2011, n. 49), in *Giur. cost.*, 2011, fasc. 1, pp. 688 ss.; ID., *Le situazioni giuridiche soggettive delle associazioni di tifosi di calcio: interessi legittimi?*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2011, fasc. 3, pp. 517 ss.; ID., *Ordinamento statale e ordinamento sportivo. Tra pluralismo giuridico e diritto globale* (Intervento all'incontro "I rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo", Firenze, 2 dicembre 2011), in *Dir. amm.*, 2012, fasc. 3, pp. 299 ss.; ID., *La giuridificazione dello sport*, in *Giur. it.*, 2016, fasc. 2, pp. 485 ss.

[9] In buona sostanza, i rilievi critici avanzabili alla ricerca che ha generato il libretto consisterebbero in ciò, che il fenomeno andrebbe letto in una prospettiva diversa, giacché la realtà sarebbe quella della tradizione, secondo cui il *diritto sportivo* continua ad essere una manifestazione del *diritto dei privati*, in nessun modo riconducibile per ciò al *diritto pubblico*.

[10] Dal quale, per il vero, pare essere affetta più l'opinione contraria.

[11] Lo rileva lo stesso prof. G. VERDE, op. cit., p. 588, laddove riconosce che «vi sono ragioni specifiche che impongono […] l'intervento dello Stato soprattutto per le discipline che, oramai, hanno messo ai margini l'aspetto sportivo delle competizioni, in quanto le società o enti sportivi si sono trasformati in produttori di spettacoli che vendono ad una platea immensa di consumatori-spettatori raggiungibili tramite le televisioni o altri strumenti equivalenti», e quando afferma che «L'attività sportiva è un'attività ludica spesso piegata ad obiettivi di profitto. Di conseguenza, lo Stato si limita a controllare che l'organizzazione dell'attività sia in linea con i principi fondamentali dell'ordinamento».


ISSN 2036-7821

subordinato, sia del lavoro autonomo, senza sopportare i corrispondenti oneri dell'uno e dell'altro[12].

In definitiva, se è indiscutibile che si patisce la eccessiva invadenza della regolazione, lo è altrettanto che, liberalizzando troppo, si finisca per soggiacere all'arbitrio dei più forti e pregiudicare gli interessi dei più numerosi (così contraddicendo la principale vocazione funzionale della democrazia, su cui si avrà modo di tornare)[13].

D'altronde, a confermare l'orientamento in parola ben può richiamarsi il rapporto intercorrente fra l'ordinamento sportivo e l'ordinamento U.E.[14]. È stato rilevato in proposito che «l'idea della centralità del giudice dell'ordinamento generale sia stata maturata anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea», la quale in origine «aveva elaborato la distinzione fra regole 'puramente' sportive e regole sportive aventi carattere economico: mentre le seconde dovevano ritenersi assoggettate al diritto dell'Unione, le prime non si reputavano rientranti nel suo campo di applicazione. In altre parole, la CGUE si asteneva dall'esaminare la compatibilità delle regole 'puramente' sportive con le norme comunitarie»[15]. L'orientamento della Corte, però, è poi cambiato, con la nota pronuncia Meca-Medina[16], giusta la quale «il giudice comunitario, superando la distinzione suddetta, ha sostanzialmente asserito che la valutazione relativa alla soggezione delle regole sportive al diritto dell'Unione va effettuata non in astratto, bensì caso per caso. La qualificazione di una norma

[12] In proposito il prof. G. VERDE, op. cit., p. 588 , rileva che «Sarebbe necessario ripensare *funditus* gli ordinamenti statali che regolano i soggetti organizzatori di eventi-spettacolo sportivi, gli opportuni adattamenti di una disciplina immaginata per l'imprenditore generico ad un imprenditore del tutto particolare non meno di quelli necessari ad una disciplina del contratto tra le società e gli atleti (sempre meno atleti e sempre più "attori"), che oggi si trovano nella situazione privilegiata di godere dei diritti (ma di pochi obblighi) che la legge riserva ai lavoratori dipendenti e dei privilegi di chi svolge un lavoro in posizione di sostanziale autonomia (per non parlare della categoria dei "mediatori" che l'attuale normativa ha generato)».

[13] In chi scrive è nitido il ricordo delle discussioni giovanili sulla questione con suo padre (uomo politico di grande spessore culturale), il quale lo rimproverava del fatto che, orientato fortemente dal fare il 'mestiere' del giurista – stando per ciò sempre dietro a pedanti classificazioni o qualificazioni (sovente minuziose e sofisticate) di fattispecie astratte –, si correva il rischio di ragionare lontani dalla realtà. Ispirato dal pensiero liberale, gli ricordava che un popolo, meno regole ha, più civile è. La risposta che riceveva era la seguente. È indubbio che il grado di civiltà di un popolo si misura dalla quantità di regole di cui necessita: meno ne ha bisogno, più civile è. Tuttavia, a ben riflettere, ciò testimonia la veridicità dell'assunto al contrario. Se un popolo ha bisogno di poche regole è certamente più civile, ma perché, in ragione dell'esiguo numero di interessi confliggenti e connesse controversie, vive in armonia 'naturalmente'. Ove però ve ne siano, il livello di civiltà si misura (non dall'assenza, ma) proprio dalla presenza di norme capaci di garantirne la risoluzione.

[14] Come osserva M. PALADINO, *Il complesso rapporto fra ordinamento statale e ordinamento sportivo in tema di sanzioni disciplinari sportive*, in *Amministrativamente*, 2021, n. 3, pp. 620 ss., 660, infatti, «sembra evidente che "un sistema in cui si esclude e/o si limita la possibilità che possano esserci concorrenti nel mercato in base al principio di 'una federazione per sport'" può apparire in contrasto con la normativa comunitaria sulla concorrenza, in particolare con gli artt. 101 e 102, TFUE».

[15] Così M. PALADINO, *Il complesso rapporto fra ordinamento statale e ordinamento sportivo in tema di sanzioni disciplinari sportive* cit., p. 656.

[16] Corte Giust. UE, 18/7/2006, causa C-519/04 P, David Meca-Medina e Igor Majcen contro Commissione delle Comunità europee, in *eur-lex.europa.eu*.


ISSN 2036-7821

quale puramente sportiva, dunque, non implica necessariamente che essa esuli dall'ambito di applicazione del diritto comunitario»[17].

Sul tema del rapporto fra ordinamento sportivo e ordinamento comunitario – occorre sottolineare – si è in attesa della pronuncia della CGUE in relazione alla vicenda della cd. «Superlega», la Corte essendo chiamata ad esprimersi sulla compatibilità, con la disciplina europea in materia di concorrenza, della struttura monopolistica (FIFA e UEFA) dell'ordinamento sportivo nella organizzazione e gestione di competizioni calcistiche[18].

Sebbene a prima vista siffatta compatibilità sembrerebbe non sussistere, tuttavia, poiché le peculiarità del fenomeno sportivo possono «giustificare la configurazione, rispetto ad esso, di 'deroghe' all'applicazione del diritto dell'Unione»[19], non sarebbe del tutto peregrino ritenere che la presenza di una struttura monopolistica costituisca una 'legittima eccezione' alla regola. Non è infatti irrilevante che nel Libro bianco sullo sport[20] si affermi che «la specificità della struttura sportiva» comporta, tra l'altro, anche «una struttura a piramide delle gare dal livello di base a quello professionistico di punta», nonché «l'organizzazione dello sport su base nazionale e il principio di una federazione unica per sport»[21].

Nella richiamata pronuncia Meca-Medina[22] si sostiene che «Ogni accordo tra imprese o ogni decisione di un'associazione di imprese che restringa la libertà d'azione delle parti o di una di esse non ricade necessariamente sotto il divieto sancito all'art. 81, n. 1, CE» (oggi art. 101, n. 1, Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, d'ora in

[17] M. PALADINO, *Il complesso rapporto fra ordinamento statale e ordinamento sportivo in tema di sanzioni disciplinari sportive* cit., pp. 657-658. L'A. – pur riconoscendo «che la previsione di una struttura organizzativa non conforme alla normativa dell'Unione non sia giustificabile solo alla luce del principio di autonomia dell'ordinamento sportivo. Detta autonomia, infatti, non può considerarsi illimitata, e non sembra peregrino sostenere che la necessità del suo inveramento non sia sufficiente a legittimare la scelta di organizzare l'universo sportivo in modo monopolistico» (p. 661) – ritiene di condividere l'assunto della Corte.

[18] Il Tribunale commerciale n° 17 di Madrid, dopo aver emesso una pronuncia volta ad impedire il blocco del lancio della competizione, ha sottoposto alla CGUE una domanda pregiudiziale concernente la compatibilità della posizione di FIFA e UEFA con gli articoli 101, 102, 45, 56, 49 e 63 TFUE. Sulla vicenda della Superlega si tornerà nelle osservazioni conclusive.

[19] M. PALADINO, *Il complesso rapporto fra ordinamento statale e ordinamento sportivo* cit., p. 660.

[20] Atto giuridicamente non vincolante, che però esprime la posizione ufficiale della Commissione Europea sul fenomeno sportivo.

[21] Nel par. 4.1 del Libro bianco sullo sport si legge che «lo sport ha alcune caratteristiche specifiche, spesso definite "la specificità dello sport". La specificità dello sport europeo può essere vista sotto due angolazioni: - la specificità delle attività e delle regole sportive, come le gare distinte per uomini e donne, la limitazione del numero di partecipanti alle competizioni e la necessità di assicurare un risultato non prevedibile in anticipo, nonché di mantenere un equilibrio fra le società che partecipano alle stesse competizioni; - la specificità della struttura sportiva, che comprende in particolare l'autonomia e la diversità delle organizzazioni dello sport, una struttura a piramide delle gare dal livello di base a quello professionistico di punta e meccanismi organizzati di solidarietà tra i diversi livelli e operatori, l'organizzazione dello sport su base nazionale e il principio di una federazione unica per sport».

[22] Dopo aver affermato – come poc'anzi riferito – che «la compatibilità di una regolamentazione con le norme comunitarie in materia di concorrenza non può essere valutata in astratto».


ISSN 2036-7821

poi TFUE). Ai fini dell'applicazione di detta norma «ad un caso di specie, occorre innanzi tutto tener conto del contesto globale in cui la decisione dell'associazione di imprese di cui trattasi è stata adottata o dispiega i suoi effetti e, più in particolare, dei suoi obiettivi. Occorre poi verificare se gli effetti restrittivi della concorrenza che ne derivano ineriscano al perseguimento di tali obiettivi […] e siano ad essi proporzionati»[23].

Al riguardo è da condividersi l'opinione secondo cui «la struttura verticistica risulta essenziale per la realizzazione di quella "funzione sociale ed educativa" dello sport, che sembra inglobare una vasta gamma di diritti di notevole rilevanza, cui l'art. 165, n. 1, cpv. 2, TFUE fa espressamente riferimento». Questo perché «un sistema 'aperto' potrebbe paradossalmente rivelarsi ancor più 'elitario' di quello attuale, ad esempio consentendo» – come dimostra la vicenda della Superlega – «di sganciare la possibilità di accedere alle competizioni di maggiore rilievo sociale dai risultati sportivi conseguiti, circoscrivendola, a prescindere da questi, a pochi 'grandi' club»[24].

In definitiva, appare difficile non rinvenire una «significativa analogia fra l'ordinamento comunitario e quello italiano», giacché «il primo, non dissimilmente dal secondo, talvolta ammette che l'ordinamento sportivo disponga in maniera difforme rispetto ad esso, talaltra no»[25]. Ed è difficilmente «revocabile in dubbio che anche l'ordinamento dell'Unione riconosca le organizzazioni sportive come dotate di autonomia. Siffatto riconoscimento» viene «esplicitato nitidamente in diversi atti comunitari concernenti il fenomeno sportivo», quantunque essi siano in parte non marginale «privi di cogenza giuridica»[26]. Insomma, è assai difficile non convenire che fra ordinamento U.E. e ordinamento sportivo vi sia una relazione non diversa da quella che v'è fra ordinamento generale italiano e ordinamento sportivo.

Ciò ribadito, non si può più fingere di non vedere il malcontento, assai diffuso in Italia, per la iniquità del funzionamento dello sport più popolare. Ed è (anche) per questa ragione che occorre verificare se siano rispettati i principi fondamentali ed imprescindibili su cui si basa lo Stato di diritto. E cioè, se chi fa le regole del gioco valevoli per tutti sia esponenziale della comunità di riferimento, o sia invece autoreferenziale, nonché se, ed in qual modo e misura, sia garantito il rispetto di tali

[23] Così Corte Giust. UE, 18/7/2006 cit., punto 42.

[24] M. PALADINO, *Il complesso rapporto fra ordinamento statale e ordinamento sportivo* cit., pp. 661-662. Sul punto, pertanto, l'A. conclude che «non pare ravvisabile una incompatibilità della organizzazione piramidale del sistema sportivo con il diritto dell'Unione: la previsione di una struttura del genere sembra realizzare un obiettivo legittimo e gli effetti restrittivi della concorrenza che da essa scaturiscono appaiono proporzionati a siffatto obiettivo» (p. 662).

[25] Così ancora M. PALADINO, *Il complesso rapporto fra ordinamento statale e ordinamento sportivo* cit., pp. 658-659.

[26] Così sempre M. PALADINO, *Il complesso rapporto fra ordinamento statale e ordinamento sportivo* cit., p. 659. Il riconoscimento in parola – prosegue l'A. – «sembra comunque costituire estrinsecazione necessaria del principio di *specificità* dello sport, cui oggi il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea […], all'art. 165, fa espressamente riferimento».


ISSN 2036-7821

regole (*legalità*). Se il produttore delle regole sia tenuto distinto – sotto il profilo sia strutturale, sia funzionale – da chi deve farle osservare (*separazione dei poteri*). Se, ed in qual modo e misura, per un torto che si assume illegittimamente patito, sia possibile ottenere giustizia dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale (*giustiziabilità degli atti e dei comportamenti contrari alle norme*).

3. *Sovranità ed autonomia: limiti costituzionali all'esercizio dell'autonomia, privata o di diritto pubblico che sia.*

Si obietta che sarebbe proprio l'autonomia riconosciuta all'ordinamento sportivo a costituire un argine invalicabile che inibisce la possibilità di invocare il rispetto degli essenziali principi dello Stato di diritto. Ebbene, ammesso e non concesso che l'autonomia in parola sia integralmente ascrivibile al novero di quelle sociali e collettive (e non presenti, quantunque in parte, i connotati delle autonomie di diritto pubblico), non si capisce perché mai ciò dovrebbe significare libertà assoluta, manifestazione di una sorta di diritto naturale al di sopra della Costituzione e della legge. Se un siffatto ragionare è predicabile nemmeno per le libertà individuali, figurarsi per le autonomie sociali, nello svolgersi delle quali è indispensabile che vengano garantite le libertà dei singoli individui che vi prendano parte, ciò implicando l'adozione del metodo democratico.

Stante il suo esplicito riconoscimento formale ad opera della legge (L. 280/2003) e della consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale (sentt. 11/2/2011, n. 49 e 25/6/2019, n. 160), l'autonomia dell'ordinamento sportivo è indiscussa e non discutibile.

Non altrettanto pacifica, però, sembra la sua integrale collocazione nel seno delle autonomie sociali e collettive di cui all'art. 2 Cost. (secondo cui «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo […] nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»), ben potendo esser letta, in quota non insignificante, nella prospettiva della classica autonomia istituzionale o funzionale, propria del diritto pubblico[27].

[27] Sull'autonomia privata e sull'autonomia di diritto pubblico la letteratura è amplissima. Fra i tanti, si rinvia anzitutto ai fondamentali studi di: M.S. GIANNINI, *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1951, pp. 851 ss.; ID., voce *Autonomia b) Teoria generale e diritto pubblico*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, 1959, pp. 356 ss.; C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1959; Santi ROMANO, *Autonomia*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966; Id., *Autonomia privata individuale e collettiva*, ESI, Napoli, 2006. Si v. anche *ex multis*: G. ALLEGRI, voce *Autonomie sociali e territoriali*, in *Diritto on-line Treccani*, 2017; AA.VV., *Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 43, Milano, 2014, t. I e II; E. BATTELLI, *Il ruolo dei corpi intermedi nel modello italiano di società pluralista*, in *Pol. dir.*, 2018, fasc. 2, pp. 259 ss.; A. BARBERA, *Art. 2*, in *Comm. Cost. Branca*, I, *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, pp. 50 ss.; R. BORRELLO, *La posizione dell'organizzazione sportiva nell'attuale quadro costituzionale: alcune riflessioni su un profilo fortemente problematico*, in *Giur. cost.*, 2019, fasc. 5, pp. 2685 ss.; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro It.*, 10, 1995, pp. 373 ss.; P. COSTA, *"Oltre lo Stato": teorie "pluralistiche" del primo Novecento*, in *Soc. e pol. soc.*, 2002, vol. 5, fasc. 1, pp.


ISSN 2036-7821

È ben noto, d'altronde, che l'ordinamento costituzionale italiano riconosca – ed abbia senz'altro posto a suo fondamento – tanto la prima (si pensi all'art. 18[28], o all'art. 39[29], o all'art. 49[30]), quanto la seconda, e specialmente l'autonomia locale (consacrata, non diversamente da quella sociale, in maniera solenne all'art. 5 della Carta), corollario della quale è che, in ragione della loro esponenzialità democratica, tutti gli enti territoriali – Regioni, Città Metropolitane, Province e Comuni – sono veri e propri co-detentori, insieme allo Stato, della sovranità nazionale[31].

Il pluralismo, insomma, sociale od istituzionale che sia, innerva l'impianto della Costituzione. Epperò, entrambi, unitamente alle forme di autonomia che esprimono, non possono non arrestarsi dinanzi all'esercizio della sovranità nazionale. E la differenza fra sovranità ed autonomia – anche dell'ordinamento sportivo – è necessaria per capire quanto il rispetto delle regole istituzionali generali, pure da parte di soggetti detentori di riconosciuta capacità giuridica di autonomia, sia intrinseco e coessenziale proprio per garantire la effettività della libertà. Compresa la libertà dello sport.

---

11 ss.; G. COTTURRI, *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Roma, 2001; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, pp. 13 ss.; L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo nell'unitarietà e sistematicità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. sport.*, 1999, fasc. 1, pp. 25 ss.; G. LEVI, *Le formazioni sociali*, Milano, 1999; R. LANDI, *L'attività sportiva tra idealità e lucro. Pluralità degli scopi e variabilità dei modelli associativi*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2014, fasc. 1, pp. 12 ss.; N. LIPARI, *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Iustitia*, 1995, fasc. 1, pp. 1 ss.; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, fasc. 1-2, pp. 45 ss.; F. MODUGNO, voce *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, 1985, pp. 1 ss.; E. MORLINO, *Autonomia dell'ordinamento sportivo e giudice amministrativo: profili critici di una ridefinizione degli equilibri*, in *Riv. dir. sport.*, 2017, fasc. 2, pp. 409 ss.; N. PAOLANTONIO, *Ordinamento statale e ordinamento sportivo: spunti problematici*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2007, fasc. 3, pp. 1152 ss.; T. PENSABENE LIONTI, *Il diritto allo sport: tra esigenza socialmente rilevante e interesse fondamentale della persona*, in *Dir. amm.*, 2012, fasc. 3, pp. 415 ss.; A. POGGI, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001; P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987; Id., *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997; F. RIMOLI, voce *Pluralismo*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1999; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989; A. ROMANO, voce *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubb.*, vol. II, 1987, pp. 30 ss.; I. SPADARO, *Il difficile equilibrio tra autonomia dei gruppi sportivi e garanzia dei singoli tesserati alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 2020, fasc. 12, pp. 236 ss.; A. ZANOTTI, *Le autonomie nell'ordinamento giuridico*, in *Dir. soc.*, 2018, fasc. 3, pp. 369 ss.

[28] Secondo cui «I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale».

[29] Secondo cui «L'organizzazione sindacale è libera. Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge. È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un *ordinamento interno a base democratica*».

[30] Secondo cui «Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con *metodo democratico* a determinare la politica nazionale».

[31] La questione, ovviamente, non può essere affrontata *ex professo* in questa sede. Sia consentito di rinviare a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, voce *Organizzazione amministrativa 1. Profili generali*, voce *Organizzazione amministrativa 2. Apparato centrale*, voce *Organizzazione amministrativa 3. Regioni ed Enti Locali*, e voce *Organizzazione Amministrativa 4. I rapporti organizzativi*, in *Diritto on line Treccani*, 2015; nonché ID., *Approfondimenti di Diritto Amministrativo*, Edit. Scientifica, Napoli, 2012, pp. 119 ss. (spec. pp. 130-140).


ISSN 2036-7821

Detto altrimenti, laddove e nei limiti in cui il suo concreto esercizio entri in rotta di collisione con la sovranità nazionale espressa dallo Stato, l'autonomia – persino quella degli enti territoriali che sono co-detentori della sovranità – non può non recedere, lasciando l'ultima parola alla manifestazione del soggetto sovrano in ultima istanza[32].

4. *Titolarità esclusiva dell'ordinamento sportivo nella posizione delle regole tecniche e limiti all'esercizio della funzione normativa.*

Quanto s'è appena ribadito, naturalmente, non implica affatto che all'ordinamento giuridico generale sia consentito di invadere arbitrariamente il *proprium* dell'ordinamento sportivo. Ed è fuori discussione che dettare le regole tecniche del gioco del calcio spetti senza dubbi a quest'ultimo, sebbene vi siano ambiti nei quali è concettualmente inevitabile trovare un compromesso. Nel vigente ordinamento positivo italiano, infatti, i rapporti fra i due ordinamenti sono stati disciplinati assumendo – in maniera, a dire il vero, non del tutto felice e soddisfacente[33] – il seguente.

La L. 280/2003, dopo aver disposto che i rapporti in parola «sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo» (art. 1, co. 2), stabilisce che «è riservata all'ordinamento sportivo la disciplina delle questioni aventi ad oggetto: a) l'osservanza e l'applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell'ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive; b) i

[32] Si v. ancora G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di Diritto Amministrativo* cit.: «risulta difficile contestare che la sovranità popolare nazionale sia altro dalla *somma* delle autonomie locali, dovendosi naturalmente eccettuare quelle aree (pur non marginali, epperò) circoscritte di potere statale destinato: per un verso, *a*) alla cura dei pochi, ma essenziali, compiti (per vocazione) nazionali; e, per un altro, *b*) ad esprimere, attraverso mediazioni, la *sintesi* delle manifestazioni autonomistiche strutturalmente disomogenee e perciò (per natura) impossibilitate ad essere sommate fra loro; e, per un altro verso ancora, *c*) a sostenere, esclusivamente – beninteso – *in via sussidiaria*, quelle fra tali manifestazioni che si rivelino da sole incapaci di garantirsi la sopravvivenza» (p. 138). Ciò significa «per un verso, che la sovranità nazionale deve esser contenuta nelle circoscritte aree tipicamente proprie dell'intervento di ogni Stato (comunemente riassunte con i sostantivi 'bandiera', 'toga', 'moneta' e 'spada'), le aree cioè che comprendono quel tanto dei compiti di *conservazione* e di *organizzazione* ritenuto il minimo essenziale perché si possa considerare sussistente una comunità strutturata in forma statuale. E, per altro verso, che, nelle aree in cui sovente si rende necessaria un'azione di composizione degli interessi espressi dalle autonomie regionali e locali, la definizione aggiornata della sovranità nazionale prescrive: *a*) che lo Stato debba autolimitarsi fungendo così soltanto da strumento per la mediazione fra tali interessi, sempre che, evidentemente, questi si rivelino (sì della stessa natura, ma) confliggenti e, perciò, disomogenei se presi singolarmente nella loro interezza, dunque non 'sommabili', bensì abbisognevoli di trovare una sintesi; ovvero *b*) che lo Stato debba agire nei casi in cui l'intervento si manifesti tanto indispensabile quanto possibile (e perciò soltanto a richiesta degli autonomi soggetti istituzionali locali eventualmente implicati), ricorrendo dunque, di volta in volta, i presupposti per l'applicazione del principio di sussidiarietà» (p. 140).

[33] Sul punto si deve inevitabilmente rinviare all'analisi svolta in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Arbitri, non giudici!* cit., segnatamente nel § 2 del Capitolo 2.


ISSN 2036-7821

comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione ed applicazione delle relative sanzioni disciplinari sportive» (art. 2, co. 1).

Ora, stabilire quando un intervento od un comportamento di gioco sia corretto, oppure falloso, non può essere oggetto di disciplina da parte dell'ordinamento generale. È persino banale rammentare che questo costituisce il *proprium* dell'ordinamento sportivo. Peraltro, è altrettanto ovvio ricordare che una siffatta regolazione mai potrebbe considerare corretti interventi o comportamenti qualificati come illeciti penali da norme dell'ordinamento generale[34].

Al di là delle appena richiamate (appunto, banali) ovvietà, non è tuttavia tollerabile che la organizzazione ed il funzionamento dell'ordinamento sportivo sfuggano ai principi fondamentali dello Stato di diritto. A cominciare dalla esponenzialità democratica del soggetto regolatore.

Certo, potrebbe obiettarsi che – se non estremamente complicato – è certamente assai complesso definire i componenti della comunità (il popolo) che andrebbero rappresentati nell'organo deputato alla funzione normativa. Ma non può sottacersi un pressante e non più eludibile interrogativo: quello relativo alle ragioni per cui a dettare le regole debbano essere pochi 'potenti'[35], e non una espressione organizzativa dei più, una struttura esponenziale degli *stakeholders* – come oggi si usa dire –, e cioè dei soggetti coinvolti (in qualche modo assimilabili – con un parallelismo forse pure un po' azzardato, ma non del tutto privo di fondamento – agli utenti del servizio 'calcio'): dalle centinaia di migliaia di società sportive, alle centinaia di milioni di appassionati.

---

[34] Come osserva M. PALADINO, *Il complesso rapporto fra ordinamento statale e ordinamento sportivo* cit., p. 654, «l'ordinamento sportivo può consentire una condotta che non risulterebbe legittima nell'ambito dell'ordinamento generale senza che in quest'ultimo si produca alcuna conseguenza giuridica. Si pensi al contegno del calciatore che, con un fallo di gioco, procuri un infortunio ad un avversario: nell'ordinamento della Repubblica siffatta condotta non integra, di norma, il reato di lesioni personali colpose. Nondimeno, pare evidente che, qualora l'ordinamento sportivo ecceda i limiti della sua autonomia, la norma o il provvedimento in conflitto con quanto prescritto dall'ordinamento generale non possano non considerarsi, da parte di quest'ultimo, illegittimi. E non sembra ragionevole negare che in tal caso, consequenzialmente, nell'ambito dello stesso ordinamento risulti illegittima anche la sanzione sportiva che colpisce il soggetto incorso nella violazione delle prescrizioni dell'ordinamento particolare per non venir meno alla osservanza di quelle dell'ordinamento della Repubblica con esse contrastanti». In proposito si v. Cass. pen., Sez. IV, 8/3/2016, n. 9559, in *giurisprudenzapenale.com*, che aderisce all'opinione «secondo la quale gli eventi lesivi causati nel corso d'incontri sportivi e nel rispetto delle regole del gioco, restano scriminati per l'operare della scriminante atipica dell'accettazione del rischio consentito». La questione è stata affrontata in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Arbitri, non giudici!* cit., pp. 41-48 (testo e note).

[35] In proposito non può non richiamarsi nuovamente la vicenda della Superlega, su cui si tornerà nelle osservazioni conclusive. Sin d'ora, tuttavia, si possono proporre alcuni interrogativi non marginali che verranno ripresi in quella sede. Che sport è quello il cui sistema organizzativo falsa le sfide, non impedendo alle società di indebitarsi a dismisura, senza prevedere, e poi effettivamente comminare, sanzioni significative nei confronti di chi presenta bilanci clamorosamente in rosso? Cosa ha a che vedere con lo sport un ordinamento che permette ai procuratori di guadagnare cifre inconcepibili? Ovvero guadagni dei calciatori assistiti che è giusto definire immorali, incomprensibili a tutti, fuorché alla strettissima cerchia dei cleptocrati e dei media compiacenti?


ISSN 2036-7821

Insomma, la legittimazione dei regolatori deriva dalla loro sostanziale autoreferenzialità, e non dalla effettiva esponenzialità degli interessi che reclamano d'esser rappresentati. Basti pensare alla composizione dell'IFAB ed al meccanismo decisionale che sovrintende alle sue deliberazioni concernenti le regole[36].
Senza contare il ruolo assegnato in proposito agli stessi arbitri, attraverso la loro organizzazione istituzionale. Considerato che ad essi è attribuito il compito di assicurare che le regole del gioco vengano rispettate, non si spiega perché, ed in base a quale norma o principio, l'AIA (Associazione Italiana Arbitri) – per delega della F.I.G.C. – di fatto partecipi alla loro facitura, emanando ogni anno la «Guida Pratica» e le «Linee Guida», che dispongono, a dir così, 'chiarimenti' interpretativi, i quali presentano con ogni evidenza una vera e propria capacità prescrittiva innovativa, in concreto finendo per integrare il Regolamento[37]. Tutto ciò non può non sollevare dubbi sul rispetto del principio di separazione dei poteri.
In ogni caso, *nulla quaestio* sulla titolarità esclusiva dell'ordinamento sportivo nel definire le regole tecniche del gioco. Fermo restando, ovviamente, che l'esercizio di tale funzione debba sopportare i limiti derivanti dalla necessità di evitare che l'applicazione delle relative regole eventualmente sfoci nella violazione di norme dell'ordinamento generale, nel cui seno quello (particolare) sportivo deve e non può non operare.
Resta ancora da far luce, invece, su come, all'interno dell'ordinamento sportivo, venga fatta applicazione delle regole tecniche e, segnatamente, di quelle dettate dal Regolamento del gioco del calcio. Il quale – com'è noto – contempla distinte fattispecie normative, la cui morfologia richiama in maniera evidente categorie ben note ai gius-amministrativisti: il *mero accertamento tecnico*, la *discrezionalità tecnica*, e la *discrezionalità amministrativa a contenuto tecnico*[38].

## 5. *L'applicazione delle regole tecniche fra mero accertamento, discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa a contenuto tecnico: limiti all'esercizio del compito di far rispettare le regole del gioco.*

[36] Anche qui si deve necessariamente rinviare a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Arbitri, non giudici!* cit., § 3 del Capitolo 2. La metà degli 8 componenti vengono designati dalle 4 Federazioni britanniche, almeno 2 dei quali devono essere favorevoli alle modifiche del Regolamento, sempre che sia unanime il placet dei 4 rappresentanti della FIFA, o viceversa. Ed è noto che la regola di maggioranza fra uguali – evidentemente violata – ha un ruolo significativo anche in ambito civilistico (si pensi al funzionamento delle assemblee nelle società per azioni, *ex* artt. 2364 e ss., c.c.).

[37] Il compito dell'AIA, invero, consisterebbe essenzialmente nella mera traduzione in italiano delle regole stabilite dall'IFAB. Tuttavia, per un verso, una siffatta operazione implica sempre una (almeno lieve) capacità di 'correzione' del loro significato; per un altro, mediante la Guida Pratica e le Linee Guida si manifesta un chiaro potere di dettare non insignificanti integrazioni delle regole del gioco.

[38] Il tema è affrontato in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Arbitri, non giudici!* cit., § 4 del Capitolo 2, cui si rinvia, unitamente a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Discrezionalità tecnica e meri accertamenti nelle decisioni di arbitri e VAR*, in ID. (a cura di), *Campionato di calcio e Stato di diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 65 ss.


ISSN 2036-7821

Dall'esame delle regole del gioco, invero, si evince facilmente il ricorrere delle appena riferite ipotesi di fattispecie astratte. Occorre allora, sia pur in breve, mettere in evidenza i limiti entro cui andrebbe esercitato il *compito di far rispettare le norme* in parola, il quale è concettualmente scomponibile in tre fasi.

*a*) La *rilevazione del fatto*, e cioè se esso sia o no effettivamente avvenuto. In proposito il direttore di gara[39] ben può essere fallace. Ma, nelle ipotesi stabilite dal relativo Protocollo, egli deve essere assistito dal VAR, la cui opera è, a questo scopo, praticamente quasi infallibile.

*b*) La *qualificazione giuridica del fatto*, e cioè stabilire se il dato intervento sia o no conforme alle prescrizioni dettate dalle regole. A questo riguardo, la valutazione tecnico-discrezionale dell'arbitro, in ordine a «Falli e scorrettezze», è limitata alla scelta di una delle tre fattispecie prescritte dalla Regola 12: '*negligenza*' (che ricorre laddove «il calciatore mostra una mancanza di attenzione o considerazione nell'effettuare un contrasto o che agisce senza precauzione»), '*imprudenza*' (che ricorre laddove «il calciatore agisce con noncuranza del pericolo o delle conseguenze per l'avversario») e '*vigoria sproporzionata*' (che ricorre laddove «il calciatore eccede nell'uso della forza necessaria e/o mette in pericolo l'incolumità di un avversario»)[40]. Nella rilevazione di una di queste tre ipotesi di fallo – si è scritto nel libretto[41] – «l'arbitro ben può incorrere in un *errore*». Precisandosi che la commissione di un errore, per un verso, «è assai difficilmente rilevabile», in ragione della «evidente e indiscutibile circostanza della necessaria tempestività della decisione allo scopo di consentire il prosieguo del gioco»[42]. E, per altro verso, è «mai sindacabile», la giurisprudenza sportiva sul punto essendo pacifica nel considerare «il *giudizio tecnico*, che l'ordinamento sportivo rimette all'arbitro», attinente all'«*area assolutamente insindacabile* che investe le decisioni adottate sul campo», e nell'asserire che le «valutazioni e decisioni di natura tecnica/disciplinare adottate in campo dall'arbitro, devolute alla sua *esclusiva discrezionalità tecnica*, si esauriscano» al termine della competizione (i corsivi sono di chi scrive). A meno che non si tratti del cd. 'errore tecnico', la rilevazione giuridica *ex post* del quale i giudici sportivi considerano sussistente in ipotesi assai circoscritte, e soltanto per «errori dell'arbitro

[39] Che è tale, appunto, e non 'giudice di campo', come impropriamente si suole ripetere. Sul punto si tornerà nel § 6.

[40] Nel primo caso, il contenuto precettivo non è privo di incertezza interpretativa: la *mancanza di attenzione o considerazione* ed il *senza precauzione* restano, infatti, nella valutazione tecnica dell'arbitro, la fase di acclaramento della sussistenza del presupposto essendo dunque caratterizzata da discrezionalità tecnica. Pure nel secondo caso, la fase di acclaramento della sussistenza del presupposto – decidere se sussiste la *noncuranza* – è lasciato alla valutazione tecnica dell'arbitro, restando perciò di discrezionalità tecnica. Lo stesso, infine, nel terzo caso: spetta alla valutazione tecnica del direttore di gara l'acclaramento della sussistenza del presupposto – stabilire se il calciatore abbia ecceduto «nell'uso della forza necessaria», ovvero abbia messo «in pericolo l'incolumità di un avversario» –, essendo anche qui connotato da discrezionalità tecnica.

[41] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Arbitri, non giudici!* cit., pp. 68-69 (testo e note).

[42] Peraltro, proprio al fine di conseguire la riduzione degli errori è stata preziosa l'introduzione del VAR.


ISSN 2036-7821

particolarmente eclatanti, di fatto accertati sempre per ammissione dello stesso direttore di gara»[43].

*c*) Infine, la eventuale *irrogazione della sanzione*, tecnica e/o disciplinare[44].

Ora, non è in discussione che spetti all'arbitro il compito di garantire il rispetto delle regole. E dunque, per capire come vada qualificata la sua attività, occorre tener bene a mente – e mai dimenticare – la differenza fra rilevazione del fatto (risolventesi quasi sempre in un mero accertamento tecnico) e sua qualificazione giuridica (manifestazione di discrezionalità tecnica, e talora, raramente, di discrezionalità amministrativa a contenuto tecnico).

Non è inutile ricordare che la mancata rilevazione della violazione della regola 12 non sana il relativo intervento, il quale resta, appunto, illegittimo. Così come illegittima va qualificata la mancata rilevazione della violazione da parte del direttore di gara. E questo nonostante rimedi per siffatte illegittimità non siano contemplati dall'ordinamento sportivo, tranne che – come s'è ricordato poc'anzi – nelle circoscritte ipotesi di cd. «errore tecnico»[45].

Va però tenuta presente la differenza fra 'illegittimità' ed 'illiceità' delle decisioni da assumersi per garantire che il gioco si svolga in maniera coerente con le regole che lo disciplinano. Così come, sul piano logico, subito a seguire rileva la differenza fra 'colpa' e 'dolo', necessaria per capire quando una decisione dell'arbitro possa addirittura tracimare, configurandosi una ipotesi di rilevanza penale: il reato di frode sportiva. Si pensi al caso in cui la manifesta, e non opinabile, illegittimità sia stata 'consentita' attraverso una ingiustificabile omissione di esercizio del compito di rilevazione del fallo e di conseguente assunzione della relativa sanzione (tecnica e/o disciplinare)[46].

6. *Il ruolo dell'arbitro: perché può assimilarsi più ad un funzionario di polizia che ad un giudice. La frode sportiva.*

Bisogna da ultimo tornare sulla figura dell'arbitro, e perciò ragionare sulla differenza fra 'amministrazione' e 'giurisdizione'. Ovviamente al limitato scopo di stabilire se quello di far rispettare le regole sia un compito avente natura amministrativa oppure giurisdizionale. Al riguardo, non è discutibile che le decisioni dell'arbitro costituiscano, nella gran parte, l'ultima parola sugli episodi di una partita. Il che potrebbe far propendere per la tesi che le considera assimilabili, non ai

[43] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Arbitri, non giudici!* cit., pp. 93-95 (testo e note).

[44] La relativa attività essendo in tal caso connotata non sempre da discrezionalità tecnica, talora esplicandosi in discrezionalità amministrativa a contenuto tecnico.

[45] Sul punto si tornerà nel § 6.

[46] Anche su questo profilo si tornerà nel § 6.


ISSN 2036-7821

provvedimenti amministrativi – per loro natura sempre impugnabili –, bensì alle sentenze[47].

Tuttavia, a ben riflettere, l'argomento non appare decisivo. Anzitutto perché, di regola, anche le sentenze – secondo le disposizioni proprie di ciascun ordinamento statale – sono impugnabili[48]. Pur prescindendo da questa considerazione, comunque, la inappellabilità delle decisioni degli arbitri deriva dall'intrinseco peculiare carattere del loro oggetto. Sono, cioè, i connotati fattuali di questo – la natura del gioco e l'esigenza di concludere la partita in un tempo coerente con lo svolgimento del campionato – a postulare che la decisione venga presa all'istante.

Ciò è indubbio. Resta peraltro ancora senza risposta l'interrogativo se tali decisioni risolvano una controversia[49] – com'è proprio della funzione giurisdizionale[50] –, oppure siano finalizzate a garantire che, sui singoli episodi, vengano sanzionati i comportamenti non conformi alle regole del gioco, esplicazione di un compito (assegnato al direttore di gara) che, sotto il profilo concettuale, sembra corrispondere in pieno a quella che, nell'ordinamento generale, viene indicata tipicamente come una funzione amministrativa in senso stretto (non giustiziale): la funzione di polizia. Non dissimile – ebbene sì (*mutatis mutandis*, è ovvio) – da quella del vigile che sanziona l'automobilista colpevole di aver infranto il codice della strada[51].

Il che evidentemente in ordinamenti diversi, giacché l'arbitro sembra configurabile sì come un funzionario amministrativo, afferente però, non all'ordinamento generale, bensì all'ordinamento sportivo, in seno al quale gli compete un'attività che proprio non pare assimilabile a quella di un giudice. Si fa fatica, invero, a considerare la partita come paragonabile ad una lite, essa integrando piuttosto una competizione. Ed il direttore di gara – come va correttamente definito l'arbitro – è il soggetto istituzionale cui spetta, appunto, di 'dirigere' la gara, dunque di condurla. Ciò che lo rende non dissimile da un funzionario amministrativo cui l'ordinamento sportivo affida un compito (non giustiziale, bensì) di polizia: garantire che, nello svolgimento del gioco, vengano osservate le regole che lo disciplinano.

---

[47] G. VERDE, *Arbitri* cit., p. 590, afferma: «il giudicato pone fine alla lite. E che cosa fa l'arbitro quando pone fine alla gara così cristallizzando il risultato?».

[48] In quello italiano quasi sempre fino al terzo grado di giudizio.

[49] Secondo G. VERDE, *Arbitri* cit., p. 590, «In una gara in cui si fronteggiano due squadre, si svolge una competizione in qualche misura simile ad una lite giudiziaria. L'arbitro, non diversamente dal giudice, ha il compito di regolare lo svolgimento della lite per evitare che essa degeneri e per fare sì che sia condotta sul filo di un corretto confronto (nel processo si parla di contraddittorio). Come l'arbitro può "provvedere", ammonendo, espellendo, assegnando punizioni o rigori, così il giudice può respingere istanze, allargare o diminuire le parti, dichiarare inammissibilità, preclusioni e decadenze».

[50] Sebbene non esclusivamente, giacché – è risaputo – le controversie possono essere risolte anche in sede amministrativa, in esercizio della funzione amministrativa giustiziale.

[51] Sul punto G. VERDE, *Arbitri* cit., p. 589, così si esprime: «Clemente ha in mente un vigile che dirige il traffico (p. 91), per cui, se la qualifica è riconosciuta a quest'ultimo, non dovrebbe menare scandalo che sia estesa all'arbitro sportivo».


ISSN 2036-7821

Arbitro, insomma, quale funzionario amministrativo dell'ordinamento sportivo[52], delle cui decisioni, di regola, siffatto ordinamento non contempla la impugnabilità dinanzi ad un giudice. Fermo restando che – come s'è già poco sopra ricordato –, sia pur nelle poche ipotesi tassativamente stabilite, sono previste alcune fattispecie di «errore tecnico»[53], ricorrendo le quali è possibile rivendicare dinanzi alla giustizia sportiva la ripetizione della gara.

In definitiva, all'arbitro è assegnato il compito, non di risolvere una controversia, bensì di garantire, con riguardo a singoli episodi, che vengano sanzionati i comportamenti non conformi alle regole del gioco. Un compito, in via analogica, assimilabile più a quello svolto da un funzionario preposto all'*officium* di polizia amministrativa (verifica della conformità dei comportamenti alle prescrizioni normative), che non a quello di un giudice (*iuris dicere* sulla risoluzione di una controversia). E ciò – come s'è sottolineato nel libretto[54] – nonostante la relativa questione sia annosa.

Un risalente orientamento minoritario del giudice ordinario, infatti, (ritenendo che «esercita un'attività di pubblico interesse, e quindi pubblica») lo considerò «a tutti gli effetti un pubblico ufficiale». Tuttavia da tempo la Corte di Cassazione (sebbene si sia pronunciata con argomentazioni non sempre coerenti, ciò rivelando «come la questione sia tutto fuorché risolta in maniera chiara e definitiva») ha ribadito che non sia possibile qualificare l'arbitro come tale[55]. È bene comunque render noto che v'è una proposta di legge (presentata alla Camera dei Deputati il 20 gennaio 2022, n. 3449) secondo cui, allo scopo di assicurare la loro tutela, andrebbe attribuita agli arbitri la «qualifica di pubblico ufficiale», ovviamente «durante lo svolgimento delle competizioni sportive».

Naturalmente è tutt'altro che secondaria la questione della legittimità delle sue decisioni, e cioè della conformità di queste alle regole medesime. È il caso di proporre un paio di esempi per spiegare, in sintesi, alcuni fra i più rilevanti profili di illegittimità di decisioni arbitrali emersi di recente.

In primo luogo, come è noto, secondo la Regola 12, il fallo di mano ricorre «se un calciatore tocca *intenzionalmente* il pallone con la mano o il braccio», oppure se «tocca il pallone con le proprie mani / braccia quando queste sono *posizionate in modo innaturale aumentando lo spazio occupato dal corpo*»[56]. La disposizione precisa quand'è che un calciatore aumenta «lo spazio occupato dal proprio corpo in modo innaturale»: e cioè laddove «la posizione delle sue mani / braccia non è conseguenza del movimento del corpo per quella specifica situazione o non è giustificabile da tale

[52] Non per questo necessariamente funzionario pubblico.
[53] Alla luce di alcuni episodi accaduti recentemente, forse, sarebbe il caso di ampliarne il novero.
[54] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Arbitri, non giudici!* cit., pp. 81 ss. (testo e note).
[55] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Arbitri, non giudici!* cit., pp. 82-86 (testo e note).
[56] I corsivi sono di chi scrive.


ISSN 2036-7821

movimento». Ebbene, sul punto esponenti non di secondo piano dell'AIA si sono espressi letteralmente 'creando' una prescrizione che non esiste: che il fallo – e la conseguente ammonizione – sussiste se il tiro è «verso la porta»[57].

Inoltre, in più di una occasione del campionato di serie A 2021-2022, si sono avuti episodi di falli da rigore non rilevati nonostante mancasse ogni qualsiasi opinabilità nel relativo accertamento attraverso l'intervento del VAR[58]. In tali fattispecie concrete, invero, non si può parlare di *valutazioni tecniche* errate, bensì di inspiegabili ed ingiustificabili omissioni di *meri accertamenti* di fatti certi ed inopinabili, la cui rilevazione, in quanto tali, sarebbe dovuta.

La indiscutibile doverosità dell'intervento del VAR sembra consentire di avanzare non infondatamente l'ipotizzabilità della illiceità penale delle omissioni, e dunque la configurabilità del reato di «frode sportiva». Ed invero, laddove l'addetto al VAR – ovviamente nelle sole tipizzate fattispecie in cui le norme prevedono il relativo intervento – in maniera inspiegabile omette di richiamare l'arbitro a rivedere le immagini che rivelano in modo inopinabile un comportamento illegittimo, pare possibile ritenere sussistenti i presupposti per verificare la sussistenza del reato di frode sportiva in sede giurisdizionale penale[59].

Da un canto, infatti, sotto il *profilo oggettivo*, non pare revocabile in dubbio che nei casi in esame l'omissione determini «un risultato diverso da quello conseguente al

---

[57] La vicenda concerne la partita Napoli – Udinese del 19/3/2022, in relazione alla quale, secondo quanto riferito dalla stampa, il signor Giannoccaro, ex arbitro, oggi collaboratore del designatore dell'AIA, aveva spiegato (in un incontro 'didattico' di poco precedente con i giocatori del Napoli), tra le altre cose, proprio la casistica del fallo di mano, affermando che «comporta sempre l'ammonizione per un tiro verso la porta, anche se la palla arriva sul braccio di rimbalzo» (*Retroscena* Gazzetta - *Nessuna protesta sul giallo a Osimhen: la lezione di Giannoccaro*, in *tuttonapoli.net*, 21/3/2022). La medesima affermazione priva di fondamento normativo sarebbe stata adoperata dal signor Fourneau (arbitro della gara in questione) per spiegare all'allenatore del Napoli le ragioni del cartellino giallo ad Osimhen (A. GIORDANO, *Osimhen, il giallo scatena i tifosi del Napoli: la spiegazione di Fourneau*, in *corrieredellosport.it*, 21/3/2022). E poi dal designatore, signor Rocchi, disimpegnatosi in un video in cui, pur di giustificare l'errore, offrì una interpretazione disinvoltamente 'creativa' sul contenuto della regola (*Serie A, Ranocchia-Belotti e non solo: gli episodi arbitrali spiegati da Rocchi*, in *sport.sky.it*, 28/3/2022). Ed invero, nessun dubbio sulla *rilevazione* del fatto: nell'episodio in discussione, la palla finisce sul braccio di Osimhen. Tuttavia, stando alla norma che disciplina il caso, la *qualificazione giuridica* di quel fatto non può esitare nella sussistenza del fallo. Il fallo dunque non c'era, e quindi l'ammonizione è stata illegittima.

[58] Si fa riferimento soprattutto all'episodio del rigore non concesso al Torino in Torino – Inter del 13/3/2022, al pari di quello non dato al Napoli in Napoli – Milan del 6/3/2022 (E. PINNA, *Moviola Torino-Inter, rigore su Belotti clamoroso: Guida e Massa, disastro Aia*, in *corrieredellosport.it*, 14/3/2022; ID., *Moviola Napoli-Milan. Orsato, che errore con Valeri: era rigore su Osimhen*, ivi, 7/3/2022). Ma anche all'episodio del gol in evidente e non opinabile fuorigioco, non annullato alla Lazio nella partita Spezia – Lazio del 30/4/2022 (S. DOLCI, *Gol di Acerbi in Spezia-Lazio in fuorigioco, l'AIA sospende gli arbitri Pairetto e Nasca fino al termine della stagione*, in *eurosport.it*, 2/5/2022). In tutte tali circostanze, invero, parrebbe potersi ritenere configurabile addirittura il delitto di *frode sportiva* (su cui si tornerà nel § 7).

[59] L'art. 1, co. 1, L. 401/1989, così recita: «Chiunque […], al fine di raggiungere *un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione* […], compie […] atti fraudolenti […], è punito con la reclusione da un mese ad un anno e con la multa da lire cinquecentomila a lire due milioni» (corsivo di chi scrive).


ISSN 2036-7821

corretto e leale svolgimento della competizione». D'altro canto, sotto il *profilo soggettivo*, occorre invece la sussistenza del dolo specifico. Tuttavia questo non sempre necessita di prova diretta, essendo sufficiente evincerlo, senza ragionevole dubbio, dal complesso dei dati fattuali disponibili. Ebbene, in situazioni nelle quali l'omissione di un atto dovuto è incontrovertibile, non appare peregrino ritenere che il mancato intervento del VAR possa integrare gli estremi dell'atto fraudolento. Si presenta almeno difficilmente confutabile la sussistenza del *fumus*, la quale, unitamente all'obbligatorietà dell'azione penale, dovrebbe rendere doverosa l'apertura di una indagine giudiziaria.
Il relativo processo, naturalmente, potrebbe anche concludersi decidendo per la insussistenza del dolo al di là di ogni ragionevole dubbio. I presupposti per aprire l'indagine, tuttavia, parrebbero sussistere. E la sua apertura consentirebbe – visto che il giudice dovrebbe subito acquisirle – di ottenere le registrazioni della 'sala VAR'. Le quali, invece, sono di regola tenute 'segrete'. Inspiegabilmente. Non si capisce, infatti, cosa vi sia da nascondere. Ed invero, ove fosse coerente con i principi dello Stato di diritto, il sistema ordinamentale del calcio dovrebbe garantire la trasparenza dei processi decisionali[60].

7. *Osservazioni conclusive: il senso dello sport, la democrazia e il mercimonio.*
Nell'intento di rassegnare alcune brevi osservazioni conclusive, è doveroso principiare dal riconoscere che, su alcuni profili del tema, vi sia chiaramente qualche diversità di veduta con il prof. Verde. Di sicuro, però, si è pienamente convergenti su un aspetto fondamentale: l'intimo significato ed il senso autentico dello sport.
Se per '*sport*' s'intende l'attività funzionalizzata «a sviluppare le capacità fisiche e insieme psichiche, e il complesso degli esercizî e delle manifestazioni, soprattutto agonistiche, in cui si realizza, praticati, nel rispetto di regole codificate da appositi enti, sia per spirito competitivo […], differenziandosi così dal gioco in senso proprio, sia, fin dalle origini, per divertimento, senza quindi il carattere di necessità, di obbligo, che è proprio di ogni attività lavorativa»; e ciò, nonostante «a partire dai primi anni del Novecento, tali attività cominciarono a essere praticate talora anche per trarne un utile economico […], finalità conseguente all'esigenza di ottenere i massimi risultati agonistici per soddisfare un pubblico pagante sempre più numeroso, e perciò di praticare allenamenti più intensi e più frequenti, a scapito dell'attività lavorativa». Se '*sportivo*' è l'aggettivo qualificativo del soggetto «che si comporta lealmente e che accetta le sconfitte». E se agire 'sportivaménte' significa comportarsi «con spirito sportivo, quindi con correttezza e lealtà». E se, infine, il

[60] Sia pur in breve, le considerazioni esposte nel testo vennero avanzate già in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Autonomia dell'ordinamento sportivo, il ruolo degli arbitri di calcio e quelle polemiche sul Var*, in *Il Dubbio*, 23/5/2022, cui sia consentito rinviare.


ISSN 2036-7821

'*diritto dello sport*' sta ad indicare «la legislazione statale e la normativa delle specifiche organizzazioni private che regolano lo svolgimento delle attività sportive»[61]. Ebbene, se il significato e il senso dello sport restano quelli descritti dalle richiamate definizioni, non sembra affatto difficile spiegarsi le ragioni dell'autonomia del relativo ordinamento.

L'osservazione della realtà, tuttavia, restituisce con poche incertezze un quadro che giustifica una convinzione diversa. L'autonomia s'è, purtroppo, palesemente ridotta a mero scudo formale per legittimare ed assicurare un – tanto deprecabile quanto insopportabile – mercimonio. Francamente non si può più fingere di non vedere il malcontento, assai diffuso in Italia, per l'iniquità del funzionamento del 'sistema calcio'[62]. Secondo i principi dello sport, a determinare la squadra vincente dovrebbe essere il suo rivelarsi migliore, più forte, esclusivamente sotto tre profili: atletico, tecnico-tattico e psicologico/caratteriale[63]. E invece non sempre è così. Del resto, (lo sport ed in particolare) il calcio è una cartina di tornasole particolarmente efficace per cogliere, più in generale, il progressivo svuotamento sostanziale del significato di 'democrazia'.

Non è poi così arduo, infatti, rinvenire il sottile filo rosso che consente di collegare i temi del calcio e della democrazia[64]. Dall'analisi del modo in cui è organizzato il primo si possono cogliere facilmente i fallimenti della seconda, la cui missione più profonda è quella di costituire un baluardo nei confronti dei pochi potenti, a difesa della stragrande maggioranza degli esseri umani. Con le ingiustizie inverate dal suo ordinamento, il calcio rappresenta una efficace metafora persino per comprendere (inoltre e fra l'altro) perché si arrivi all'abiezione della guerra[65]. Ed invero, se è così

[61] Le definizioni sono tutte nel vocabolario *Treccani on line*.

[62] Nel 'sistema calcio' – settore a torto considerato 'secondario', visto il contributo che dà al PIL – si compiono violazioni costanti di quei valori il cui perseguimento dovrebbe costituire la missione della democrazia.

[63] Chi sostiene che non si debba usare il condizionale, perché è così che accade, si ostina a non voler vedere ciò che si manifesta agli occhi di tutti, e che molti addetti ai lavori accettano di riconoscere a chiare lettere soltanto dietro le quinte, esplicitando che mai lo ripeterebbero in pubblico (per ragioni facilmente intuibili): s'avverte la presenza di una sorta di 'potere occulto' che influisce in modo non insignificante sul regolare svolgimento del campionato.

[64] A patto che si torni a ragionare seriamente sulla democrazia e sulla sua concreta capacità di assicurare la libertà. È chiaro a chi scrive che possa apparire addirittura blasfemo richiamare temi del genere occupandosi di calcio. Ma, a ben riflettere, anche da un accostamento ardito come questo si riesce ad intuire quali siano gli insuccessi (quando non i fallimenti) della democrazia.

[65] Se pure nel pallone si assiste impotenti al mancato rispetto delle regole, alla persistente negazione dei principi essenziali della democrazia e dello Stato di diritto, può anche arrivare a dirsi che per 'pallone' e guerra, ebbene sì, il ragionamento sui valori di fondo non è poi così dissimile. In altri termini, non è inspiegabile che si perda il senno di fronte alla immutabile e persistente incapacità di impedire il potere smisurato di pochi. Quel potere che il sistema capitalistico genera in modo inesorabile e, di fatto, protegge. Calpestando, e a volte schiacciando, la libertà di vivere dignitosamente della stragrande maggioranza degli esseri umani, di milioni e milioni di diseredati. I ripetuti insuccessi della democrazia nel porre un argine non meramente parolaio all'arbitrario e spropositato potere di pochi, costruito e consolidato nelle maglie dei suoi stessi 'valori' fondanti, finisce per generare l'incapacità di distinguere il bene dal male. È così che si affermano le autocrazie, le dittature.


ISSN 2036-7821

difficile che la democrazia garantisca la libertà eguale in un ambito ludico (benché assai rilevante sotto il profilo socio-economico), si può spiegare (ovviamente senza mai giustificarlo) perché si arrivi all'aberrazione della guerra, ad 'esondare' dall'umano e dal razionale fino al punto di aggredire vigliaccamente un altro paese, menando missili e bombe[66].

Detto altrimenti, l'essenza della democrazia, le sue fondamenta, vengono minate, negate in radice, dalle opacità e dalla scarsissima trasparenza nello svolgersi fisiologico delle istituzioni. Se tali manchevolezze si accettano perfino nel calcio, non c'è tanto da meravigliarsi delle tragedie che si determinano[67]. La democrazia richiede una pratica costante e attenta, convinta e paziente. Se vi si rinuncia, se ne scoprono gli effetti devastanti quando purtroppo è ormai troppo tardi.

La drammaticità della realtà impone di tornare ad interrogarsi sulle questioni fondamentali. Nel profondo di gran parte dei ragionamenti che si fanno, si adopera l'argomento della democrazia per, in qualche modo, giustificare la fondatezza della guerra[68]. Eppure, se la sua missione è garantire la libertà eguale di tutti, bisognerebbe

[66] Naturalmente si possono affrontare nel merito le ragioni e i torti di Ucraina e Russia. Non è questa evidentemente la sede appropriata. Può solo ritenersi, in generale, che l'Occidente non sia del tutto esente da responsabilità. E tuttavia, prima di tutto e a prescindere da tutto, il presupposto indefettibile per poi – ma solo poi – discutere di torti e ragioni, è la pace. In proposito, fra i tanti, è particolarmente efficace il monito di M. REVELLI, *L'irresistibile vertigine della guerra*, in *il manifesto*, 3/4/2022: «E mentre la parola Pace sembra sempre più una bestemmia nel fragore delle armi, sollevando sguardi di compatimento o accigliati rimbrotti per "anime belle" (se ne potrà parlare solo "dopo che le armi avranno definito il reale rapporto tra le forze in campo"), persino il più autorevole tra gli opinion leader globali, papa Francesco, viene oscurato, inserito d'ufficio nella lista degli inaffidabili, ignorato nei testosteronici salotti dei talk show televisivi. Eppure non sta affatto riproponendo l'evangelico "porgere l'altra guancia" (come superficialmente i suoi critici affermano con espressione di superiore sufficienza) ma parla pragmaticamente il linguaggio di una politica al livello dei tempi invitando a pensare un modo diverso di governo del mondo, che non ne avvicini la fine».

[67] In fondo è solo in apparenza eccentrico, sul piano puramente logico, proporre un parallelismo fra la tragedia ucraina ed il rapporto tra ordinamento del calcio e Stato di diritto. Se pure in una cosa semplice e fruibile da chiunque, come il 'pallone', è così difficile che si rispettino i principi di *legalità*, di *separazione dei poteri*, di *giustiziabilità degli atti e dei comportamenti delle autorità*, ebbene questo spiega, meglio di molti sofisticati ragionamenti di geopolitica, perché i principi in parola siano lontanissimi dal riuscire ad informare di sé le istituzioni statali ed internazionali e le loro relazioni.

[68] In proposito pare condivisibile l'ammonimento di A. BARBANO, *Quella litania terzista che non sa difendere libertà e democrazia*, in *Il dubbio*, 3/3/2022, sui rischi che si corrono assumendo una posizione terzista. Tuttavia, non v'è alcun relativismo nel manifestare perplessità sul funzionamento della democrazia. Non si ritiene di mettere sullo stesso piano «le asimmetrie e le incompiutezze della liberaldemocrazia» e «le scorciatoie dei regimi». Neppure «le oligarchie della globalizzazione» e «le oligarchie di Stato». E nemmeno «le amnesie e i tatticismi dell'Occidente» e «l'aggressione dei tank e delle bombe russe alla vita dei cittadini di un Paese sovrano». No. È evidente che, sotto il profilo assiologico, queste cose non possano stare sullo stesso piano. Bisogna però chiedersi che cosa, oltre celebrarla a parole, si faccia affinché la democrazia riesca effettivamente a garantire la libertà uguale per tutti. Soprattutto da parte di coloro che la difendono, la promuovono, si spendono anche appassionatamente per spiegarne agli studenti la indispensabilità al fine di conseguire materialmente la libertà. Ad attentamente riflettere, il populismo e – con le parole di A. BARBANO – la sua «grossolana grammatica distruttrice di ogni differenza di valore» nascono proprio dalla ormai conclamata incapacità degli ordinamenti democratici di realizzare la loro missione più profonda, che è quella di farsi usbergo a difesa dei più nei confronti dei pochi potenti (di quei potentati che, senza scrupoli, distruggono l'ambiente e affamano i 'differenti', che sono la parte


ISSN 2036-7821

domandarsi come sia possibile che la democrazia generi le straordinarie ed insopportabili diseguaglianze che sono sotto gli occhi di chiunque. Pieni di ovvia indignazione per l'aggressore russo[69], si pronunciano parole che ci si è ormai abituati ad usare anche se svuotate del loro significato – come *democrazia*, *libertà di dissenso*, *legalità* –, rinunciando a vedere quanto sia violenta, sia pur in maniera sinuosa e subdola, la giustizia solo di facciata garantita dagli ordinamenti liberaldemocratici[70].

Tornando, per chiudere, al richiamato 'mercimonio' cui l'ordinamento del calcio sembra essersi ridotto, un'ultima osservazione e qualche possibile suggerimento *de iure condendo* su quali potrebbero essere alcune, importanti ma minime, novità da introdurre per contenere gli arbìtri.

Merita infatti un cenno la vicenda della cd. Superlega[71]. Il dibattito relativo alla quale si è incentrato essenzialmente su come sia possibile aumentare i profitti del settore, tenendo non in primo piano il valore della sfida agonistica e la connessa passione identitaria. La ennesima conferma di quanto si è provato a sostenere nelle pagine precedenti: che l'autonomia dell'ordinamento sportivo sia ormai un falso mito, sul quale si legittima la vera e propria cleptocrazia cui è improntato.

Il blocco dell'operazione autocratica ha in qualche modo dimostrato che ancora c'è speranza di resistere all'arroganza e alla prevaricazione di ricchi e potenti[72]. Per nutrirla, però, è necessario partire dalla considerazione che quello del calcio – e dello sport in genere – è un mercato non 'naturale', ma 'artificiale', giacché il prodotto che genera (la competizione sportiva) è e rimane un bene pubblico. Per garantire il conseguimento del quale, per un verso, occorre riprendere a parlare di sport pensando che le regole non possano consentire al più forte di essere sempre più forte;

---

assolutamente preponderante dell'umanità). E dunque viene di chiedersi, spietatamente, se è vero che lo «spirito democratico» sia riuscito, e riesca, a «dividere il potere». È la stessa incapacità (che verrebbe di dire ormai cronica) della democrazia di compiere la sua missione – lo si deve riconoscere – a facilitare la «sterilizzazione» di quello spirito. Sembra essere proprio siffatta incapacità a far evaporare le garanzie che dovrebbero esser proprie dello Stato di diritto. Giacché è assai dubbio che «l'anelito a promuovere il modello democratico» guidi sul serio «la politica e la finanza» a «tornare in connessione nel nome della pace e della libertà».

[69] Sottovalutando troppo disinvoltamente che, in fondo, è sempre e solo una questione di interessi. Interessi che si conseguono, da una parte, con la forza *bellica* (che si ritiene giusto contrastare allo stesso dissennato modo, con la guerra), e, dall'altra, con la forza *della democrazia*, la quale, però, opera per garantire il bene di pochi ricchi, non della stragrande maggioranza degli esseri umani. E – a ben riflettere – sotto il profilo assiologico non v'è supremazia di una forza sull'altra: il *fine* è il medesimo, e gli *strumenti*, in definitiva – sia pur in modo diverso, l'uno evidentemente più deprecabile dell'altro –, permettono di premiare i pochi forti a danno della moltitudine di deboli.

[70] È molto difficile individuare strumenti per porvi rimedio. Sembra inevitabile doversi rassegnare alla impotenza di invertire la rotta. Eppure occorre resistere per far sì che la democrazia corrisponda effettivamente ed in concreto alle promesse evocate dal suo significato e dalla sua ragion d'essere.

[71] Sulla quale si ebbe modo di esprimersi: G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Senza tetti né legge il calcio non si può salvare*, in *il manifesto*, 30/4/2021.

[72] Sebbene, ad attentamente riflettere, si capisca senza grandi difficoltà che la tentata operazione abbia svelato, non tanto il conflitto fra odiosi oligarchi e virtuosi difensori del popolo, quanto piuttosto, semplicemente, lo scontro fra distinti blocchi 'privati' di potere.


ISSN 2036-7821

che il sistema istituzionale debba in qualche modo impedire alle società di indebitarsi a dismisura, e non consentire a procuratori e calciatori assistiti di guadagnare cifre inaccettabili, che non bisogna temere di definire immorali. E, per altro verso, bisogna impegnarsi per affrancare il fenomeno dalle distorsioni mercantili, ormai non più tollerabili, portandolo sotto il dominio della legge (e nel quadro prevalente del diritto pubblico, che sembra essere il suo alveo più congeniale). Puntando ad ottenere che le regole garantiscano competizioni aperte e leali, e a tutti uguali *chances* di poter conseguire i massimi risultati possibili. In modo da difendere la radice popolare del calcio, e quindi sottrarlo all'egida esclusiva del diritto privato e dei commerci[73].
Volando più basso, con pragmatismo, senza cioè necessariamente discutere delle accennate gravi contraddizioni sistemiche, si potrebbero realisticamente assumere correttivi che, senza costi, circoscriverebbero di molto le ingiustizie. Si pensi, ad esempio, anzitutto alla formazione giuridica di arbitri e addetti al VAR. E poi alla riduzione delle ambiguità interpretative di alcune 'cruciali' norme del Regolamento. Ed infine alla revisione del Protocollo VAR così da garantire, per un verso, che le conversazioni tra arbitro e VAR siano rese pubbliche (così che gli utenti del servizio – i tifosi – possano ascoltare cosa si stiano dicendo), all'insegna della massima trasparenza su ciò che accade nella cd. 'Var Room'; e, per un altro, che ogni allenatore possa disporre almeno di un *challenge* per tempo, di modo che, a richiesta, gli arbitri debbano andare a rivedere le immagini di un episodio la decisione sul quale non appare convincente.

[73] È persino ovvio chiarire che non si vuole demonizzare, né escludere, la capacità di produrre reddito. Bisogna riconoscere, però, che è indispensabile contenere entro i limiti della volontà democratica la deriva mercantilista che s'è impossessata del calcio, spogliandolo – come sempre avviene quando il mercato è scarsamente regolato e le poche regole vengono facilmente eluse – dei suoi connotati essenziali, della sua stessa natura. Con buona pace dei sostenitori del primato assoluto del mercato, l'unico, innegabile, obiettivo da perseguire – e pertanto la sola speranza da coltivare – è un consistente intervento legislativo degli Stati, reso nel quadro di una disciplina UE che fissi principi inderogabili cui le varie leggi nazionali dovranno necessariamente uniformarsi.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Il parametro della pericolosità e i poteri di polizia di sicurezza.

## di Riccardo Ursi

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

## Sommario

1. La polizia di sicurezza come funzione di prevenzione. – 2. La valutazione della pericolosità. – 2.1. L'inaffidabilità nelle autorizzazioni di polizia. – 2.2. La pericolosità di contesto nella revoca delle licenze per i pubblici esercizi. – 2.3. La pericolosità sociale nelle misure di prevenzione amministrative. – 3. La pericolosità e le garanzie procedimentali. – 4. La pericolosità ed il paradigma preventivo della sicurezza pubblica.

## Abstract

As is well known, the Republican Constitution configures public security in objective terms. This is framed as a public interest related to a situation of orderly and peaceful coexistence, an indispensable prerequisite for the exercise of other fundamental rights, or as an objective interest of the state, of the legal system, and therefore of the community as a whole. An idea of public security is expressed, on the one hand, as a limit to the exercise of freedoms, on the other, as a regulatory and administrative task of public authorities and, in particular, of the state apparatus. The first aspect that is most relevant here is found in the references to the concept of security contained in the provisions of the first part of the Constitution (articles 13, paragraph III, 14, 16, 17, paragraph III, 25, paragraph III, 41, paragraph II , Constitution) in which the objective and functional character of security emerges, both from the impersonal use made of it in the text, and from the identification of the main tasks of the State in this regard. This is a widespread public interest, the protection of which, which is the exclusive competence of the State, is exercised at the discretion of the executive. An "objective" mandate to exercise an essential function, placed at the service of that value of the person, his dignity and his full development which is the core of our constitutional system.

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


ISSN 2036-7821

1. *La polizia di sicurezza come funzione di prevenzione.*

Come è noto, la Costituzione repubblicana configura la sicurezza pubblica in termini oggettivi. Questa viene inquadrata quale pubblico interesse correlato ad una situazione di ordinata e pacifica convivenza, una condizione propedeutica indispensabile all'esercizio di altri diritti fondamentali, oppure come interesse obiettivo dello Stato, dell'ordinamento, e quindi della comunità nel suo complesso. Si esprime un'idea di sicurezza pubblica, da una parte, come limite all'esercizio delle libertà, dall'altra, come compito, normativo ed amministrativo, dei pubblici poteri e, in particolare, dell'apparato dello Stato[1]. Il primo aspetto che qui maggiormente rileva, si coglie nei richiami al concetto di sicurezza contenuti nelle disposizioni della prima parte della Costituzione (artt. 13, comma III, 14, 16, 17, comma III, 25, comma III, 41, comma II, Cost.) nelle quali il carattere oggettivo e funzionale della sicurezza emerge, sia dall'uso impersonale che ne viene fatto nel testo, sia dall'individuazione di precipui compiti dello Stato al riguardo[2]. Si tratta di un interesse pubblico diffuso, la cui tutela, di competenza esclusiva dello Stato, è discrezionalmente esercitata dall'esecutivo[3]. Un mandato "oggettivo" all'esercizio di una funzione essenziale, posta al servizio di quel valore della persona, della sua dignità e del suo pieno sviluppo che costituisce il fulcro del nostro sistema costituzionale[4]

In questa prospettiva, la polizia di sicurezza è una funzione di garanzia: le sue

*Saggio destinato al *Liber amicorum* per Salvatore Raimondi

[1] G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. Pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 439.

[2] B. TONOLETTI, *Ordine e sicurezza pubblica, in Enc. dir., Tematici*, vol. III, *Funzioni amministrative*, Milano, 791 ss.; A. STERPA, *Libertà dalla paura*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021; T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2010, 49 ss.

[3] A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in A. TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Rimini, 2013, 560. La Costituzione, tuttavia, non fissa un legame diretto tra il compito connesso al bene sicurezza e la posizione giuridica del singolo, quale possibile titolare di un diritto a non temere per la propria incolumità. Fino agli anni Ottanta questa impostazione ha in larga misura risposto all'esigenza politico-sociale diffusa nel Paese. Le minacce generate dal terrorismo politico e dalla criminalità organizzata riuscivano ad essere contenute, sebbene alcune volte in via emergenziale, in virtù di un sistema pubblico vocato a garantire al contempo la coesione sociale e la tutela dei diritti fondamentali enunciati dalla Costituzione. La crisi dello Stato sociale, determinata dai vincoli finanziari e dalle politiche neo-liberiste perseguite in Italia (M. RUOTOLO, *Costituzione e sicurezza*, in A. TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato* cit., 591, unitamente al propagarsi di una minaccia terroristica internazionale dopo l'attentato di New York dell'11 settembre 2001, ha rivelato il nuovo volto dell'insicurezza. La "società del rischio", che si è tratteggiata nelle pagine precedenti, si è manifestata in Italia, al pari di tutti i paesi occidentali, in un bisogno di sicurezza pubblica, generato dalla paura diffusa, che si è tradotto in scelte di politica tese ad alzare la soglia della prevenzione di polizia e della repressione penale. In altri termini, «il nuovo secolo si apre con una forte domanda di sicurezza, nel suo significato complessivo, da parte dei cittadini» (G. CAIA, *Ordine pubblico e sicurezza*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, vol. I, II edizione, Milano, 2003, 285). L'evoluzione del comune sentire e le situazioni di fatto dalle quali le nuove istanze sociali traggono origine inducono dunque a ritenere insufficiente la configurazione della sicurezza pubblica esclusivamente nella sua dimensione oggettiva, spingendo verso una diversa impostazione, che vede «la sicurezza come diritto della persona» (S. RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, in *Dir. amm.*, 2006, 756).

[4] A. D'ALOIA, *La sicurezza tra i diritti*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, vol. II, 2011, 1105.


ISSN 2036-7821

attività, i suoi servizi organizzati e soprattutto l'esercizio dei suoi poteri coercitivi aspirano, in ultima analisi, a tutelare l'esercizio delle libertà civili e dei diritti sociali a protezione dei cittadini e delle istituzioni democratiche[5]. Essa designa l'attività amministrativa per l'ordine e la sicurezza pubblica e, come tale, riguarda tutte le azioni che lo Stato esplica per consentire la vita tranquilla e pacifica della comunità, allo scopo di permettere ai singoli di agire in essa per la manifestazione della propria individualità e per il soddisfacimento dei propri interessi[6].

Ai sensi dell'art. 1 TULPS, l'Autorità di pubblica sicurezza «veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà».

La scelta del verbo "vegliare" connota la funzione di sicurezza pubblica quale attività amministrativa di carattere prevalentemente preventivo. In questo senso, essa si connota come attività amministrativa funzionalizzata al mantenimento dell'ordine, della pace, della tranquillità sociale, della sicurezza delle persone, della proprietà e della moralità e di qualunque altro bene tutelato con disposizioni penali ovvero con disposizioni amministrative penalmente sanzionate.

Prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, la dottrina tradizionale ha qualificato la polizia di sicurezza come un'attività indirizzata alla protezione dell'ordine pubblico che si caratterizza per le limitazioni imposte alla libertà privata, ossia nei divieti rispetto all'esercizio di quelle azioni che possono costituire un pericolo per la sicurezza e la tranquillità generale. Tali limitazioni possono trovare fondamento diretto nella legge ed in tal caso all'Autorità spetta soltanto la funzione di curarne l'osservanza, oppure di raggiungere il risultato di attività discrezionale basata sul previo apprezzamento della pericolosità in concreto[7].

Immediatamente dopo l'avvento della Costituzione repubblicana, la permanente vigenza della legislazione precedente ha determinato un supplemento di analisi da parte della dottrina, indirizzato sia all'inquadramento dell'attività di polizia di sicurezza sulle nuove coordinate costituzionali, sia ad una migliore precisazione delle caratteristiche che la contraddistinguono. In particolare, si è evidenziato come lo scopo della funzione di polizia risieda nella «conservazione dell'ordine, della sicurezza, della pace sociale», che in quanto «primo e fondamentale compito dello Stato nell'amministrazione interna» ne rivela la natura essenzialmente

[5] C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, Padova, 2012, 269; G. CORSO, *Polizia di sicurezza*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. XI, Torino, 1996, 319 ss.; A. CHIAPPETTI, *Polizia (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 120 ss.

[6] F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee evolutive e prospettive*, Padova, 1996, 299.

[7] G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. V, Milano, 1950, 17, il quale ha osservato che Infatti, si è sottolineato, per la conservazione dell'ordine pubblico non basta applicare la norma, ma occorre svolgere un'attività discrezionale, vietando quelle azioni che, caso per caso, si presentino come pericolose e permettendo quelle che appaiono immuni da ogni minaccia per la pace e la tranquillità sociale.


ISSN 2036-7821

amministrativa e preventiva[8].

La funzione di polizia si sostanzia nel garantire la collettività, nel suo complesso e nei suoi singoli membri, dai pericoli che possano derivare all'incolumità fisica o ai beni delle persone e dalle minacce alla pace ed alla tranquillità sociale[9]. In questo senso, si sgancia questa funzione dalla legislazione penale, prefigurandone un ambito proprio, correlato non solo alla prevenzione, ma anche alla repressione delle condotte pericolose. Al riguardo, si è osservato come l'attivazione del potere di polizia sia indipendente dalla circostanza che il fatto integri gli estremi dell'illecito penale o amministrativo, poiché la «potestà di polizia mira a prevenire i pericoli alla sicurezza pubblica e ad eliminare le turbative all'ordine pubblico»[10].

La prevenzione qualifica l'azione dello Stato sia con riferimento allo scopo perseguito, sia nella determinazione dei mezzi da adottare. Così, qualsiasi situazione di pericolo di un pregiudizio al complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni (art. 159 D.lgs. n. 112/1998)[11], diventa fattore di attivazione del potere amministrativo. Infatti, come sottolineato dalla giurisprudenza costituzionale, la Costituzione riserva allo Stato «le funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l'integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento»[12].

---

[8] R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, 203-204, in proposito si rammenta come la Corte costituzionale nelle sue prime pronunce abbia affermato che, «la minaccia per la sicurezza, sebbene non possa consistere in semplici contestazioni di natura sociale o politica, si configura in presenza di «manifestazioni esteriori di insofferenza o di ribellione ai precetti legislativi ed ai legittimi ordini della pubblica autorità, manifestazioni che possono facilmente dar luogo a stati di allarme e a violenze, indubbiamente minacciose per la "sicurezza" della generalità dei cittadini, i quali finirebbero col vedere, essi, limitata la propria libertà di circolazione» (Corte cost., 23 giugno 1956, n. 2).

[9] V. GUCCIONE, *La polizia di sicurezza*, Firenze, 1960, 8. Superando le derive idealistiche dell'ordine pubblico che aveva permesso durante il regime fascista, un ampliamento a dismisura dell'attività di polizia a fini di controllo sociale, alla stregua della Costituzione repubblicana non può essere configurata una clausola generale di ordine pubblico come limite delle libertà fondamentali. Questo può incidere, invece, esclusivamente sulle libertà per le quali sia espressamente previsto, sebbene con espressioni equivalenti (es. nel caso della libertà di circolazione e di riunione); ne deriva che, nel testo costituzionale, l'ordine pubblico può essere inteso solo nella sua dimensione materiale (G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, 143).

[10] Cfr. P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, 6.

[11] La definizione contenuta nella norma citata è il portato dell'orientamento della giurisprudenza costituzionale che, dopo una serie di prospettazione piuttosto ondivaghe, a meta degli anni Ottanta ha affermato che l'ordine pubblico, «è dato da quei beni giuridici fondamentali o da quegli interessi pubblici primari sui quali, in base alla Costituzione e alle leggi ordinarie, si regge l'ordinata e civile convivenza dei consociati nella comunità nazionale. La tutela di questi interessi – tra i quali rientrano l'integrità fisica e psichica delle persone, la sicurezza dei possessi e il rispetto o la garanzia di ogni altro bene giuridico di fondamentale importanza per l'esistenza e lo svolgimento dell'ordinamento – rappresenta il nucleo delle funzioni di polizia di pubblica sicurezza» (Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 218).

[12] Cfr. Corte cost. 25 luglio 2001, n. 290.


ISSN 2036-7821

La circostanza che la funzione di polizia di sicurezza si focalizzi sui pericoli alla convivenza civile derivanti dalla condotta umana determina la sua fisiologica interferenza con gli spazi di libertà riconosciuti e garantiti dalla Costituzione. Ciò impone che l'attività amministrativa in tale settore sia contrassegnata da un'applicazione rigorosa del principio di legalità sia sul piano procedimentale, sia sul piano della ricorrenza dei presupposti di esercizio del potere coercitivo. In proposito, la Corte costituzionale ha ossevato che «l'attività di prevenzione della polizia, se e in quanto importi una restrizione della sfera giuridica del cittadino in ordine ai suoi futuri comportamenti, potrà esercitarsi soltanto nei casi e nei mdi espressamente indicati dalla legge»[13]. Per l'attività di polizia di sicurezza la legge è, dunque, parametro di valutazione e vincolo di scopo: la cura dell'interesse pubblico al mantenimento dell'ordinata e pacifica convivenza civile impone l'adozione di misure che possono essere limitative della sfera individuale.

In un'ottica sostanziale, la legge non si limita solo a fissare i vincoli entro cui l'attività amministrativa può svolgersi, ma incide sulle modalità dell'esercizio dell'azione, penetrando all'interno dell'esercizio del potere allo scopo di evitarne gli abusi. La norma stabilisce le possibili restrizioni alla libertà individuale o al godimento dei beni; determina gli atti che sono vietati, o quelli che sono obbligatori nel ricorrere di certe circostanze, o nello svolgimento di certe attività. Le norme regolano, altresì, le modalità di svolgimento dell'attività amministrativa di prevenzione, nonché le decisioni e la relativa efficacia che l'Autorità di polizia può adottare[14].

In materia, sebbene nel contesto delle attuali coordinate costituzionali, la disamina del potere amministrativo di polizia consente di ritenere ancora validi ed attuali gli approdi della dottrina degli anni Cinquanta. In particolare, risulta corretto ritenere che «all'attività amministrativa di polizia spettano i compiti diretti all'osservanza della norma, sorvegliando il comportamento individuale, impedendone le violazioni, concedendone i permessi, nei casi in cui la norma stessa ammetta preventivamente delle deroghe, prendendo i provvedimenti necessari per impedire i danni che potrebbero derivare dal mancato rispetto della legge»[15].

---

[13] Cfr. Corte cost., 18 marzo 1957, n. 45. A ben vedere si tratta di una lettura del rapporto libertà e autorità che risulta tributaria alla tradizione liberale, la quale risulta pienamente coerente con l'impianto costituzionale repubblicano. Al riguardo, si può rilevare come nelle parole della Consulta si possa agevolmente ritrovare anche quanto affermato da Oreste Ranelletti nel suo fondamentale dell'inizio del secolo XX. In particolare, l'illustre giurista liberale ha sottolineato come sia «la legge che sola può stabilire il contenuto giuridico del diritto di libertà» e «l'autorità amministrativa non può imporre restrizioni a questo diritto più ampie di quelle che sono consentire dal diritto obiettivo (…); per conseguenza, il provvedimento dell'autorità amministrativa, comunque si ponga in rapporto all'individuo, si deve dire legittimo, finché è fondato sopra quei motivi, per i quali si può ritenere che l'autorità abbia quel potere» (Cfr. O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, vol. IV, Milano, 1904, 348).

[14] Sul punto si rimanda alla più ampia analisi fornita in R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 47 ss.

[15] A. DE VALLES, *Elementi di diritto amministrativo*, III ed., Padova, 1956, 329. Infatti, i provvedimenti di polizia rappresentano, pertanto, la forma prevalente delle decisioni dell'Autorità di Pubblica sicurezza e come tali essi


ISSN 2036-7821

Tuttavia, l'estrema varietà delle situazioni potenzialmente lesive non permette una predizione normativa del contenuto delle decisioni, in ciò rivelando la discrezionalità dell'Autorità di pubblica sicurezza nella valutazione della sussistenza delle condizioni di intervento e nella scelta dei mezzi da adottare nel caso concreto per evitare i pericoli che minaccino l'ordine e la sicurezza pubblica[16].
In tale prospettiva, l'esercizio del potere di polizia di sicurezza dovrebbe muoversi secondo una direttrice che va dalla preventiva osservazione della situazione all'informazione accurata sul suo sviluppo e prognosi circa il suo tradursi in effettivo danno. In quest'ultimo caso, seguirebbe un ulteriore intervento, eventualmente anche per mezzo di coercizione, indirizzato a limitare o eliminare la situazione di pericolo. Si tratta di attività discrezionale che risulta perimetrata da tre elementi: la pericolosità della situazione; l'idoneità del mezzo da impiegare; la determinazione degli obblighi da imporre[17].
Il primo elemento, non solo individua i presupposti di attivazione del potere, ma altresì l'oggetto del suo esercizio, posto che l'idoneità del mezzo riguarda l'esatto dimensionamento della situazione pericolosa in un'ottica di proporzionalità, così come anche la determinazione degli obblighi da imporre consegue naturalmente alla limitazione dell'avverarsi della stessa.

2. *La valutazione della pericolosità.*
Il principio di prevenzione impone al potere pubblico di intervenire prima che siano causati i danni ad interessi pubblici primari, con l'obiettivo (nella misura in cui ciò sia possibile) di eliminare o ridurre fortemente il rischio che gli stessi si verifichino. Si tratta di un principio generale, prevalentemente utilizzato in materia ambientale, ma che si attaglia perfettamente anche ai fenomeni di pericolo criminale su cui si concentra l'attività di polizia di sicurezza.
La decisione dell'Autorità di P.S., infatti, assume i caratteri di scelta contrassegnata, non solo da una verifica dei presupposti di attivazione del potere, secondo una formale sequenza procedimentale, ma soprattutto da una valutazione della portata

risultano contrassegnati da un regime giuridico peculiare, basato sulla valorizzazione della funzione di cui costituiscono espressione e sulle particolari garanzie che devono assistere l'esercizio di un potere fortemente incidente nelle sfere soggettive dei privati. In particolare, tutti i provvedimenti di polizia, essendo destinati ad incidere nella sfera dei diritti dei singoli sono provvedimenti nominati e di contenuto tassativamente indicato dalla legge (A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, 952).

[16] Sul punto si veda ancora O. RANELLETTI, *op. cit.*, 351, secondo il quale «è la legge che sola deve e può stabilire l'ampiezza di libertà dell'individuo (…) e l'autorità amministrativa può esplicare in questo campo (la polizia di sicurezza n.d.r.) il suo potere discrezionale solo perché, per l'impossibilità di prevedere e determinare preventivamente tutte le cause di perturbazione e i mezzi per provvedervi, le leggi sono condannate a rimanere deficienti».

[17] P. VIRGA, *op.cit.*, 42-43.


ISSN 2036-7821

lesiva dei fattori di rischio, nonché degli strumenti idonei ad inibirne o a limitarne l'impatto.
I fattori di rischio si qualificano sempre sul piano soggettivo, vuoi perché la persona stessa e la sua condotta futura possono essere pericolose, vuoi per il rischio soggettivo dello svolgimento di un'attività pericolosa in sé. Così, si caratterizza sul piano soggettivo, seppur in forma aggregata, l'apprezzamento delle situazioni pericolose che possono dare luogo a provvedimenti di carattere generale limitativi della libertà. In tutti questi casi, l'Autorità di P.S. compie una valutazione discrezionale contrassegnata da un rilevante connotato tecnico: la sussistenza del pericolo, nel caso concreto, sfugge ad una stretta definizione normativa e trova fondamento in precetti parametrati su dati extra-legali di carattere sociale quali la criminologia, la sociologia, l'antropologia, la psicologia, oppure di carattere scientifico, quali i giudizi medico-legali.
Nelle situazioni puntuali, spesso il legislatore limita il margine di apprezzamento dell'amministrazione enucleando degli indici presuntivi di pericolosità derivanti da accertate situazioni di fatto – ad esempio la presenza di sentenze di condanna penale – che circoscrivono l'indagine soggettiva e, in un certo senso, vincolano la decisione dell'amministrazione. In altri casi, invece, la dimensione di fatto della decisione si fonda sulla valutazione del soggetto, ossia della sua condotta passata e, in senso predittivo, futura.

2.1. *L'inaffidabilità nelle autorizzazioni di polizia.*
Con riferimento alle autorizzazioni di polizia la sussistenza dei requisiti soggettivi necessari al rilascio dell'autorizzazione può essere oggetto di un riscontro vincolato ovvero di un apprezzamento discrezionale da parte della Autorità di P.S.[18]. Infatti, la funzione dei provvedimenti in materia di licenze e autorizzazioni di pubblica sicurezza non è quella di accertare responsabilità, né tanto meno di sanzionare illeciti, bensì di porre rimedio, con ampia discrezionalità, a situazioni di obiettivo pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza[19].
Nel primo caso si tratta di verificare la presenza, o non, delle condizioni prevalutate dalla legge come elementi che impediscono il rilascio dell'autorizzazione. Nel secondo caso, invece, la legge riconosce all'amministrazione una sfera di ampia discrezionalità in ordine alla valutazione del profilo soggettivo del destinatario allo

[18] In tema vedi S. LICCIARDELLO (a cura di), *Le autorizzazioni di polizia*, Milano, 2012; G. CORSO, *Autorizzazioni di polizia*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, 1987, Torino, 76 ss.
[19] Al riguardo si è sottolineato che «il rilascio delle autorizzazioni di polizia è soggetto a particolare rigore, tenuto conto dell'esigenza di salvaguardare la pubblica incolumità e l'ordine pubblico che, in ragione della natura dei prodotti oggetto di commercializzazione, indefettibilmente si prestano a risentire pregiudizio da un'incontrollata circolazione ed utilizzazione di quest'ultimi» (TAR Umbria, sez. I, 8 luglio 2020, n. 311).


ISSN 2036-7821

scopo di garantire, attraverso un giudizio prognostico, la piena affidabilità rispetto ai potenziali pericoli che l'esercizio dell'attività comporta[20].

Il secondo comma dell'art. 11 TULPS dispone che «le autorizzazioni di polizia possono essere negate a chi ha riportato condanna per delitti contro la personalità dello Stato o contro l'ordine pubblico, ovvero per delitti contro le persone commessi con violenza, o per furto, rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, o per violenza o resistenza all'Autorità, e a chi non può provare la sua buona condotta».

Tale disposizione, pertanto, prevede una valutazione rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, la quale deve compiere il proprio apprezzamento sulla base di un'anamnesi della condotta soggettiva dell'istante basata su due parametri di presunta pericolosità.

Il primo riguarda la presenza di condanne per alcune fattispecie criminose ritenute indicative di comportamenti pericolosi, quali i delitti contro la personalità dello Stato (Tiolo I, Libro II, c.p.), contro l'ordine pubblico (Titolo V, Libro II, c.p.), contro la persona commessi con violenza (Titolo XII, Libro II c.p.), contro il patrimonio commessi con violenza quali la rapina, l'estorsione, il sequestro di persona a scopo di estorsione e i delitti contro la P.A. commessi da privati cittadini con condotte di violenza o resistenza all'autorità (art. 336-37 c.p.).

Il secondo parametro si riferisce ai requisiti della "buona condotta" e "affidabilità" sui quali l'Autorità di pubblica sicurezza gode di amplissima discrezionalità.

L'Autorità di P.S. deve valutare se determinati comportamenti tenuti non rendano l'interessato meritevole di ottenere, o mantenere, la licenza di polizia; nonostante questi non costituiscano reato e comunque non prefigurino necessariamente un giudizio di pericolosità sociale. Nel fare ciò essa, tuttavia, è tenuta ad indicare gli aspetti concreti che fungono da presupposti per la formulazione di un giudizio di non affidabilità, evidenziando, con motivazione adeguata, le ragioni che consentono di pervenire, proprio sulla base degli aspetti indicati, ad un giudizio (attuale e prognostico) di segno negativo[21].

In proposito, la giurisprudenza ha osservato che, nella materia delle autorizzazioni di polizia, l'affidabilità e la buona condotta dell'istante possono essere desunte da sue condotte comunque significative, ma soprattutto collegate e coerenti con il tipo d'attività soggetta a tali titoli di polizia. Si precisa, però, che il relativo giudizio parte dai dati per giungere ad una ragionevole valutazione complessiva della loro

[20] Il TULPS prevede quindi due ipotesi in ordine al diniego di autorizzazioni di polizia: la mancanza, anche sopravvenuta, totale o parziale, delle condizioni alle quali le autorizzazioni sono subordinate e il sopraggiungere o l'evidenziarsi di circostanze che ne impongano o consentano il diniego; nel primo caso il provvedimento è vincolato, nel secondo caso è invece discrezionale e deve essere adeguatamente motivato (Cfr. TAR Campania, sez. I, 17 gennaio 2013, n. 94).

[21] TAR Campania, sez. VII, 6 luglio 2020, n. 843.


ISSN 2036-7821

rilevanza, così da desumerne il serio e non remoto pericolo di sua inaffidabilità e cattiva condotta inerente all'attività e, da qui, l'abuso del titolo stesso[22].

L'art. 11, comma 2, TULPS, nel testo originario, prevedeva che la prova della buona condotta fosse onere a carico dell'interessato. Con la nota sentenza n. 440/1993, la Corte costituzionale ha sancito l'incostituzionalità di tale onore mantenendo, tuttavia, il parametro della buona condotta. Secondo la Consulta, il profilo attinente alla prova dell'esistenza della buona condotta in capo all'interessato, rappresenta la base per vari giudizi di affidabilità devoluti all'autorità amministrativa e, come tale, non può essere giudicato in sé stesso lesivo di quei principi di ragionevolezza ai quali ogni ordinamento è tenuto ad ispirarsi. Tuttavia, «la latitudine di apprezzamento che a tale requisito è connessa esige, per non confliggere con inderogabili esigenze di determinatezza e perché sia evitato il pericolo di sconfinare nell'arbitrio, una specificazione finalistica, riferita cioè alle particolari esigenze che l'accertamento deve soddisfare per le finalità correlate con il tipo di abilitazione o di autorizzazione richiesta»[23].

Occorre, inoltre, segnalare che la progressiva evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, tesa a svincolare la nozione di buona condotta dalle incrostazioni socio-politiche caratterizzanti il sistema pre-costituzionale, ha comunque mantenuto fermo il riconoscimento, in capo all'Autorità di P.S., di una riserva nella determinazione del contenuto dei presupposti che ne caratterizzano la qualificazione. La pubblica amministrazione gode di un ampio potere valutativo in presenza di dati sfavorevoli quanto al comportamento dell'interessato; così venendo a gravare quest'ultimo dell'onere di rimuovere l'effetto preclusivo conseguente alla verifica compiuta dall'autorità amministrativa.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, nella materia delle autorizzazioni di polizia, le carenze di affidabilità e buona condotta devono esser desunte da condotte significative, collegate e coerenti con il tipo d'attività soggetta a tali titoli di polizia, con la precisazione, però, che il relativo giudizio deve partire dai dati – e dunque da una corretta istruttoria – per giungere ad una ragionevole valutazione complessiva della loro rilevanza, così da desumerne il serio e non remoto pericolo di inaffidabilità e cattiva condotta inerente all'attività e, da qui, l'abuso del titolo stesso[24]. In sostanza,

[22] Cons. Stato, sez. III, 4 luglio 2019, n. 4595. Infatti, ai sensi dell'art. 11 TULPS, le autorizzazioni di polizia devono essere revocate nel caso di abuso da parte della persona autorizzata e, in specie, quando vengono a mancare, in tutto o in parte, le condizioni alle quali sono state subordinate e possono essere revocate quando sopraggiungono o risultano circostanze che avrebbero imposto o consentito il diniego dell'autorizzazione (Cfr. TAR Puglia sez. I, 6 novembre 2014, n. 2685).

[23] Corte cost., 16 dicembre 1993 n. 440.

[24] Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2021, n. 2571. Il giudizio prognostico formulato dall'Autorità di P.S. sull'affidabilità del soggetto e sull'assenza di rischio di abusi può fondarsi anche su situazioni che non hanno dato luogo a condanne penali o misure di pubblica sicurezza, ma che risultano genericamente non ascrivibili a "buona condotta" (Cfr. TAR Sicilia, sez. III, 17 gennaio 2020, n. 150).


ISSN 2036-7821

la valutazione dell'elemento della pericolosità impone di procedere a considerare tutti gli elementi rilevanti in ordine all'affidamento complessivo dell'affidabilità del richiedente, ed in particolare se questo mai abbia dato adito a comportamenti sintomatici – in chiave prognostica – di una tendenza ad abusare delle armi, e più in generale mai si sia reso protagonista di gesti o condotte che ne rivelino un'indole violenta o poco equilibrata. L'Autorità di P.S., pertanto, nel vagliare l'istanza del privato, deve operare una valutazione complessiva del soggetto basata su riscontri oggettivi[25]. Così, si esclude che l'eventuale inaffidabilità dell'istante possa essere, ad esempio, «costituita da un giudizio di disvalore su eventuali cattive frequentazioni e sulla vita spregiudicata e, più in generale, sul comportamento del titolare della licenza, ma deve concretizzarsi in un motivato e ragionevole giudizio sulla presenza di specifici atti, fatti o legami che, per natura, intensità, caratteristiche, contesto ambientale, lascino temere che la licenza possa essere strumento di abusi o, ancor peggio, illeciti impieghi da parte del titolare o di soggetti terzi, anche legati a dinamiche di criminalità organizzata»[26].

In tema di porto d'armi, ad esempio, la valutazione che compie l'Autorità di P.S. risulta caratterizzata da ampia discrezionalità e persegue lo scopo di prevenire, per quanto possibile, l'abuso di armi da parte di soggetti non pienamente affidabili[27]. Il giudizio prognostico dell'amministrazione deve essere effettuato sulla base del prudente apprezzamento di tutte le circostanze di fatto rilevanti nella concreta fattispecie, al fine di verificare il potenziale pericolo rappresentato dalla possibilità di utilizzo delle armi possedute, e deve estrinsecarsi in una congrua motivazione che consenta in sede giurisdizionale di verificare la sussistenza dei presupposti idonei a far ritenere che le valutazioni effettuate non siano irrazionali o arbitrarie[28].

In altri termini, la legislazione affida all'Autorità di P.S. il compito di apprezzare rigorosamente le eccezioni al divieto di circolare armati e, dunque, qualsiasi circostanza che consigli l'adozione del provvedimento di rigetto della domanda di

[25] TAR Campania, sez. V, 4 luglio 2018, n. 4442.

[26] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2015, n. 5522. In proposito, si è affermato che «la semplice denuncia di reato all'autorità giudiziaria non è solitamente circostanza che, da sola, possa giustificare l'interdizione dall'uso e dalla detenzione armi per sopravvenuta inaffidabilità del titolare dell'autorizzazione di polizia. Detto divieto, infatti, può essere conseguente solo ad una valutazione complessiva della personalità del soggetto, onde valutarne l'incidenza in ordine al giudizio di affidabilità e/o probabilità di abuso nell'uso delle armi» (Cfr. TAR. Calabria, sez. I, 18 marzo 2020, n. 235).

[27] Cons. Stato, sez. III, 6 dicembre 2019, n. 8360.

[28] Il giudizio prognostico a fondamento del diniego di uso delle armi viene considerato più stringente del giudizio di pericolosità sociale o di responsabilità penale, atteso che il divieto può essere adottato anche in base a situazioni che non hanno dato luogo a condanne penali o a misure di pubblica sicurezza (di recente vedi Cons. Stato, sez. III, 1° luglio 2019, n. 4511; 25 luglio 2019, n. 1972; 1° aprile 2019, n. 2135). In sostanza, proprio sulla base degli elementi concreti che fungono da presupposti per la formulazione del giudizio di non affidabilità, l'Autorità di P.S. è tenuta ad indicare, con motivazione adeguata, le ragioni che ad un eventuale giudizio di segno negativo (TAR Campania, sez. I, 6 luglio 2020, n. 843)


ISSN 2036-7821

porto d'armi, onde prevenire la commissione di reati e, in genere, di fatti lesivi della pubblica sicurezza[29]. In proposito, si è affermata la necessità che il beneficiario osservi una condotta di vita improntata alla piena osservanza delle norme penali e di quelle poste a tutela dell'ordine pubblico, nonché delle regole di civile convivenza[30]. Si tratta evidentemente di una torsione in senso precauzionale della prevenzione di polizia[31] che spinge verso una decisione basata su un giudizio di inaffidabilità di tipo presuntivo e, quindi, non condizionata da pregiudizi o controindicazioni connesse al corretto uso delle armi[32], sebbene necessariamente supportata da adeguata motivazione[33].
Nello stesso senso, con riferimento alla licenza per l'esercizio di giochi e scommesse di cui agli artt. 88 e ss. TULPS, la giurisprudenza ha riconosciuto un ampio margine di valutazione della condizione di affidabilità dell'istante operando un'ulteriore dilatazione dell'ambito di discrezionalità tracciato dal legislatore in considerazione in un particolare interesse a contrastare la diffusione del gioco irregolare ed illegale, l'evasione e l'elusione fiscale, l'interferenza della criminalità nonché la tutela del giocatore. In ragione di tale interesse si giustifica il potere di valutare, con massimo rigore, qualsiasi circostanza che consigli l'adozione del provvedimento di rilascio, revoca o rinnovo dell'autorizzazione di polizia in considerazione di possibili influenza e condizionamenti negativi della futura condotta del richiedente[34].

2.2. *La pericolosità di contesto nella revoca delle licenze per i pubblici esercizi.*
La valutazione della pericolosità della situazione è alla base anche delle decisioni che si consustanziano in provvedimenti di sospensione e revoca di autorizzazioni ai sensi dell'art. 100 TULPS. Secondo tale disposizione, il Questore può sospendere e, nelle ipotesi di ripetizione dei fatti, revocare la licenza riguardante la gestione degli esercizi pubblici nei quali siano avvenuti tumulti o gravi disordini o che siano abituale ritrovo di persone pregiudicate o pericolose o che comunque costituiscano

[29] TAR Lazio, sez. I, 10 aprile 2019, n. 4752.
[30] Il potere attribuito in materia di autorizzazioni di polizia concernenti il possesso e l'uso delle armi è connotato da elevata discrezionalità in considerazione delle finalità per cui il potere stesso è attribuito. Il fine perseguito è, infatti, la tutela dell'ordine pubblico, non solo in caso di accertato abuso, ma anche in caso di pericolo di abuso. Quella dell'Amministrazione è, quindi, una valutazione ad ampio spettro che dà prevalenza alle esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica rispetto a quelle del privato che aspira al porto dell'arma. Ne consegue che il rilascio delle autorizzazioni di polizia rappresenta un'eccezione al generale divieto imposto ai cittadini sia di detenere, che di usare armi, in nome del primario interesse alla preservazione dell'incolumità dei cittadini stessi (Cfr. TAR Calabria, sez. I, 26 gennaio 2016, n. 56).
[31] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2014, n. 60; 27 giugno 2011, n. 3819.
[32] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2016, n. 1538.
[33] Cons. Stato, sez. III, 20 febbraio 2020, n. 1303, nella quale si sottolinea come «la valutazione fatta dall'amministrazione debba essere sorretta da una motivazione che dia adeguato conto degli elementi concreti che, nel caso di specie, hanno determinato l'autorità prefettizia a sospettare delle garanzie di buona condotta nella detenzione e nell'uso delle armi fornite all'interessato».
[34] Cons. Stato, sez. III, 1° giugno 2021, n. 4213.


ISSN 2036-7821

un pericolo per l'ordine pubblico, per la moralità pubblica e il buon costume o per la sicurezza dei cittadini.

L'intento della previsione è, in sostanza, quello di privare per qualche tempo (nell'ipotesi di sospensione) o in via definitiva (nel caso di revoca), i soggetti pregiudicati o pericolosi di un "ambito spaziale" che è per i medesimi di abituale ritrovo, mettendoli contestualmente a conoscenza della «circostanza che la loro presenza in detto luogo è oggetto di attenzione da parte delle Autorità preposte»[35]. Il concetto di "pericolo pubblico" contemplato nella norma in esame non è, peraltro, desumibile dal comportamento assunto dai singoli soggetti, ma da una situazione di degrado che, riguardando più individui, acquisisce una dimensione "collettiva". Infatti, è sufficiente la sussistenza del mero pericolo per consentire l'attivazione dei poteri restrittivi dell'Autorità di P.S., i quali sono espressione di una valutazione tecnico-discrezionale[36]. Anche in tal caso si dispone di una discrezionalità oggettivamente estesa, tale da consentire di vagliare "ampiamente" i fatti ritenuti di potenziale pericolo per la sicurezza dei cittadini e per l'ordine pubblico, «salvi i casi di macroscopica irrazionalità o disomogeneità della misura cautelare adottata rispetto all'oggettiva tenuità dei fatti rilevati»[37]. La sospensione è la conseguenza di fenomeni gravi, in parte tipizzati (tumulti, disordini, ritrovo abituale di persone pregiudicate o pericolose) che devono essere immediatamente interrotti rendendo indisponibile il luogo dove si manifestano[38]. Ciò posto, risulta evidente che la funzione del provvedimento dell'Autorità di P.S. che dispone la sospensione dell'attività del locale di trattenimento pubblico assolva ad una funzione eminentemente natura "cautelativa" e "preventiva", finalizzata alla salvaguardia della tutela e della sicurezza pubblica[39] e, in questa prospettiva, tale provvedimento non può che ancorarsi ad un apprezzamento della rilevanza del temuto rischio di comportamenti abusivi e pericolosi, tenendo conto del complesso degli effetti del provvedimento stesso nella sfera giuridica del destinatario[40].

---

[35] Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2005, n. 7094.

[36] Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2015, n. 3752.

[37] TAR Campania, sez. III, 8 giugno 2010, n. 13047. Nella prassi giurisprudenziale i provvedimenti *ex* art. 100 TULPS possono essere adottati allorquando episodi plurimi di tumulti o disordini, caratterizzati dall'elemento della gravità, si siano verificati all'interno dell'esercizio pubblico (Cons. Stato, Sez. III, 24 gennaio 2019, n. 1021) ovvero all'esterno di esso, ma in tal caso ciò che assume rilievo è che l'esercizio pubblico sia stato il "teatro" del tumulto e del disordine e che, quindi, gli epiloghi degli episodi di violenza abbiano un fondato antecedente causale nelle circostanze verificatesi nell'esercizio pubblico (Cons. Stato, sez. VI, 23 gennaio 2007, n. 1563). Invece, la qualificazione di luogo di abituale ritrovo di persone pericolose o pregiudicati non può ritenersi sussistente laddove il provvedimento si limiti ad indicare un unico episodio in cui si sia stata accertata la presenza di persone pregiudicate o pericolose, in una pluralità di situazioni verificatesi in un significativo lasso temporale (TAR Campania, sez. IV, 7 febbraio 2018, n. 284).

[38] TAR Lombardia, sez. III, 18 agosto 2020, n. 620.

[39] TAR Trentino-Alto Adige, sez. I, 8 maggio 2020, n. 60.

[40] Cfr. TAR Piemonte, sez. II, 2 luglio 2020, n. 430.


ISSN 2036-7821

2.3. *La pericolosità sociale nelle misure di prevenzione amministrative.*

Come si è detto, la funzione di polizia di sicurezza trova il proprio momento caratterizzante, non solo nella generica anticipazione della tutela rispetto ai pregiudizi alla ordinata e pacifica convivenza civile, ma soprattutto nell'azione preventiva rispetto a condotte qualificate dall'ordinamento come criminose.

Le misure di prevenzione non rappresentano la reazione statuale all'accertamento della responsabilità per un fatto reato, quanto piuttosto la reazione all'accertamento della pericolosità sociale del soggetto. L'espansione della strategia preventiva, *ante*, o meglio *praeter probationem delicti*, si è realizza, infatti, attraverso l'ampliamento della base soggettiva dei destinatari e dei presupposti del relativo giudizio di pericolosità: la prevenzione si costruisce sulla pericolosità di un soggetto come potenziale autore di un reato. La pericolosità sociale diventa il fattore di attivazione del potere pubblico; essa, però, viene configurata dall'ordinamento in relazione al grado di prossimità e, quindi, di concretezza.

Le misure special-preventive costituiscono l'archetipo dei poteri ablatori di polizia, poiché attraverso di esse l'ordinamento mira ad evitare la realizzazione di comportamenti socialmente pericolosi e penalmente rilevanti[41].

Viene conferito all'autorità amministrativa il potere di inibire comportamenti che sfuggono al giudizio penale, o alla sanzione penale, ma che, potenzialmente, possono tradursi in condotte criminose[42].

Tale potere si impernia sulla soggettivizzazione della pericolosità e sulla conseguente limitazione della libertà di persone capaci di delinquere in concreto[43]. Come è stato correttamente osservato, poiché le fattispecie di prevenzione sono costruite secondo indici di uno *status* soggettivo, «le norme che ne governano l'impiego identificano categorie di potenziali nemici della collettività civile, dell'intera comunità, ammettendo, in via di mera ipotesi, che essi meritino di essere assoggettati ad una misura che ne limiti le libertà e le facoltà. Sarà attraverso il giudizio individuale di pericolosità che sarà possibile progredire dalla "comminatoria in astratto" all'effettiva inflizione del "rimedio"»[44].

Nelle misure di prevenzione amministrative il presupposto per l'attivazione del potere preventivo da parte dell'Autorità di P.S. è la condizione di pericolosità sociale[45].

---

[41] T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2015.

[42] G. FIANDACA, *Misure di prevenzione* (profili sostanziali), in *Dig. disc. pen.*, col. VIII, Torino, 1994, 111; E. GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur.*, col. XX, Roma, 1996.

[43] P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 632.

[44] A. MARTINI, *Il mito della pericolosità. Alla ricerca di un senso compiuto del sistema della prevenzione personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 536.

[45] A. CALABRIA, *Pericolosità sociale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 451.


ISSN 2036-7821

Questa viene tipizzata dal legislatore attraverso l'individuazione, in astratto, di categorie soggettive di potenziali destinatari, i quali, in concreto, ossia sulla base di un riscontro di fatti storicamente apprezzabili, possono indurre a ritenere attuale il pericolo di un comportamento che integra una fattispecie criminosa. Si tratta di una mera valutazione di pericolosità soggettiva che deve alimentarsi dall'apprezzamento di "fatti" storicamente significativi e costituenti, a loro volta, "indicatori" della possibilità di iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge[46].

L'accertamento degli indizi di attività criminale, quindi, rappresenta la parte constativa[47] sulla quale si fonda la parte prognostica della valutazione della pericolosità sociale[48].

In altri termini, il destinatario di una misura di prevenzione non viene giudicato in ordine alla realizzazione di un fatto specifico, ma viene ritenuto "pericoloso" in rapporto ai suoi comportamenti pregressi che divengono indice rivelatore della possibilità di compiere future condotte criminali[49].

Il legislatore configura due profili di pericolosità a seconda che il potenziale destinatario sia, o non, un pregiudicato per determinate categorie di reati.

Al riguardo si parla di pericolosità generica e di pericolosità qualificata.

Il concetto generico è previsto all'art. 1 del D.lgs. n. 159/2011, il quale, senza riferirsi ad alcuna disposizione del Codice penale o della legislazione complementare, considera pericolosi, e quindi potenzialmente destinatari di misure di prevenzione quei soggetti che, sulla base di elementi di fatto, si ritengano: *a*) abitualmente dediti a traffici delittuosi; *b*) che vivano, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; *c*) dediti alla commissione di reati che offendono, o mettono in pericolo, l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

Si tratta, a ben vedere, di una disposizione che contiene una caratterizzazione soggettiva sulla base di una tipizzazione delle condotte rilevanti fornita da norme penali. Al riguardo, risulta agevole riscontrare un'ampiezza di spettro applicativo, la quale, per carenza di tassatività, potrebbe tracimare nella indeterminatezza dei presupposti. Indeterminatezza che, sposata alla discrezionalità del potere preventivo, rischia di esorbitare i confini della legittima compressione delle libertà e dei diritti individuali.

---

[46] Cass. pen., 11 febbraio 2014, n. 23641.

[47] A. PROCACCINO, *Pericolosità (accertamento della)*, in *Dig. disc. pen.*, agg. II, Torino, 2005, 1051.

[48] A.M. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzione*, in *Ind. pen.*, 2017, 49.

[49] Cass. pen., sez. I, 14 giugno 2017 n. 54119. In proposito vedi le interessanti riflessioni di M. PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 439.


ISSN 2036-7821

Si è in presenza di una criticità registrata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nella nota decisione sul caso *De Tommaso* del 2017, la quale ha precipuamente stigmatizzato l'eccessiva ampiezza delle coordinate della pericolosità generica previste dalla legislazione italiana. In particolare, secondo i giudici di Strasburgo, «né la legge, né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le "prove fattuali" o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione»[50]. Le disposizioni che disciplinano la misura di prevenzione dovrebbero definire con sufficiente chiarezza la portata o la modalità di esercizio della ampissima discrezionalità conferita in modo tale da fornire una protezione contro ogni forma di arbitrio e al contempo consentire al ricorrente di regolare la propria condotta prevendendo con un sufficiente grado di certezza l'applicazione di misure di prevenzione.

Occorre precisare che le ipotesi di pericolosità generica richiedono la necessaria sussunzione dei comportamenti di una persona all'interno di una fattispecie di reato che si intende prevenire, compiendo una doppia valutazione, in astratto, mediante la specificazione della tipologia di delitto, e in concreto, qualificazione della potenziale condotta della persona a quella specifica ipotesi criminosa.

La riconducibilità all'interno delle categorie legali di persone pericolose è presupposto necessario, ma non sufficiente, per l'adozione di una misura di prevenzione[51].

L'inflizione di una misura di prevenzione personale intanto appare sostenibile, in quanto il suo destinatario sia attualmente e persistentemente pericoloso. In tal senso, il giudizio di attuale pericolosità individuale dovrebbe assumere il ruolo di argine

---

[50] Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso* c. *Italia,* n. 43395/09. In tema vedi F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, 3, 378; F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, ivi, 2017, 3, 172 ss.; L. CAPRIELLO, *La repressione della pericolosità sociale: le misure di prevenzione tra le esigenze di tutela dell'ordine sociale ed il difficile inquadramento nell'ordinamento nazionale ed europeo,* in *Giurisprudenza penale web,* 2017, 6 e A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della legge, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, 3, 35 ss.

Già in passato la Corte costituzionale aveva segnalato come la mancanza di tassatività delle fattispecie di attivazione del potere preventivo offrirebbe agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità (Corte cost. 22 dicembre 19080, n. 177) e a seguito della decisione della Corte di Strasburgo ha anch'essa stigmatizzato dell'eccessiva vaghezza della formula "traffici delittuosi" contenute nell'art. 1, lett. *a*) del Codice Antimafia poiché questa «non consente di selezionare le categorie di delitti la cui commissione possa costituire il ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura di prevenzione» (Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 24)

[51] F. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2018, 644 ss.


ISSN 2036-7821

alle valutazioni di potenziale ed astratta pericolosità conseguenti all'appartenenza ad una delle classi di prevenzione[52].

Pertanto, la pericolosità va accertata in concreto in relazione alla situazione di fatto attraverso una attività logico-ricognitiva che richiede una valutazione globale della personalità del soggetto, risultante da tutte le manifestazioni sociali della sua vita e dall'accertamento di un comportamento illecito e antisociale[53]. In particolare, il giudizio di pericolosità espresso in sede di prevenzione va scisso in due momenti: una prima fase, rapportata alla disamina del passato del soggetto proposto (tra cui, ovviamente, ben possono rientrare i pregiudizi penali derivanti dall'accertamento di fatti costituenti reato); una seconda fase di tipo essenzialmente prognostico, per sua natura alimentata dai risultati della prima, tesa a qualificare come "probabile" il ripetersi di condotte antisociali, inquadrate nelle categorie criminologiche di riferimento previste dalla legge[54].

Ai fini della valutazione complessiva della personalità del soggetto, possono essere utilizzati elementi come: i precedenti penali e di polizia del prevenuto; eventuali misure di prevenzione già applicate in passato; il tenore di vita; l'abituale compagnia con pregiudicati. In questo senso, la giurisprudenza ha affermato che «è legittimo avvalersi di elementi di prova o indiziari, tratti da procedimenti penali, benché non ancora conclusi e, nel caso di processi definiti con sentenza irrevocabile, anche indipendentemente dalla natura delle statuizioni terminali in ordine all'accertamento della penale responsabilità dell'imputato, sicché anche una sentenza di assoluzione, pur irrevocabile, non comporta la automatica esclusione della pericolosità sociale»[55].

Infatti, poiché l'art. 29 del D.lgs. n. 159/2011 ha stabilito la piena autonomia tra azione penale ed azione di prevenzione, l'applicazione di una misura di prevenzione prescinde così dall'accertata commissione di un reato in sede di giudizio penale: essa è finalizzata all'individuazione di soggetti potenzialmente pericolosi per la sicurezza pubblica per la prevenzione di eventuali attività illecite. Come rilevato dal Consiglio di Stato, dal principio contenuto nell'art. 29 del Codice deriva che le misure di prevenzione amministrative sono «legittimamente applicate indipendentemente dal riscontro di condotte immediatamente qualificabili come delitto e anche in assenza di

[52] A. MARTINI, *Il mito della pericolosità. Alla ricerca di un senso compiuto del sistema della prevenzione personale, op. cit.*, 547.

[53] In proposito si è affermato che «pur spettando all'Autorità amministrativa la valutazione in concreto dell'inaffidabilità del soggetto in forza di un equo bilanciamento tra il prevalente interesse pubblico alla tutela dell'ordine e della sicurezza dei cittadini e l'interesse privato ad accedere liberamente negli stadi, è in ogni caso sempre necessario che al destinatario del divieto sia ascrivibile un comportamento concreto, volto con chiarezza e univocità alla commissione del fatto potenzialmente pericoloso o espressamente previsto dalla legge come tale» (Cfr. TAR Piemonte, sez. I, 20 maggio 2020, n. 303).

[54] Cass. pen., sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641.

[55] Cfr. Cass. pen., sez. I, 7 gennaio 2016, n. 6636.


ISSN 2036-7821

precedenti penali a carico del prevenuto»[56]. Così, «la prognosi di pericolosità sociale può fondarsi su concreti elementi di fatto, desumibili anche dalle denunce riportate, a prescindere dal fatto che per le stesse siano intervenute pronunce giudiziali, così come la valutazione dell'attitudine del soggetto a commettere reati può fondarsi, sempre sulla scorta di oggettivi elementi di fatto, anche su condotte irrilevanti sotto il profilo penale»[57].

Sul punto la dottrina ha evidenziato come le coordinate assunte dalle misure di prevenzione rivelano una loro trasfigurazione identitaria sostanziale «da cui discende il loro spostamento in una sorta di inedita categoria di misure *post delictum* a "prova contratta" o se di preferisce, a "mera base indiziaria"»[58] . Il reato, che tradizionalmente era il punto di riferimento del futuro, nell'evoluzione legislativa diventa il parametro di valutazione del passato, nel senso che le misure di prevenzione lo presuppongono, con la finalità di colpire la condotta criminosa nell'impossibilità di provarne l'esistenza nell'ordinario processo di cognizione[59]. Si tratta di una prospettiva che vede nelle misure di prevenzione, soprattutto quelle amministrative, un'anticipazione della tutela penale, senza però un rigoroso accertamento dei fatti, sulla base di indici presuntivi provenienti da condotte precedenti.

La misura di prevenzione amministrativa, pertanto, è il risultato di una valutazione caratterizzata da un'ampia discrezionalità che può essere sindacata da parte giudice amministrativo solamente sotto il profilo dell'abnormità dell'iter logico, della macroscopica illogicità, dell'incongruenza della motivazione e del travisamento della realtà fattuale.

Tuttavia, requisito imprescindibile è la dimostrazione dell'attualità del pericolo, la quale va riscontrata in relazione al momento in cui si applica la misura di prevenzione personale. Infatti, le pregresse manifestazioni di pericolosità sarebbero irrilevanti se non si registrassero sintomi rivelatori della persistenza nel soggetto di comportamenti antisociali ed illeciti: se lo scopo è la prevenzione, appare assolutamente illogica l'applicazione di una misura di prevenzione personale ad un soggetto che, nonostante il suo passato, non risulti più pericoloso.

In tal senso, la Corte costituzionale ha evidenziato come l'organo che adotta il provvedimento debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura[60]. In sostanza, la

[56] Cfr. Cons. Stato, sez. I, 5 aprile 2016, n. 860.

[57] Cons. Stato, sez. I, 13 settembre 2012, n. 3886.

[58] Cfr. V. MAIELLO, *La prevenzione* ante delictum: *lineamenti generali*, in V. MAIELLO (a cura di), *Legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 107.

[59] L. DELLA RAGIONE, *Le misure di prevenzione nello specchio del volto costituzionale del sistema penale*, in *DisCrimen*, 2020, 28.

[60] Corte cost., 6 dicembre 2013, n. 291.


ISSN 2036-7821

manifestazione di pericolosità deve essere anche "specifica" e "concreta", vale a dire desunta da una base empirica di elementi di fatto e di comportamenti (frequentazione con pregiudicati, rapporti di polizia, precedenti e carichi pendenti, etc.) che, seppure all'interno del carattere indiziario del contesto ricostruttivo, valgano ad illuminare l'intera personalità del soggetto[61], rappresentandone la persistente estraneità della condotta sociale agli stili di vita ed ai canoni legali della convivenza civile[62].

Tale ordine di considerazioni trova conferma nell'analisi della prassi giurisprudenziale relativa alle singole misure di prevenzione.

Il c.d. foglio di via, tradizionale strumento preventivo di polizia, oggi disciplinato dall'art. 2 del D.lgs. n. 159/2011, si fonda su una caratterizzazione soggettiva della pericolosità la cui funzione è quella di garantire e prevenire *ex ante* la commissione di reati attraverso l'allentamento del destinatario della misura dai luoghi che potrebbero propiziarla. In questo senso, il giudizio prognostico inferisce sulla condotta potenziale di soggetto che, per stabili frequentazioni o accertati rapporti con persone residenti da cui possa ipotizzarsi il concorso in attività criminose, ovvero commissione nella località di illeciti non penalmente rilevanti, possa tradursi in danno delle condizioni di sicurezza e della pacifica convivenza dei cittadini nel luogo diverso da quello dell'ordinaria residenza[63]. Il presupposto del provvedimento è, allora, costituito dall'individuazione, da parte del Questore, degli elementi di fatto attraverso i quali si manifesta concretamente la pericolosità sociale di un soggetto in un determinato ambito territoriale, e dalla constatazione ovvero dall'accertamento di altri episodi di vita che, secondo la prudente valutazione dell'Autorità di P.S., rivelino tendenzialmente un'apprezzabile probabilità di futuri comportamenti penalmente rilevanti[64].

Parimenti, può rilevarsi per il Divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive (c.d. D.A.Spo.), ossia per il provvedimento emanato dal Questore, ai sensi del più volte modificato art. 6 della legge n. 13 dicembre 1989 n. 401, nei confronti di quelle categorie di soggetti ritenuti pericolosi per l'ordine e la sicurezza pubblica, con particolare riferimento ai luoghi in cui si svolgono le manifestazioni sportive, ovvero a quelli, specificatamente indicati, interessati alla sosta, al transito o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle competizioni stesse[65]. Si tratta di una misura di prevenzione che ha come finalità prevalente la

[61] Cass. pen., sez. I, 5 dicembre 2014, n. 6878.

[62] Cass. pen., sez. un., 2 febbraio 2015, n. 4880.

[63] Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2020, n. 741.

[64] L. SARCOLI, *Il foglio di via obbligatorio del Questore: profili generali e casi particolari nella giurisprudenza*, in *Riv. Polizia*, 2017, 103 ss.

[65] M. F. CORTESI, *D.A.SPO. (divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2016, 229 ss.; M.C. D'ARIENZO, *Il divieto di accesso alle manifestazioni sportive (DASPO): natura, funzione e problematiche connesse alla sua applicazione*, in *Dir. e processo amministrativo*, 2012, 1311 ss.


ISSN 2036-7821

creazione di un ambiente che prevenga comportamenti violenti o pericolosi a protezione dell'ordine pubblico e degli altri spettatori. La condizione di pericolo che legittima l'adozione del provvedimento si può fondare sul semplice riscontro di «elementi di fatto» gravi, precisi e concordanti, secondo un ragionamento causale di tipo probabilistico improntato ad una elevata attendibilità[66].

Quello del D.A.Spo., inoltre, è un modello di misura di prevenzione utilizzata dal legislatore anche in altre fattispecie per le quali si paventa una minaccia all'ordinata e pacifica convivenza civile. Al riguardo, si deve rammentare il Divieto di accesso ad aree urbane (il c.d. D.Ac.Ur.), disciplinato dagli artt. 10 e 13 del Decreto Minniti (D.l. n. 14/2017 e s.m.i.), mediante il quale si inibisce la libertà di circolazione in ragione di esigenze di ordine pubblico correlato ad un divieto di stazionamento in aree urbane[67] ovvero ad un divieto di accesso a pubblici locali[68].

La connotazione probabilistica del pericolo sotteso all'intervento preventivo si conferma, ed anzi si amplifica, anche nella disciplina delle c.d. informative interdittive antimafia, disciplinate dall'art. 84 del D. Lgs. n. 159/2011.

Come è noto, l'informativa antimafia, oltre a svolgere anche la funzione certificativa della sussistenza delle cause di decadenza, sospensione e divieto proprie della

---

[66] Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 866. Al riguardo si è affermato che l'operatività dell'art. 6, comma 1, non possa prescindere dal necessario collegamento tra la condotta censurata e l'evento sportivo, il cui pacifico ed ordinato svolgimento la misura preventiva è diretta ad assicurare (TAR Toscana, 20 dicembre 2016, n. 1792). Infatti, il D.a.spo., diversamente dalle misure di prevenzione che sono collegate alla complessiva personalità del destinatario, ha natura interdittiva connessa ad una situazione di pericolosità espressa solamente in occasione di manifestazioni sportive (TAR Campania, 8 marzo 2016, n. 1246).

[67] Il decreto Minniti nel ridisegnare i profili della sicurezza urbana ha previsto nuovi ed incisivi strumenti finalizzati alla tutela del decoro e dell'uso di alcuni luoghi delle città, con l'intento di prevenire quelle condotte che ne impediscono l'accessibilità e la fruizione. In particolare, l'art. 9 ha previsto che, in specifiche aree individuate dal regolamento di polizia urbana o da ordinanza sindacale, sia possibile disporre un divieto di stazionamento che inibisca ogni forma di permanenza per tempo indefinito allo scopo di contrastare fenomeni temporanei di degrado e di disturbo della pacifica vivibilità, l'abusivismo commerciale, la prostituzione da strada, l'accattonaggio, gli assembramenti molesti. Si deve trattare aree urbane su cui insistono musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura interessati da consistenti flussi turistici, ovvero adibite a verde pubblico. A queste, il D.l. n. 113/2018 (c.d. Decreto sicurezza) ha aggiunto anche le aree in cui si trovano i presidii sanitari e quelle destinate allo svolgimento di fiere, mercati, o pubblici spettacoli. In tema vedi F. CURI, *Il Daspo urbano: "l'eterno ritorno dell'uguale"*, in *Penale-diritto e procedura*, 2021, 43 ss.; S. DI PINTO, (2019) *Ordine pubblico e sicurezza urbana*, in *Rivista di Polizia*, 4, 507 ss.; M. MANCINI PROIETTI, *Alla ricerca della sicurezza perduta. Luci ed ombre della legge 132 del 1° dicembre 2018*, *ivi*, 2018, 1145 ss.; M.F. CORTESI, *DASPO urbano (provvedimenti a tutela delle città e del decoro urbano)*, in *Digesto penale*, Torino, aggiornamento 2018, 108; F.T. GIUPPONI, *Sicurezza integrata e sicurezza urbana nel Decreto-legge n. 14/2017*, in *Ist. del Federalismo*, 2017, 5 ss.; C. FORTE, *Il Decreto Minniti: sicurezza integrata e "D.A.SPO urbano"*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017; E. FOLLIERI, *Il DASPO urbano* (artt. 9,10 13 del D.L. 20.2.2017, n. 14), in *www.giustamm.it*, 2017.

[68] L'art. 13- bis del D.l. n. 14/2017, introdotto dall'art. 11 del D.l. n. 130/2020, stabilisce che, per ragioni di sicurezza, nei confronti delle persone denunciate, negli ultimi tre anni, per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi o in locali di pubblico trattenimento ovvero nelle immediate vicinanze degli stessi, o per delitti non colposi contro la persona o il patrimonio, il Questore possa disporre il divieto di accesso a pubblici esercizi o locali di pubblico trattenimento specificamente individuati in ragione dei luoghi in cui sono stati commessi i predetti reati ovvero delle persone con le quali l'interessato si associa.


ISSN 2036-7821

comunicazione, è anche una misura di prevenzione amministrativa che mira a scongiurare una minaccia per la sicurezza pubblica, l'infiltrazione mafiosa nell'attività imprenditoriale e la probabilità che l'infiltrazione si realizzi. Con la sua capacità interdittiva essa rappresenta, come un po' enfaticamente affermato in giurisprudenza la «frontiera più avanzata della prevenzione da contaminazioni mafiose nell'economia legale in ossequio ai valori di libertà, sicurezza e dignità umana che costituiscono limiti costituzionali all'esercizio della iniziativa economica»[69].

L'anticipazione della soglia di prevenzione reca con sé che l'autonomo apprezzamento del Prefetto si fondi, non già su una prova certa, quanto piuttosto su un quadro indiziario dal quale possa emergere la pericolosa permeabilità della gestione dell'impresa all'influenza della criminalità organizzata. Tuttavia, il pericolo non può sostanziarsi in un mero sospetto, ma deve ancorarsi a condotte sintomatiche tipizzate ovvero fondarsi su una serie di elementi fattuali in qualche misura predeterminati[70].

Proprio in ragione dell'ampia discrezionalità riconosciuta al Prefetto, il Codice antimafia, innovando rispetto al sistema previgente, ha enucleato idonei e specifici elementi fattuali che costituiscano situazioni sintomatiche che rivelano, con un certo grado di probabilità, connessioni e contiguità dell'impresa con associazioni mafiose[71].

---

[69] Cons. Stato, sez. III, ord. 13 dicembre 2018, n. 6025. In altri termini, si è in presenza, di una misura che risponde alla ragionevole esigenza del bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica, riconosciuta dall'art. 41 Cost., e l'interesse pubblico alla prevenzione dei fenomeni di infiltrazione della criminalità organizzativa nel tessuto economico e nei mercati, i quali «compromettono, oltre alla sicurezza pubblica, anche il valore costituzionale di libertà economica, indissolubilmente legato alla trasparenza e alla corretta competizione nelle attività con cui detta libertà si manifesta in concreto nei rapporti tra soggetti dell'ordinamento» (Cons. Stato, sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5784).

In tema di interdittive antimafia la bibliografia è sterminata tra gli scritti più recenti vedi G. TROMBETTA, *Le interdittive antimafia: un istituto sotto attacco?*, in *Democrazia e sicurezza*, 2021, 2, 89 ss.; R. DI MARIA, A. AMORE, *Effetti "inibitori" della interdittiva antimafia e bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta*, in *Federalismi.it*, 2021; F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documenta- zione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale, ibid.*; F. G. SCOCA, *Adeguatezza e proporzionalità nella lotta "anticipata" alla mafia"*, in *Giur. cost.*, 2020, 689 ss.; M. NOCCELLI, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in www.giustizia-amministrativa.it., 2020; G. AMARELLI, *Le interdittive antimafia "generiche tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità*, in G. AMARELLI - S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, 207 ss.; *Le interdittive antimafia tra discrezionalità e arbitrio*, in *Rass. Arma dei Carabinieri*, 2019, 2 ss.; R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Sicurezza pubblica e funzioni amministrative di contrasto alla criminalità: le interdittive antimafia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*., 2019; A. LONGO, *La «massima anticipazione di tutela». Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in *Federalismi.it*, 2019; C. MICCICHÈ, *L'azione di contrasto preventivo alla criminalità mafiosa e le informazioni antimafia interdittive: tra legalità ed efficacia*, in *Jus*, 2019, 1 ss.

[70] Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2019, n. 2212.

[71] Ai sensi dell'art. 84, comma 4, lett. *a*), i tentativi di infiltrazioni mafiosa possono essere desunti da provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna, anche non definitiva, per taluni dei delitti, considerati una "spia" del condizionamento mafioso, ossia fattispecie criminose che destano maggiore allarme sociale, intorno alle quali con maggiore regolarità statistica gravita il mondo della


ISSN 2036-7821

Allo scopo di una migliore conformazione del potere discrezionale del Prefetto, la giurisprudenza ha compiuto un notevole sforzo nel tentativo di fornire un'interpretazione "tassativizzante" delle norme citate, qualificando come indizianti, situazioni non codificate, ovvero non perfettamente definite, dal legislatore. In particolare, ha precisato che il pericolo di infiltrazione mafiosa che legittima gli effetti interdettivi dell'informazione possa dedursi: *i*) da "concreti elementi" da cui risulti che l'attività di impresa possa anche in modo indiretto agevolare o essere condizionata dalla mafia; *ii*) da provvedimenti "sfavorevoli" del giudice penale; *iii*) dalle sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, siano, però, sintomatici della contaminazione mafiosa, nelle multiformi espressioni con le quali la continua evoluzione dei metodi mafiosi si manifesta; *iv*) dai rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una "regia collettiva" dell'impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia "clanica", in cui il ricambio generazionale mai sfugge al "controllo immanente" della figura del patriarca, capofamiglia, ecc., a seconda dei casi; *v*) dai contatti o dai rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; *vi*) da vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa, incluse le situazioni in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne, o simili, antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un "volto di legalità" idoneo a stornare sospetti o elementi sostanziosi sintomatici della contaminazione mafiosa; *vii*) dalla condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi benefici; *viii*) dall'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità[72].

Poiché il potere attribuito al Prefetto risponde ad una funzione di massima anticipazione della soglia di prevenzione che non assume carattere sanzionatorio, il suo esercizio non richiede la prova di un fatto, ma solo la presenza di una serie di indizi in base ai quali non sia illogico o inattendibile ritenere la sussistenza di un collegamento con organizzazioni mafiose o di un condizionamento da parte di queste[73]. In questa ottica, occorre un autonomo apprezzamento circa gli elementi sintomatici dell'influenza criminale sull'impresa. Al riguardo, occorre evidenziare come, secondo un orientamento, ormai consolidato, della giurisprudenza amministrativa, il Prefetto, nella valutazione del pericolo di infiltrazione mafiosa, sia

criminalità organizzata di stampo mafioso (ad esempio: corruzione, estorsione, riciclaggio, il traffico illecito di rifiuti, la interferenza nelle competizioni elettorali con voti di scambio). Non potendosi basare sulla commissione di precedenti condotte illecite, nelle ipotesi di cui all'art. 84, lett. *d*) ed *e*) il Prefetto è portato a valorizzare circostanze effettivamente sintomatiche di un attuale pericolo d'infiltrazione mafiosa; tuttavia, considerata la genericità del dato legislativo, la natura di tali misure finisce per dipendere dalla prassi applicativa.

[72] Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.
[73] Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343.


ISSN 2036-7821

tenuto a seguire un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico[74], che implica una prognosi sostenuta da un affidabile grado di verosimiglianza, fondata su indizi gravi, precisi e concordanti, esaminati e vagliati in modo unitario e non atomistico, così da far ritenere "più probabile che non" l'ingerenza della criminalità organizzata[75]. In questo senso, tenendo conto del contesto delle relazioni tra i soggetti coinvolti, l'ipotesi deve risultare «più probabile di tutte le altre messe insieme ("probabilità cruciale")»[76], «alla luce di una regola di giudizio (…) che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, quale è, anzitutto, anche quello mafioso»[77]. Così, si deve essere in presenza di un quadro indiziario costruito su elementi fattuali caratterizzati da gravità, precisione e concordanza, dai quali il Prefetto, chiamato a verificare l'effettivo pericolo di infiltrazione mafiosa, possa «pervenire in via presuntiva alla conclusione ragionevole e più probabile che sussista il mero "rischio" di permeabilità dell'impresa, e non l'avvenuta infiltrazione, da parte di associazioni mafiose, valutate e contestualizzate tutte le circostanze di tempo, di luogo e di persona»[78].

Come attentamente osservato, si tratta di un modello di ragionamento incentrato sull'inferenza causale tra il quadro fattuale e la prospettata sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa: un sillogismo in cui la premessa maggiore è certa e la premessa minore è probabile e, attraverso la ricerca di riscontri per corroborarla, si giunge ad una valutazione finale che, al confronto con le ipotesi alternative, risulta maggiormente probabile di altre. In tal modo, a differenza dell'accertamento penale, non serve che si dimostri l'insussistenza di qualsivoglia ipotesi alternativa plausibile e, dunque, che si scartino tutte le ricostruzioni alternative, o che addirittura il Prefetto provi che esse si configurerebbero come ipotesi solo teoriche, sfornite di

[74] Cons. Stato, sez. III, 9 settembre 2020, n. 5416, secondo il quale «ai fini della adozione dell'informativa antimafia, da un lato, occorre non già provare l'intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatico-presuntivi dai quali - secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale - sia deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata; d'altro lato, detti elementi vanno considerati in modo unitario, e non atomistico, cosicché ciascuno di essi acquisti valenza nella sua connessione con gli altri».

[75] Cons. Stato, sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657.

[76] Cons. Stato, sez. III, 6 luglio 2017, n. 3333.

[77] Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2018, n. 6707.

[78] Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1563. In questa prospettiva si è altresì evidenziato che «ai fini della adozione dell'informativa antimafia, da un lato, occorre non già provare l'intervenuta infiltrazione mafiosa, bensì soltanto la sussistenza di elementi sintomatico-presuntivi dai quali - secondo un giudizio prognostico latamente discrezionale - sia deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata; d'altro lato, detti elementi vanno considerati in modo unitario, e non atomistico, cosicché ciascuno di essi acquisti valenza nella sua connessione con gli altri» (Cons. Stato, sez. III, 5 agosto 2020, n. 4951).


ISSN 2036-7821

appigli nella realtà (esterne al "mondo possibile"): basta che si presentino come maggiormente probabili rispetto a quelle possibili[79].
In sintesi, per giustificare l'adozione di una interdittiva antimafia non è necessario raggiungere il massimo grado di certezza dei suoi presupposti, né è necessario fare riferimento ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo e sull'esistenza della contiguità con organizzazioni malavitose e del condizionamento in atto dell'attività di impresa. È sufficiente la dimostrazione del pericolo del pregiudizio, attraverso la presenza di fatti sintomatici ed indizianti che, considerati e valutati nel loro complesso, inducano ad ipotizzare la sussistenza di un collegamento tra impresa o soggetto e criminalità organizzata. Da tale ricostruzione si deduce l'ampia potestà discrezionale attribuita all'organo istruttore, cui spettano i compiti di polizia e di mantenimento dell'ordine pubblico, in relazione alla ricerca ed alla valutazione degli elementi da cui poter desumere eventuali connivenze e collegamenti di tipo mafioso[80].

3. *La pericolosità e le garanzie procedimentali.*
Il riconoscimento in capo all'Autorità di P. S. di una discrezionalità di tipo tecnico in ordine all'accertamento ed all'apprezzamento degli elementi di fatto che determinano la pericolosità spinge ad una valutazione delle garanzie procedimentali di costruzione della decisione estrinsecazione dei poteri di polizia.
Al riguardo, emerge chiaramente un quadro normativo che subordina l'applicazione degli istituti tracciati dalla legge n. 241/1990 alle ragioni dell'interesse alla sicurezza pubblica, dando luogo, in tal senso ad un regime connotato da forti elementi di specialità. Si tratta a ben vedere di una valorizzazione giurisprudenziale delle eccezioni già presenti nel contesto della Legge generale sull'azione amministrativa che assurgono quasi a regola, soprattutto con riferimento agli istituti di partecipazione.
In questa prospettiva, in tema di autorizzazioni, si coglie l'ampio riconoscimento della deroga all'invio della comunicazione di avvio del procedimento prevista dall'art. 7, comma 2, della legge n. 241/1990 per i c.d. provvedimenti cautelari. In particolare, rientrerebbero in questa categoria le misure di ritiro cautelare delle armi, delle munizioni e delle sostanze esplodenti applicate dagli ufficiali e agenti di

[79] Cfr. F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 2018, 1147.

[80] Al riguardo, si è correttamente sottolineato che in considerazione dell'attribuzione al Prefetto di un ampio margine di accertamento e di apprezzamento occorre che «per salvaguardare i principi di legalità e di certezza del diritto, evitando al contempo che si costituisca uno "stato di polizia", non possono reputarsi sufficienti fattispecie fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale, occorrendo l'individuazione di idonei e specifici elementi di fatto, obiettivamente sintomatici e rivelatori di concrete connessioni o collegamenti con la criminalità organizzata (cfr. TAR Lombardia, sez. I, 9 ottobre 2017, n. 1922).


ISSN 2036-7821

pubblica sicurezza (art. 39, secondo comma, TULPS) nei confronti dei soggetti ritenuti capaci di abusarne, nonché i provvedimenti di sospensione del decreto di nomina a guardia giurata disposti in via interinale dal Questore (art. 4 del R.D.L. 12 novembre 1936, n. 2144) in vista dell'adozione della revoca del titolo da parte del Prefetto, ma anche i provvedimenti di sospensione delle autorizzazioni disposte ai sensi dell'art. TULPS. Nel sistema delle licenze di polizia la misura coniuga l'effetto afflittivo ad uno scopo eminentemente cautelare. Il provvedimento risponde all'esigenza di prevenire la commissione di abusi del titolo[81].

La deroga alla comunicazione di avviso ex art. 8 legge n. 241/1990, così come della garanzia del preavviso di rigetto, è fondata *ex post* in sede giurisdizione con il sovente e riconosciuto richiamo all'eccezione di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, in ragione della circostanza che i riscontri istruttori da parte della autorità di P.S. (spesso inaccessibili) inducono a ritenere il provvedimento di diniego di autorizzazione non controvertibile[82].

La citata rivisitazione delle garanzie procedimentali in senso derogatorio è però esaltata in materia di misure amministrative di prevenzione. Secondo la dottrina, queste, in quanto provvedimenti di polizia, rientrano a pieno titolo nel perimetro delineato dalla Corte EDU per l'applicazione della previsione dell'art. 6 della Convenzione EDU. Sulla base di tale assunto occorre che, nella loro adozione, risultino rispettati i principi di garanzia in esso racchiusi, ossia: l'imparzialità e la terzietà dell'autorità; l'esame equo, pubblico ed entro un termine ragionevole della questione; la disponibilità del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la difesa; svolgimento di un procedimento in contraddittorio; l'informazione in una lingua comprensibile per il destinatario del provvedimento, di tutti gli atti e documenti rilevanti, con assistenza gratuita di un interprete durante l'esame in contraddittorio (o in udienza), se non comprende o non parla la lingua usata; la difesa personale o con l'assistenza di un difensore di sua scelta e, in mancanza di mezzi, gratuita[83].

D'altra parte, dal carattere amministrativo delle misure di prevenzione deriva il necessario rispetto delle garanzie procedimentali tracciate dalla legge n. 241/1990. In particolare, la compressione della sfera giuridica del destinatario, la limitazione della libertà personale, necessita, in particolare, un rafforzamento dell'obbligo di motivazione, la quale dovrà dettagliatamente dare conto delle concrete ragioni preventive che impongono quella limitazione. La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, sottolineato che una misura di polizia diretta a prevenire reati, piuttosto che a reprimerli, presuppone «un giudizio di pericolosità per la sicurezza pubblica, il

[81] Cons. Stato, Sez. III, 11 ottobre 2013, n. 4983.
[82] TAR Lazio, Latina, sez. I, 4 dicembre 2007, n. 1182.
[83] E. FOLLIERI, *Il DASPO urbano*, *op. cit*.


ISSN 2036-7821

quale, pur non richiedendo prove compiute della commissione di reati, deve essere motivato con riferimento a concreti comportamenti attuali dell'interessato, ossia ad episodi di vita che, secondo la prudente valutazione dell'Autorità di Polizia, rivelino oggettivamente un'apprezzabile probabilità di condotte penalmente rilevanti da parte di un soggetto rientrante in una delle categorie previste» dalla legge»[84].

Inoltre, le caratteristiche del provvedimento dovrebbero rendere fondamentale il momento del contraddittorio pre-decisionale: il potenziale destinatario di una misura di prevenzione deve essere in grado, non solo di conoscere le basi indiziarie che configurano la necessità un intervento preventivo, ma altresì deve potere fornire una contro-rappresentazione dei fatti rilevanti. Tuttavia, tali garanzie devono essere compatibili con la necessaria urgenza che spesso connota l'intervento preventivo e con la segretezza che copre alcuni documenti che fanno parte del corredo istruttorio della decisione.

Con riferimento alla partecipazione al procedimento amministrativo, il Consiglio di Stato ha osservato che «la comunicazione dell'avvio del procedimento *ex* artt. 7 e ss. della legge. n. 241 del 1990 all'interessato, benché obbligatoria in linea di principio, può essere omessa nel caso in cui il provvedimento di ammonimento rappresenti che gli atti persecutori posti in essere non solo proseguivano, ma diventavano via via sempre più minacciosi; in tal caso, infatti, non può negarsi che sussistano, in concreto ed eccezionalmente, ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento che consentano di prescindere dall'avviso di inizio del procedimento»[85]. In tal senso, la giurisprudenza sembra affievolire le pretese partecipative del destinatario di una misura di prevenzione giacché riconosce al Questore, nell'ambito dei suoi poteri discrezionali, la possibilità di «valutare se emanare senza indugio il provvedimento di ammonizione, oppure se le circostanze consentano di avvisare il possibile destinatario dell'atto, con l'avviso di avvio del procedimento, previsto dall'art. 7 della legge n. 241 del 1990»[86].

Sino alla recente riforma, operata dall'art. 48 del D.l. 6 novembre 2021, n. 152, il procedimento finalizzato all'emissione dell'informazione antimafia conosceva una interlocuzione solo eventuale, prevista dall'art. 93, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011, secondo cui il Prefetto competente al rilascio dell'informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite, invita in sede di audizione personale i soggetti interessati a produrre ogni informazione utile anche allegando elementi documentali. Tale considerazione si fondava su una consolidata linea interpretativa della giurisprudenza amministrativa secondo la quale «i procedimenti in materia di tutela antimafia sono tipicamente connessi ad attività di

[84] TAR Lombardia, sez. III, 12 febbraio 2014, n. 432.
[85] Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2014, n. 6038.
[86] Cons. Stato, sez. III, 6 giugno 2016, n. 2419.


ISSN 2036-7821

indagine giudiziaria e caratterizzati da ragioni di urgenza e da finalità, destinatari e presupposti incompatibili con le ordinarie procedure partecipative, considerato anche il carattere vincolato dei provvedimenti conseguenti ai fini di cui all'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990»[87].

La novella ha introdotto una forma di contraddittorio procedimentale: il Prefetto è adesso onerato di comunicare preventivamente all'interessato gli elementi sintomatici di infiltrazione mafiosa assegnando un termine per la presentazione di deduzione da parte degli interessati ovvero disponendo la loro audizione personale. Rimane salva la possibilità del Prefetto di derogare a tale confronto nell'ipotesi in cui ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento. A ben vedere si tratta di una misura che tenta di temperare le esigenze di garanzia con la prevenzione dei fenomeni mafiosi ma che lascia impregiudicato l'ambito decisionale del Prefetto e, nel complesso, non si presenta molto incisiva sul piano dell'effettività della tutela. Infatti, i riscontri documentali degli elementi sintomatici dell'infiltrazione mafiosa per espressa previsione della novella non possono essere conosciuti dall'interessato allorché il loro «disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose». Tuttavia, nonostante si sia in presenza di un contraddittorio il più delle volte "al buio", appare opportuno segnalare come l'intervento legislativo citato abbia ulteriormente forzato tale "enclave ordinamentale" e, quindi, vada comunque salutato come importante apertura verso una maggiore omogeneità rispetto alle regole generali.

Infatti, in generale, nella materia delle misure di prevenzione il diritto di accesso del privato interessato può ritenersi solo soddisfatto mediante l'invio dell'avviso di procedimento, ove si consideri che tale modulo procedimentale consente al destinatario di formulare le sue prime osservazioni e fornire chiarimenti. Secondo la giurisprudenza, «la previsione dell'art. 10, comma 1, lett. *a*), L. n. 241/1990, viene salvaguardata mediante la trasmissione dell'avviso di avvio del procedimento. Il destinatario di tale ultimo atto, in base al quadro normativo vigente, non ha titolo, in questa fase procedimentale, ad accedere alle categorie di documenti che in qualche misura siano attinenti ad attività investigative ancora in corso ed alla identità delle fonti, tra le quali, oltre alle dichiarazioni dei soggetti denunciati, ci possono essere anche altri dati provenienti da una prima raccolta di informazioni da terzi»[88]. Nel settore delle informative antimafia la comunicazione di avvio del procedimento è spesso pretermessa in ragione dell'urgenza[89] e, quindi, quello disegnato dall'art. 48

[87] Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2020, n. 1576.

[88] Cons. Stato, sez. III, 14 settembre 2018 n. 5377.

[89] TAR Umbria, sez. I, 5 dicembre 2017, n. 747. In tema, vedi R. RUBERTO, *Informazione antimafia. Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia*, in *Giur. it.*, 2020, 3, 683 ss.


ISSN 2036-7821

del D.l. n. 152/2021 sembra più correttamente una sorta di "preavviso di interdittiva" che non una forma di contraddittorio procedimentale.

4. *La pericolosità ed il paradigma preventivo della sicurezza pubblica.*
Nonostante la presenza di un sistema costituzionale in cui l'esercizio dei poteri di polizia è qualificato da una rigida applicazione del principio di legalità, da quadro tracciato lascia intravedere che l'ambito di discrezionalità riconosciuto all'Autorità di P.S. nella valutazione dei fatti che costituiscono una minaccia alla pacifica convivenza civile è non solo ampia ma anche pressocché esclusiva. La connotazione tecnica della discrezionalità che la giurisprudenza ribadisce pedissequamente confina la tutela giurisdizionale negli angusti spazi di un sindacato sulla ragionevolezza all'interno di un contesto in cui le garanzie procedimentali di carattere generale vengono spesso sacrificate in ragione della specialità del sistema di sicurezza e della preminenza della efficace tutela dell'interesse pubblico.
Tale ordine di considerazioni induce a formulare alcune riflessioni.
Il riconoscimento in capo all'Autorità di P.S. di una riserva di valutazione del fatto che innesca l'esercizio del potere pubblico si giustifica sulla base del ruolo e dell'*expertise* che l'amministrazione ha: una funzione di prevenzione si basa su meccanismi di acquisizione dei fatti in cui l'utilizzo di strumenti di indagine forniscono conoscenze la cui valutazione non può che essere appannaggio di una struttura amministrativa di carattere tecnico-operativo. Tuttavia, la tenuta costituzionale del sistema impone di considerare anche lo scenario politico-amministravo a monte, il quale non può che condizionare l'esercizio tecnico del potere.
Nel contesto contemporaneo, quello che il sociologo tedesco Ulrich Beck ha definito la "società del rischio", la dimensione dell'incertezza ha trasformato la fisiologica pericolosità di un evento certo nel rischio di un ignoto incalcolabile; la prevenzione, da sempre immaginata per il primo, diventa area di intervento per il secondo, sul quale in passato operava la precauzione. Non si tratta di gestire con cautela, ma di eliminare in maniera radicale la minaccia indipendentemente dalla circostanza che questa possa essere reale, potenziale ovvero anche solo immaginaria[90]. Infatti, il presupposto del rischio, distinto da quello del pericolo, appare di difficile caratterizzazione obiettiva e conduce, inevitabilmente, ad anticipare la soglia di attivazione della funzione preventiva dell'attività di polizia di sicurezza ad una fase in cui ancora è carente una manifestazione univoca idonea a legittimare un sospetto. In altri termini, se il pensiero passa dal parametro probabilistico a quello possibilistico, ogni evento non governabile *a priori* va eliminato in radice. D'altra parte, come osserva Beck, «il centro della coscienza del rischio non sta nel presente,

[90] C.R. SUNSTEIN, *Il diritto alla paura* (2005), trad. it., Bologna, 2010, 53 ss.


ISSN 2036-7821

bensì nel futuro. Nella società del rischio il passato perde il potere di determinare il presente». Al suo posto, come "causa" del vissuto dell'agire nel presente, subentra il futuro, ossia una "variabile proiettata": la causa del nostro agire (personale e politico) di oggi proiettata nel futuro. La rilevanza ed importanza di questa cresce in misura direttamente proporzionale alla sua incalcolabilità e temibilità[91].

L'incremento dell'attività statale di prevenzione realizza un indebolimento, se non una vera e propria regressione, delle garanzie previste per la tutela dei diritti fondamentali, seppure sulla base di una legittimazione democratica delle decisioni politiche che supportano e regolano quella medesima attività[92]. In questo contesto si assiste, perciò, ad un fenomeno di normalizzazione di situazioni che prima venivano affrontate nell'ottica di misure eccezionali e che, invece, vengono progressivamente assimilate all'interno dell'ordinamento giuridico, divenendo espressione della governabilità. Così, le "ragioni di sicurezza" si rivelano quale giustificazione di una vera e propria tecnologia di governo permanente[93]. Tale normalizzazione risulta, in fondo, il portato di uno scenario complessivo, nel quale, di volta in volta, si innestano singoli eventi generatori di paura; scenario che ha contrassegnato gli ultimi vent'anni del XX secolo e che da allora costituisce il quadro sociale e criminologico di riferimento. Gli aspetti che lo contraddistinguono sono l'abitudine ad elevati tassi di criminalità e le carenze del sistema di giustizia penale, dai quali deriva il logorio del mito hobbesiano della capacità dello Stato di generare legge ed ordine e di controllare il crimine. Tale situazione determina un fenomeno di insicurezza percepita, la quale viene interpretata dal decisore politico e sfruttata come base per costruzione di politiche di intervento preventivo e punitivo, tese paradossalmente a rinvigorire proprio il mito dello Stato come fattore di sicurezza[94]. Si innesca, così, una spirale che si autoalimenta e che, alla lunga, normalizza ogni forma di emergenza-sicurezza.

Il paradosso del discorso politico sulla sicurezza si fonda sulla circostanza che la crescente domanda di sicurezza genera altrettanta insicurezza, che culmina nella richiesta di intervento politico. Sulla scia della pressante richiesta di ordine e controllo, la politica diventa compulsivo strumento di legittimazione di modelli di "tolleranza zero" come risposta alla criminalità e al disordine sociale, fino a ingenerare il motivato sospetto che non possano esistere politiche "democratiche" per la sicurezza. La questione sicurezza vale a giustificare sia politiche di prevenzione, prevalentemente situazionale, sia politiche di repressione, a loro volta

[91] Cfr. U. BECK, *La società del rischio* (1992), trad. it., Roma, 2000, 44.

[92] V. BALDINI, *Tirannia della sicurezza nello stato costituzionale di diritto?* in V. BALDINI (a cura di) *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, 10-11.

[93] P. FERRARA, *Lo stato preventivo*, Soveria Manelli, 2010.

[94] D. GARLAND, *La cultura del controllo: crimine ed ordine sociale nel mondo contemporaneo* (2001), trad. it., Milano, 2004, 223-224.


ISSN 2036-7821

giustificate da un imperativo di prevenzione, diverso dall'idea classica della pena come deterrenza[95].

In questa prospettiva, il delineato mutamento di paradigma determina un correlativo mutamento della parametrizzazione del discorso giuridico sulla sicurezza, sia in ordine alla sua dimensione costituzionale, sia in ordine ai parametri funzionali e regolatori sui quali esso si focalizza. Con riferimento al primo aspetto, emerge la qualificazione della sicurezza come valore super-primario[96] in ordine al quale ruota tutto il dibattito sul riconoscimento di un diritto fondamentale alla sicurezza su cui si avrà modo di parlare più avanti. In relazione al secondo profilo, il piano amministrativo-preventivo si focalizza su una tendenza alla localizzazione territoriale contrassegnata da una sovrapposizione tra sicurezza e tranquillità urbana, la quale, a sua volta, dà luogo ad un'espansione dell'area funzionale di intervento, nonché ad una moltiplicazione degli attori coinvolti, sia pubblici che privati.

La questione della tenuta del sistema costituzionale liberal-democratico rispetto ad una torsione securitaria così prospettata si è prestata a diverse interpretazioni in relazione alla natura accessoria ovvero pregiudiziale della sicurezza rispetto ai diritti fondamentali[97]. Indubbiamente, si è in presenza di una diversa conformazione della dialettica autorità-libertà, la quale rivela, al contempo, qualcosa di nuovo, ma anche di antico. Non può non rilevarsi il ritorno alla centralità dell'hobbesiano "ordine della sicurezza", quasi che lo storico ampiamento del catalogo dei diritti non si sia tradotto, almeno nel piano dell'effettività delle tutele, in quella "sicurezza dell'ordine" dei diritti che ha costituito l'architrave ideologico del liberalismo.

Si fa strada una dimensione della sicurezza in senso ampio – valorizzata con i "Pacchetti sicurezza" del biennio 2008-2009, e poi successivamente perfezionata con il "Decreto Minniti" del 2017, ed ulteriormente rafforzata con i "Decreti sicurezza" del 2018-2019 – in cui si allargano le azioni preventive ad altri ambiti che non sono strettamente quelli relativi all'ordine pubblico, ossia il contesto di vivibilità, di disagio sociale e, persino, di decoro urbano in cui si alimenta la criminalità, diffusa o organizzata. Qui il concetto di sicurezza pubblica, inteso come complesso di condizioni che garantiscono l'ordinato vivere civile, ha visto allargare il suo spettro di emissione sino a ricomprendere anche funzioni di promozione sociale o di soppressione del marginalismo sociale. Ciò ha consentito il completamento della nozione di sicurezza primaria, attinente alla repressione dei crimini con quella di sicurezza secondaria, relativa al benessere sociale, latamente indirizzato allo scopo di raggiungere l'obiettivo del «maggior grado di sicurezza possibile, diffusa ad ogni

[95] T. PITCH, *La società della prevenzione*, Roma, 2014, 109.

[96] G. CERRINA FERONI - G. MORBIDELLI, *La sicurezza come valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, 31 ss.

[97] Sul tema vedi l'interessante dibattito che ha visto da una parte M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà*, Bologna, 2017 e A. PINTORE, *Non c'è libertà senza sicurezza*, in *Ragion pratica*, 2018, 99 ss.


ISSN 2036-7821

livello»[98]. Si fa strada, pertanto, un'idea di "nuova" prevenzione che, in un'ottica integrata e multilivello, si fonda su una gestione degli aspetti strutturali e socio-economici della sicurezza (intesa in senso lato) della collettività e dei rispettivi territori, attraverso l'insieme delle strategie orientate a diminuire la frequenza di certi comportamenti, siano essi considerati punibili o meno dalla legge penale, attraverso l'uso di strumenti diversi da quelli penali[99].

In questo scenario politico-amministrativo le funzioni dell'Autorità di P.S. che si traducono in decisioni tecniche puntuali non possono che essere condizionate da un'idea di pericolosità contrassegnata da una sovrapposizione tra prevenzione e rischio da cui deriva una surrettizia sostituzione della probabilità della minaccia con la sua possibilità.

In questa prospettiva l'unico catalizzatore per la tenuta costituzionale dell'equilibrio tra libertà ed autorità non può che essere un adeguato sindacato giurisdizionale della discrezionalità di polizia. Il giudice amministrativo deve superare il consolidato *self-restrait* che in larga misura ha contraddistinto i suoi orientamenti più significativi e operare una maggiore valorizzazione delle garanzie procedimentali generali, uno scrutinio più accurato della motivazione dei provvedimenti e una idonea misurazione delle modalità di accertamento dei fatti e delle vicende che fondano la pericolosità. Il sindacato in sede giurisdizionale dovrebbe essere diretto ad accertare l'assenza di eventuali vizi della funzione, che possano essere sintomo di un non corretto esercizio del potere, quanto all'accuratezza dell'istruttoria, alla completezza dei dati e fatti acquisiti, alla non travisata valutazione dei fatti stessi, alla sufficienza della motivazione ed alla logicità e ragionevolezza delle conclusioni rispetto ai presupposti ed elementi di fatto presi in considerazione[100].

Insomma, solo se c'è "un giudice a Berlino" il bilanciamento tra decisioni di polizia e libertà individuali potrà collocarsi nella esatta traiettoria disegnata per la funzione di sicurezza pubblica dalla Carta costituzionale.

[98] M. DI RAIMONDO, *Ordine pubblico e sicurezza pubblica. Profili ricostruttivi e applicativi*, Torino, 2010, 13.

[99] F. FAMIGLIETTI, *Approccio al riparto delle competenze tra Stato, autonomie territoriali e privati nello sviluppo delle politiche integrate della sicurezza*, in *Democrazia e Sicurezza*, 2011, 2, 16.

[100] TAR Calabria, sez. I, 1 marzo 2018, n. 54


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Limiti gestori nella razionalizzazione delle società pubbliche.

## di Francesca Angiolini

(Professore associato presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope")

## Sommario

1. Il problema. 2. Razionalizzazione delle società pubbliche. 3. I limiti delle partecipate. 4. I poteri dei liquidatori. 5. Le eccezioni. 6. Il fenomeno degli accantonamenti. 7. I soggetti responsabili. 8. Profili di giurisdizione. 9. Osservazioni conclusive.

## Abstract

The liquidation phase of the companies has very peculiar elements such as to characterize it with respect to the physiological management, as the management body, in the liquidation, has powers limited in the indications of the law and in the will of the shareholders' meeting, where expressed. In the presence of public companies, then, the discipline has even more stringent limits and the phenomenon manifests itself with even greater evidence at the outcome of a rationalization procedure. The exceptions to the regulations of common corporate law which characterize, with varying intensity depending on the degree of participation and powers of the public shareholder, public companies remain, in fact, even in the liquidation phase, where the ordinary powers and duties imposed on liquidators for the primary protection of corporate creditors and then of shareholders are also added the additional powers and duties set for the protection of the public shareholder.

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


ISSN 2036-7821

*1. Il problema.*

La fase liquidatoria delle società presenta elementi del tutto peculiari tali da caratterizzarla rispetto alla gestione fisiologica, in quanto l'organo gestorio, nella liquidazione, ha poteri confinati nelle indicazioni di legge e nella volontà dell'organo assembleare, ove espressa. In presenza di società pubbliche, poi, la disciplina presenta limiti ancor più stringenti ed il fenomeno si manifesta con ancora maggiore evidenza all'esito di un procedimento di razionalizzazione. Le deroghe alla disciplina di diritto comune societario che caratterizzano, con diversa intensità a seconda del grado di partecipazione e poteri del socio pubblico, le società pubbliche permangono, infatti, anche nella fase di liquidazione, dove agli ordinari poteri e doveri imposti ai liquidatori per la tutela primaria dei creditori sociali e poi dei soci si aggiungono anche gli ulteriori poteri e doveri posti a tutela del socio pubblico.

L'indagine è così diretta a individuare quali siano gli specifici elementi distintivi e caratterizzanti che definiscono i poteri gestori dei liquidatori nelle società pubbliche, e ciò anche con riferimento ai procedimenti di cd. razionalizzazione delle partecipazioni imposte dalla normativa.

**2**. *Razionalizzazione delle società pubbliche.*

Nel tracciarne le caratteristiche, ricordiamo che per le società pubbliche trovano applicazione regole analoghe a quelle previste per gli enti di diritto comune, fatta eccezione per le deroghe previste dalle disposizioni speciali contenute nel d. lgs. 176/2016[1], Testo Unico delle Società pubbliche, che è intervenuto regolando organicamente la complessa materia[2].

Le divergenze rispetto alla disciplina generale, in realtà, non sono correlate alla natura dei soci pubblici o all'oggetto sociale perseguito, ma alla collocazione dell'ente all'interno delle varie categorie di società pubbliche[3].

Il T.u.s.p. ne contempla infatti varie ipotesi, operando una distinzione tra le società definite a "partecipazione pubblica" - in cui l'ente pubblico detiene direttamente partecipazioni sociali che attribuiscono il diritto di voto[4] - e quelle a "controllo pubblico"[5]. Queste ultime sono definite tali in quanto il potere di controllo viene

[1] Cfr. C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 958.

[2] Sancisce l'art. 1, co. 3, T.U.S.P. che «per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato».

[3] C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, cit., 965.

[4] Cfr. G. D'ATTORRE- C. PECORARO, *Le società pubbliche nel mercato: introduzione*, in *Società di diritto speciale*, a cura di G. D'Attorre - A.V. Guccione - C. Pecoraro - F. Vella, Milano, 2022, 202.

[5] Prevede l'art. 2 lett. b) che per «controllo» si intende «la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo; c) «controllo analogo»: la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli


ISSN 2036-7821

esercitato da una o più amministrazioni secondo il dettato dell'art. 2359 c.c.[6] o perché per l'assunzione delle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale (art. 2, lett.b) è necessario il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo in forza di clausole statutarie o di patti parasociali[7].

Completano il panorama le società c.d. *in house* in cui l'amministrazione esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (art. 2, lett. c)[8]; così, tra le società a partecipazione pubblica possono rientrare sia quelle a controllo pubblico che quelle *in house*[9].

In realtà, in caso di mera partecipazione dell'ente le regole non divergono in maniera sostanziale rispetto a quelle di diritto comune: in particolare è richiesta la corrispondenza dell'oggetto sociale a rigorosi requisiti, l'adozione di uno specifico modello societario e, al contempo, sono individuati limiti sia per la costituzione che per la conservazione di partecipazioni già in essere[10].

In presenza di controllo da parte del soggetto pubblico le variazioni rispetto alle disposizioni generali assumono, invece, maggiore consistenza essendo previsti criteri più rigidi per i controlli interni, oltre l'obbligo di predisporre programmi di valutazione del rischio aziendale in capo agli amministratori[11].

La disciplina prevede poi delle limitazioni sulle attività che la pubblica amministrazione può svolgere in forma societaria al fine di circoscrivere il numero delle società partecipate[12]; poiché spesso, in passato, ci si è trovati in presenza di enti poco produttivi e scarsamente efficienti, negli ultimi anni è stata avviata una

---

obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante».

[6] Dispone l'art. 2359 c.c. che «sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa».

[7] Art. 2, comma 1 lett. m) T.U.S.P. Cfr. R. RANUCCI, *Società, società a partecipazione pubblica, società a controllo pubblico: definizioni tra diritto comune societario e Testo unico delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche*, cit., 202; V. DONATIVI, *"Società a controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 747.

[8] Prevede l'art. 16 T.U.S.P. che «le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata».

[9] R. RANUCCI, *Società, società a partecipazione pubblica, società a controllo pubblico.*, cit., 202. Cfr. C. PECORARO, *Le società* in house, in *Società di diritto speciale*, cit., 359.

[10] A. LIROSI – C. BASSOLINO, *Il processo di razionalizzazione*, in Aa. Vv., *Le Società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò-A. Catricalà-R. Cantone, Napoli, 2020, 2, 1536.

[11] G. D'ATTORRE- C. PECORARO, *Le società pubbliche nel mercato*, cit., 204.

[12] K. MARTUCCI, *La nozione di controllo pubblico nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2022, 1, 108.


ISSN 2036-7821

progressiva regolamentazione delle partecipate attraverso l'introduzione di disposizioni dirette a caratterizzarne l'assetto rispetto a quelle di diritto comune; l'obbligo di razionalizzazione[13], nato dall'esigenza di tutelare la concorrenza del mercato, contingentare la spesa pubblica e evitare un utilizzo non corretto del veicolo societario[14], rappresenta un esempio in tal senso.

In realtà, nella previsione originaria contemplata dal T.u.s.p. la strada da percorrere per dismettere le partecipazioni sembrava rappresentata unicamente dalla loro cessione a terzi; tale possibilità successivamente è stata affiancata anche da ulteriori ipotesi di razionalizzazione[15], una periodica ed una straordinaria.

In relazione al primo caso, ricordiamo che l'art. 20 T.u.s.p. dispone che le amministrazioni pubbliche siano chiamate a compiere, annualmente, un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo un piano riorganizzativo per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione, qualora ricorrano determinati presupposti[16].

L'art. 24 T.u.s.p. prevede altresì che le partecipazioni detenute, direttamente o indirettamente, dalle amministrazioni pubbliche in società non riconducibili a determinate categorie[17], che non soddisfano specifici requisiti[18] o che ricadono in una

---

[13] A. LIROSI – C. BASSOLINO, *Il processo di razionalizzazione*, cit., 1529; per una compiuta ricostruzione della disciplina si rinvia a D. CENTRONE, *La revisione, straordinaria e periodica, delle società a partecipazione pubblica*, in Aa. Vv., *Le Società pubbliche*, cit., 1433.

[14] C. PECORARO, *Assunzione e mantenimento della partecipazione pubblica in società*, in *Società di diritto speciale*, cit., 217.

[15] G. MARASÀ, *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Riv. soc.*, 2017, 4, 810.

[16] Cfr. Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Il processo di razionalizzarne delle partecipazioni societarie detenute dai ministeri e dagli altri enti pubblici soggetti al controllo delle Sezioni riunite della Corte dei conti*, Roma, novembre 2020.

[17] Prevede l'art. 4, d.lgs. 175/16 che «le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società (…)». Cfr. A. PALAZZOLO, *Società pubbliche: interesse generale, stretta necessità e discrezionalità nella dismissione delle partecipazioni di enti pubblici*, in *Giur. comm.*, 2021, 2, 278.

[18] I requisiti sono indicati dall'art. 5 d.lgs. 175/16 ove è previsto che «a eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. L'atto deliberativo di cui al comma 1 da' atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate».


ISSN 2036-7821

delle ipotesi di cui all'articolo 20, comma 2, debbano essere alienate o siano sottoposte alle misure di razionalizzazione periodica[19].
Al contrario, soluzioni più estreme, come quelle dello scioglimento, della liquidazione e successiva estinzione, andrebbero a rappresentare delle ipotesi eccezionali; la finalità primaria sembrerebbe essere quindi quella della vendita sia spontanea che "forzosa", qualora non sia stato possibile procedere diversamente nel termine di un anno[20].

*3. I limiti delle partecipate.*
Si evidenzia, in realtà, che la fase della liquidazione in presenza di un socio pubblico presenta elementi caratteristici rispetto alla disciplina codicistica, così da rendere ancor più complesso il procedimento estintivo.
Anche la giurisprudenza contabile, come rilevato[21], non ha mancato di evidenziarne le criticità in considerazione della eccessiva durata delle procedure, da attribuire in gran parte alla pendenza di contenziosi. Tale anomalia, oltre ad andare in contrasto con la disciplina generale, rappresenterebbe un ostacolo per l'attuazione delle revisioni programmate, finalizzate ad interesse generale che prescinde da quello del singolo socio[22].
In particolare, all'interno di una società pubblica è preclusa la possibilità di compiere operazioni che non siano strettamente dirette al procedimento estintivo quali, ad esempio, ricapitalizzazione, anticipazione di cassa, garanzie fideiussorie. L'attività, in tal caso, è infatti circoscritta alla definizione dei rapporti patrimoniali e finanziari

[19] Corte dei conti, (Marche) sez. reg. contr., 21/2018/PAR, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2018, 6, 1351 rileva che «in sede di revisione straordinaria delle partecipazioni societarie, ai sensi del d.lg. n. 175/2016, il Comune che intenda mantenere la propria partecipazione in una società di gestione del servizio di farmacia comunale è tenuto a motivare le ragioni di economicità di tale partecipazione, ferma restando l'antieconomicità della partecipazione ad una società in situazione di perdita strutturale. Il bilanciamento tra la tutela del diritto alla salute dei residenti, cui è funzionale la presenza e l'operatività di una farmacia in loco, che non può essere compresso oltre il suo "nucleo irrinunciabile" volto a tutelare la stessa dignità umana, con gli interessi finanziari dell'Ente, alla cui tutela sono diretti i piani di razionalizzazione, potrebbe essere perseguito attraverso una diretta forma di gestione societaria, con la partecipazione alla medesima dei farmacisti, come previsto dall'art. 9 l. n. 475/1968, ovvero con la cessione a terzi dell'attività». Qualora, poi, non sia stato effettuato l'atto ricognitivo o non sia avvenuta l'alienazione delle partecipazioni, il socio pubblico non potrà esercitare i diritti sociali, con la conseguente necessità di procedere alla alienazione della sua partecipazione in denaro, nel rispetto dei criteri dettati dall'art. 2437 – ter e 2437 *quater* c.c. (Cfr. V. S. AMBROSIO, *Socio pubblico, obblighi di dismissione e diritto sociali*, in *Riv. not.*, 2020, 1, 19).

[20] G. MARASÀ, *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, cit., 811. Ricordiamo inoltre che le in caso di protratta inattività per tre esercizi consecutivi, ai sensi dell'art. 20, comma 9, le società sono cancellate d'ufficio. Cfr. G. NICCOLINI, *La cancellazione ex officio delle società a controllo pubblico*, in Aa. Vv. *Le società pubbliche*, 2, cit., 1103 s.

[21] C. VERMIGLIO - L.DICORATO, *Procedure di liquidazione delle società a partecipazione pubblica, procrastinazione e responsabilità*, in *ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com*, 26 marzo 2021.

[22] Corte dei conti, *Il processo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie detenute dai ministeri e dagli altri enti pubblici soggetti al controllo delle Sezioni riunite della Corte dei conti*, cit., 37.


ISSN 2036-7821

pendenti tra cui sono compresi quelli relativi alla ripartizione proporzionale tra i soci dell'eventuale patrimonio netto risultante all'esito della procedura[23]. E' agevole comprendere la *ratio* della scelta: se la finalità è quella di portare l'ente alla sua definitiva estinzione, ogni attività non il linea con il procedimento estintivo potrebbe andare in contrasto con gli interessi generali dell'ente e dei suoi soci.

In considerazione di tale confine, sono esigue anche le ipotesi in cui sia ammissibile un intervento di soccorso finanziario, diretto a mantenere in vita l'attività di impresa. Va considerato che sussiste tra la società e il socio pubblico una relazione di totale autonomia e, quindi, non è concessa alcuna intromissione nell'attività sociale per mezzo di atti autoritativi, ma solo attraverso gli strumenti previsti dalla disciplina generale del diritto societario[24].

Secondo giurisprudenza consolidata, qualora un ente locale ponga in essere dei trasferimenti di somme per ripianare l'incapienza finanziaria della società rispetto alla complessiva esposizione debitoria, in attuazione di un piano finanziario compiuto dal liquidatore durante la procedura, o a conclusione del bilancio finale di liquidazione, si andrebbe a configurare un'operazione economica assimilabile ad un accollo dei debiti della società, anche se non c'è alcuno specifico obbligo in capo all'ente partecipante. Infatti anche nelle società pubbliche, come in tutte le società di capitali, delle obbligazioni sociali risponde solo la società con il suo patrimonio e, per l'effetto, il socio pubblico risponde nei limiti della quota detenuta[25].

Si rileva, peraltro, che il divieto trova una applicazione più ampia, anche al di fuori della fase liquidativa. Nel ricostruire la disciplina, ricordiamo che secondo il dettato del D.L. 78/2010, art. 6, co. 19, «al fine del perseguimento di una maggiore efficienza delle società pubbliche (…) le amministrazioni (…) non possono, salvo quanto previsto dall'art. 2447 c.c., effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti alle società (…) a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti». Si comprende così come i giudici contabili, già prima dell'introduzione del T.u.s.p. ravvisassero la necessità di allontanarsi dal criterio del "salvataggio a tutti i costi" di enti partecipati da un socio pubblico in dissesto e non ammettessero la possibilità di "interventi

[23] Corte dei conti, (Piemonte), sez. reg. contr., 3/2018/SRCPIE/PAR e 159/2014/PRSE; *Ex plurimis,* Corte dei conti (Abruzzo), sez. reg. contr., 279/2015/PAR; Corte dei conti (Lombardia), sez. reg. contr., 42/2014/PAR e 260/2015/PRSE, Corte dei conti, (Liguria), sez. reg. contr., 82/2013/PAR.

[24] F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2019, 1, 71.

[25] Corte dei conti, (Piemonte), sez. reg. contr., 3/2018/SRCPIE/PAR, cit.


ISSN 2036-7821

tampone", con conseguente dispersione di risorse finanziarie a fondo perduto, in assenza di una strategia industriale finalizzata a realizzare una gestione efficiente, in un'ampia prospettiva temporale[26].

Sebbene la richiamata disposizione sia stata poi successivamente abrogata dall'entrata in vigore della novella, non sono stati eliminati dall'assetto generale i limiti al soccorso finanzario in precedenza individuati in quanto le nuove disposizioni sono andate sostanzialmente a recepire le previsioni richiamate[27].

In particolare, l'art. 14, comma 5, T.u.s.p. «fissa un generale divieto di disporre, a qualsiasi titolo, di erogazioni finanziarie "a fondo perduto" in favore di società in grave situazione deficitaria, relegando l'ammissibilità di trasferimenti straordinari ad ipotesi derogatoria e residuale, percorribile con finalità di risanamento aziendale e per il solo perseguimento di esigenze pubblicistiche di conclamato rilievo in quanto sottendenti prestazioni di servizi di interesse generale, ovvero la realizzazione di programmi di investimenti affidati e regolati convenzionalmente, secondo prospettive di continuità»[28].

Siamo in tal caso in presenza di una crisi "sistematica o strutturale" i cui sintomi, rappresentati dalla presenza di perdite per tre esercizi consecutivi o dall'utilizzo di riserve disponibili per il loro ripianamento, precludono la possibilità di effettuare sottoscrizione di aumenti di capitale, trasferimenti straordinari e aperture di credito[29]. Le perdite rappresentano allora un "*alarm bell*" tale da presupporre anche la crisi della società, in presenza dei predetti elementi[30].

Chiara appare la finalità della disciplina tesa ad arginare il fenomeno, consueto presso gli enti pubblici, di procedere ad interventi straordinari e ricapitalizzazioni diretti a coprire le perdite al solo di fine di garantire la continuità aziendale, anche in assenza di concrete prospettive di risanamento e finalità di interesse generale;

---

[26] Corte dei conti, (Abruzzo), sez. reg. contr., 279/2015/PAR

[27] Corte dei conti, (Lombardia), sez. reg. contr., 108/2020/PRSE.

[28] Corte dei conti, (Lazio), sez. reg. contr., 66/2018/Par; Corte dei conti, (Liguria), sez. reg. contr., 84/208/PAR; Corte dei conti, (Abruzzo), sez. reg. contr., del. n. 157/2020, in *Foro it.*, 2021, 4, III, 231 rileva che «il c.d. divieto di soccorso finanziario degli enti pubblici nei confronti delle società partecipate non consente all'ente socio di erogare contributi straordinari a favore di una società partecipata in perdita per tre esercizi consecutivi, a maggior ragione quando questa si trovi in stato di liquidazione, salvo che il contributo venga erogato a fronte di convenzioni con la società relative allo svolgimento di servizi di pubblico interesse o alla realizzazione di investimenti e sia previsto da un piano di risanamento, approvato dall'autorità di regolazione del settore e comunicato alla Corte dei conti, il quale fornisca analitica motivazione delle ragioni di interesse sociale, convenienza economica e sostenibilità finanziaria alla base dell'operazione (nella specie, la sezione di controllo ha ritenuto irrilevante che il contributo sarebbe stato destinato a ripianare anche i debiti, emersi in fase di liquidazione, relativi alla regolarizzazione delle posizioni contributive e previdenziali del personale della società partecipata)».

[29] L. FRUSCIONE, *Gli strumenti d'intervento del socio pubblico a sostegno delle società partecipate in crisi*, in *Foro it.*, 2021, 4, 240.

[30] G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giur. comm.*, 2018, 2, 208.


ISSN 2036-7821

attraverso i divieti si cerca di limitare il continuo ricorso a risorse finanziarie pubbliche per mantenere in vita enti decotti[31].

Tale prassi, infatti, non fa altro che comportare un danno all'equilibrio di bilancio, andando in contrasto anche con le disposizioni di matrice comunitaria[32] che vietano ai soggetti economici operanti sul mercato di porsi in una posizione più vantaggiosa attraverso il riconoscimento di peculiari benefici[33].

Così, anche in presenza di società pubbliche è necessario fare riferimento alle dinamiche aziendalistiche e, per questo, l'attività deve essere parametrata a qualsiasi attività di impresa; per l'effetto, gli amministratori e i liquidatori delle società pubbliche devono operare in conformità dei principi di sana gestione e, al contempo, l'interesse pubblico a detenere partecipazioni non può prescindere dall'interesse a esercitare attività di impresa, nel rispetto del principio della "*business judgement rule*" [34].

Il socio pubblico sarà tenuto, quindi, ad agire al pari di un socio comune con la stessa "razionalità economica", considerando che il rischio di impresa può essere ripartito anche con altri soci privati[35] e che tale condivisione va a costituire un vantaggio per l'ente e, per l'effetto, anche per la collettività. Pertanto, ogni differente opzione tale da generare l'accollo di un rischio di credito o di impresa dovrebbe essere sorretta da una adeguata motivazione, in quanto foriera di ulteriori spese[36].

---

[31] L. FRUSCIONE, *Gli strumenti d'intervento del socio pubblico a sostegno delle società partecipate in crisi*, cit., 240.

[32] Sancisce l'art. 106 del TFUE che «gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive».

[33] Corte dei Conti, (Abruzzo), sez. reg. contr., 279/2015 PAR.; Corte dei conti, (Puglia), sez. reg. contr., 29/2018 PAR.

[34] C. GUARDAMAGNA, *Spunti su amministrazione pubblica e partecipazioni societarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2021, 2, 298.

[35] «La società con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che l'ente pubblico ne possegga, in tutto o in parte, le quote di partecipazione: il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia, al comune non essendo consentito di incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società» (così, Cass., S.U., 31 luglio 2006, n.17287, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8**).**

[36] Corte dei conti, (Lombardia), sez. reg. contr., 535/2012 PAR, osservando come «la discrezionalità amministrativa, infatti, impone che ogni decisione venga assunta evidenziando la rispondenza della stessa agli scopi dell'amministrazione nonché a ragioni di efficienza, efficacia ed economicità, rispetto a decisioni alternative, come per esempio l'aumento di capitale o la ricapitalizzazione proporzionale da parte di tutti i soci ovvero la decisione di liquidazione. In altre parole, mentre per i soggetti privati tutto ciò che non è espressamente vietato è consentito, per i soggetti pubblici la capacità di compiere atti negoziali costituisce comunque attività


ISSN 2036-7821

Si va a palesare un criterio che acquista valore di principio generale, nel rispetto dell'art. 97 Cost. a cui si deve attenere la P.A., anche quando si avvale di risorse esterne[37]. Il ricorso a uno strumento privatistico non consente, pertanto, una alterazione delle regole di diritto societario e il suo utilizzo deve essere in linea con le finalità previste dall'ordinamento[38].

*4. I poteri dei liquidatori.*

È evidente che tale sistema generi delle conseguenze anche nei confronti dei liquidatori i cui poteri sono per questo compressi e che risulta possibile cogliere appieno andando a tracciare, preliminarmente, quelli che sono i limiti e i poteri dei liquidatori nelle società di diritto comune.

Secondo le regole generali, l'organo della liquidazione ha il potere di compiere le operazioni utili per la liquidazione della società.

La sfera di operatività dei liquidatori delle società di capitali non sarebbe però confinata solo agli atti propri della liquidazione, ma estesa anche ad attività gestorie, dovendo essere loro riconosciuta una competenza più ampia, tale da offrire la possibilità di gestire in maniera autonoma la fase estintiva, fatta eccezione per le limitazioni che possono derivare dall'atto costitutivo o dalla delibera assembleare[39].

Non è pacifico quali possano essere le conseguenze generate dall'espletamento di un'attività non espressa dai soci nella delibera assembleare; in particolare, dubbi interpretativi sussistono in relazione ai confini dei poteri loro attribuiti in quanto non è chiaro se l'ambito di azione conferito debba essere indicato espressamente dall'organo assembleare[40] o, al contrario, gli eventuali limiti imposti nella delibera abbiano carattere eccezionale e, pertanto, ai liquidatori possa essere concesso un

amministrativa, seppur di diritto privato e, pertanto, può essere legittimamente esercitata ed utilizzata nei limiti e in funzione delle attribuzioni che la legge riconosce all'ente, tanto più ove ciò impegni la finanza pubblica».

[37] F. BARBAGALLO, *L'art. 14, comma 5, del TUSPP: una norma di finanza pubblica*, in *Azienditalia*, 2021, 3, 485.

[38] C. GUARDAMAGNA, *Spunti su amministrazione pubblica e partecipazioni societarie*, cit., 300.

[39] «La sfera di operativita` dei liquidatori delle società di capitali non è limitata ad atti meramente liquidatori, ma si estende anche ad attivita` più propriamente gestorie, seppure in un'ottica conservativa; ai liquidatori deve percio` essere riconosciuta una competenza gestoria ampia che li rende arbitri nel gestire i tempi, i modi e le condizioni della realizzazione dell'attivo sociale, con le uniche limitazioni che possono derivare dall'atto costitutivo o dalla delibera dell'assemblea che li nomina», così, Trib. Milano 26 maggio 2011, in *Società*, 2012, 761 con nota di L. DI BRINA, *I poteri dei liquidatori di società di capitali.*

[40] Trib. Nocera Inferiore, 1 agosto 2012, in *dejure.it* rileva che «costituisce grave irregolarità la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del liquidatore di società per azioni senza una preventiva autorizzazione da parte dell'assemblea»; App. Milano, 16 dicembre 2014, n.4556, in *Ridare.it*, 23 giugno 2015 con nota di C. TATOZZI-D. DE RUSSIS, *La responsabilità del liquidatore di società di capitali per i danni arrecati ai soci dal compimento di atti gestori non immediatamente funzionali alla liquidazione dell'attivo sociale*. Rileva il provvedimento che «la peculiarità della funzione del liquidatore rispetto a quella dell'amministratore della società impone che, nell'esercizio dei poteri gestori, questi adempia con la dovuta diligenza e professionalità al compimento di atti utili alla liquidazione, ivi compresa la cessione d'azienda, in relazione alla quale il legislatore considera avere un ruolo prioritario l'assemblea dei soci in quanto deputata alla fissazione di criteri inderogabili volti a limitare (e indirizzare) il potere liquidatorio».


ISSN 2036-7821

margine di intervento più ampio all'interno del quale ricomprendere ogni atto utile e necessario alla fase estintiva[41].

Nonostante la posizione sul punto non sia univoca[42], l'orientamento preferibile sembra essere quello che aderisce ad una interpretazione più ampia, secondo cui i liquidatori sarebbero in possesso di tutti i poteri necessari per la liquidazione[43], anche considerazione del fatto che su di loro incombe una responsabilità analoga a quella degli amministratori[44].

La differenza più sensibile tra l'organo gestorio e i liquidatori andrebbe allora individuata proprio nella possibilità concessa all'assemblea di limitare i poteri di questi ultimi in fase di liquidazione[45] e, per questo, ci si dovrebbe attenere alle indicazioni offerte, tranne nel caso in cui contrastino con il dovere di conservazione dell'integrità patrimoniale. I liquidatori, infatti, sono responsabili per il loro operato[46] e rispondono non solo per i danni derivanti dalla violazione dei doveri dettati dalla legge, ma anche per quei comportamenti che non risultano in armonia con le finalità

---

[41] Cfr. Cass., 26 febbraio 2016, n. 3813, in *Ilsocietario.it*, 3 ottobre 2016, rilevando come «in tema di società per azioni, l'assemblea può disporre limitazioni dei poteri dei liquidatori anche con riguardo alla rappresentanza, sia sostanziale che processuale, della società stessa, sicchè, ove i poteri rappresentativi, senza distinzione fra attività negoziali ed attività processuali, risultino dall'assemblea conferiti congiuntamente a tutti i liquidatori, è inammissibile il ricorso per cassazione proposto per la società in base a mandato difensivo conferito da uno solo di essi».

[42] «Lo statuto legale dei liquidatori delle società di capitali (e delle società cooperative) non è identico a quello degli amministratori, atteso che i poteri di questi ultimi si presumono in base alla legge mentre quelli dei secondi devono risultare dalla deliberazione dell'assemblea che li ha nominati. Ne consegue che il potere dei liquidatori di deliberare la proposta e le condizioni di un concordato preventivo ai sensi dell'art. 152, co. 2, lett. b, L.F. non può ritenersi compreso nell'atto di nomina degli stessi, né può rientrare tra gli atti utili per la liquidazione della società di cui all'art. 2489, co. 1, c.c., ma deve essere loro specificamente attribuito dall'assemblea ex art. 2487, co. 1, c.c.», Così, Cass., 14 giugno 2016 n. 12273, in *Foro it.*, 2016, I, 3150, con nota di G. NICCOLINI, *Il potere del liquidatore di s.p.a. di presentare domanda di concordato secondo la Cassazione: una nota critica*; in senso opposto è stato affermato che «in tema di liquidazione delle società di capitali (nella specie, di una società a responsabilità limitata), ove l'assemblea che ha deliberato lo scioglimento della società e la nomina a liquidatore non abbia determinato i poteri attribuiti a quest'ultimo alla stregua delle indicazioni contenute nell'art. 2487, comma 1, c.c., il liquidatore è investito, giusta l'art. 2489, comma 1, c.c., del potere di compiere ogni atto utile per la liquidazione della società», così Cass., 1 giugno 2017 n. 13867, in *Riv. dott. comm.*, 2017, 3, 426; in *Foro it.*, 2017, 7-8, 2311; in *Notariato*, 2017, 664, con nota di M.G. TRIVIGNO, *La Suprema Corte ritorna sui poteri dei liquidatori* e in *Giur. it.*, 2017, 1875, con nota di M. SPIOTTA, *Un'ulteriore puntualizzazione (o un revirement?) sui poteri dei liquidatori*.

[43] F. FIMMANÒ, *La fase della liquidazione*, in *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011, 182.

[44] M. SPIOTTA, *Un'ulteriore puntualizzazione (o un revirement?) sui poteri dei liquidatori*, cit., p. 1879. Si legge nell'ordinanza che i liquidatori rispondono dei loro atti «con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico [...] secondo le norme disciplinanti la responsabilità degli amministratori, come significativamente precisato dall'art. 2489, comma 2». E pertanto «non potrebbe dirsi che, ove la delibera di nomina non specifichi quali siano gli atti utili per la liquidazione consentiti dai soci ai liquidatori, la suddetta norma generale dell'art. 2489 non possa operare».

[45] S. TURELLI, *Competenze gestorie dei liquidatori di società di capitali e potere di decidere sulla proposta del concordato preventivo e sull'esercizio provvisorio dell'attività d'impresa*, in *Corr. giur.*, 2017, 1566.

[46] L. DI BRINA, *I poteri dei liquidatori di società di capitali*, cit., p. 774.


ISSN 2036-7821

proprie della fase estintiva[47]; quindi solo in assenza di criteri determinati si potrà procedere nella più totale discrezionalità, secondo il dettato dell'art. 2489 c.c.[48].
Ne deriva che anche la prosecuzione dell'attività potrebbe essere adottata dal liquidatore senza la necessaria delibera assembleare, qualora vada a costituire un atto utile per la liquidazione[49]; la stessa sarà ammissibile, quindi, solo se consente di evitare conseguenze ben più gravi rappresentate da perdite maggiori generate dalla paralisi dell'attività e, pertanto, non deve comportare rischi[50].

*5. Le eccezioni.*
Come anticipato, nelle società pubbliche, al contrario, solo in via del tutto residuale sono concessi poteri più ampi ai liquidatori, come, in particolare, la possibilità di eseguire trasferimenti straordinari al fine di perseguire fini pubblicistici particolarmente rilevanti, diretti a fornire servizi di interesse generale o la realizzazione di strategie di investimento regolati pattiziamente, in un'ottica di continuità.
Nel ricostruire la disciplina, ricordiamo che elemento peculiare che caratterizza le società pubbliche è rappresentato proprio dagli obblighi che incombono in capo agli amministratori e che, per analogia, riteniamo possano estendersi anche ai liquidatori.
Il legislatore, anticipando le indicazioni contenute nel C.C.I., ha disposto per le sole società sottoposte a "controllo pubblico" strumenti di allerta finalizzati a rilevare tempestivamente la crisi e l'attivazione di soluzioni dirette al suo superamento; la finalità dell'istituto è di evitare che, in situazioni di difficoltà, il socio pubblico si

[47] L. PARRELLA, *Art. 2489*, in AA.VV., in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli –V. Santoro, Torino, 2003, 281.

[48] C. TATOZZI - D. DE RUSSIS, *La responsabilità del liquidatore di società di capitali per i danni arrecati ai soci dal compimento di atti gestori non immediatamente funzionali alla liquidazione dell'attivo sociale*, cit.; Rileva Trib. Siracusa, 13 maggio 2009, in *Vita not.*, 2009, 2, I, 948 che «i liquidatori hanno il potere di compiere tutti gli atti utili per la liquidazione della società, ma durante la liquidazione le disposizioni sulle assemblee continuano ad applicarsi, in quanto compatibili. Ne consegue che i liquidatori devono informare preliminarmente e formalmente l'assemblea, sollecitando eventuali deliberazioni, prima di procedere all'alienazione dell'azienda in favore di terzi. Pertanto, qualora dalla cessione dell'azienda possa conseguire un pregiudizio grave ed irreparabile, dovuto anche al valore esiguo di cessione, va inibito ai liquidatori di stipulare il contratto definitivo di cessione dell'azienda con il promissario acquirente».

[49] F. FIMMANÒ, *La fase della liquidazione*, cit., 197 ss.

[50] Cfr. G. VERNA, *Misurazione del danno patito dai creditori per la continuazione dell'impresa in perdita ed applicazione di corretti principi contabili*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 788 ss.; in tal senso Trib. Milano, 1 aprile 2011, in *Società*, 2012, 268 con nota di M.P. FERRARI, secondo cui «nelle società per azioni la responsabilità degli amministratori per la prosecuzione dell'attività sociale sussiste in presenza di un'attività gestoria, successiva alla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, orientata alla continuazione dell'attività d'impresa e non alla conservazione del valore del patrimonio sociale»; E' stato altresì rilevato che «l'amministratore di società sia ben in grado, in base a principi di buona amministrazione, di apprezzare l'andamento della gestione nel corso dell'esercizio, essendo tenuto a calibrare le proprie concrete scelte operative volta per volta, secondo i risultati di gestione conseguiti medio tempore», così Trib. Trieste, 1 marzo 2018, in *Società*, 2018, 1256, con nota di S.TAURINI, *Acquisto di merce dopo la perdita del capitale: quali responsabilità per gli amministratori?*


ISSN 2036-7821

limiti a erogare versamenti in favore della partecipata senza risolvere le cause del dissesto. Emerge allora la sostanziale differenza tra le società di diritto comune, in cui il socio tende piuttosto ad allontanarsi in caso di insolvenza, rispetto a quelle di diritto speciale ove il rischio concreto, al contrario, è quello di una continua erogazione di risorse attraverso il soccorso finanziario, con conseguente dispersione di risorse pubbliche[51].

Per arginare i rischi, l'art. 6, comma 2, del t.u.s.p. prevede, quindi, che l'organo gestorio sia tenuto alla redazione di programmi di valutazione del rischio aziendale, da comunicare all'assemblea, e possa valutare la possibilità di integrare gli strumenti di governo societario con specifici mezzi, al fine di curare il complessivo assetto organizzativo e amministrativo dell'ente[52].

È proprio la predisposizione di tali programmi a consentire l'adozione delle specifiche soluzioni individuate dall'art. 14, comma 2, T.u.s.p.[53]; prevede la norma che se emergono «uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento»[54]. Lo strumento potrà essere attivato, così, solo in presenza di indicatori della crisi, proprio al fine di poter

[51] G. D'ATTORRE, *La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche*, in *Società di diritto speciale*, cit., 428.

[52] G. D'ATTORRE, *Amministrazione nelle società pubbliche*, in *Società di diritto speciale*, cit., 308. Cfr. L. DE RENTIIS, *Gli strumenti di allerta della crisi dell'impresa nelle società a controllo pubblico alla luce del TUSP e del Codice della crisi dell'impresa*, in *Azienditalia*, 2020, 11, 1782. Prevede l'art. 6, comma 3, t.u.s.p. che «fatte salve le funzioni degli organi di controllo previsti a norma di legge e di statuto, le societa' a controllo pubblico valutano l'opportunita' di integrare, in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonche' dell'attivita' svolta, gli strumenti di governo societario con i seguenti: a) regolamenti interni volti a garantire la conformita' dell'attivita' della societa' alle norme di tutela della concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, nonche' alle norme di tutela della proprieta' industriale o intellettuale; b) un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessita' dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarita' e l'efficienza della gestione; c) codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonche' altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attivita' della societa'; d) programmi di responsabilita' sociale d'impresa, in conformita' alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea».

[53] G. D'ATTORRE, *La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche*, cit., 429. Cfr. sul tema R. TISCINI -P. LISI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a partecipazione pubblica,* in *Le società pubbliche*, cit., 1271.

[54] In ogni caso, precisa la norma, non costituisce provvedimento adeguato «la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte (…)».


ISSN 2036-7821

individuare la soluzione migliore per superarla[55]. Sull'organo gestorio ricade quindi un ben preciso dovere, la cui violazione potrebbe comportare una loro specifica responsabilità con eventuale revoca, oltre alla attivazione di un controllo giudiziario ai sensi dell'art. 2409 c.c.[56].

Si comprende come sia opportuno procedere ad una preventiva verifica delle ragioni critiche che causano le perdite al fine di consentire una continuità aziendale sostenibile; al contempo dovranno essere individuate anche eventuali responsabilità dell'organo gestorio, oltre alle motivazioni che consentono di mantenere in vita l'ente partecipato rispetto ad eventuali differenti alternative, quali una gestione diretta o affidamento a terzi con gara ad evidenza pubblica[57].

In realtà, anche per tutte le società a partecipazione pubblica sono previste deroghe, ma a condizioni ancor più stringenti; in particolare, sono consentiti i trasferimenti straordinari (in forza di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse o alla realizzazione di investimenti) purché individuati in un piano di risanamento che preveda il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni, nonché quando si sia verificata la perdita del capitale o, infine, per «salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata (…)»[58].

Sembra peraltro ammissibile poter estendere anche tutte le società a partecipazione pubblica l'applicazione dell'art. 14, comma 5, T.u.s.p., relativa alla predisposizione di un piano di risanamento, e non solo quelle a controllo pubblico in quanto, anche se previsto solo per le ultime, non è precluso anche alle altre[59].

Per l'effetto, dal combinato disposto degli artt. 6 e 14 T.u.s.p., si evince che una deroga al divieto di soccorso finanziario è ammissibile, seppur entro determinate condizioni, ma l'ente locale che dovesse assorbire a carico del proprio bilancio i risultati negativi della gestione di un organismo partecipato dovrà motivare le ragioni dell'operazione, assicurando una "una continuità aziendale finanziariamente sostenibile"[60].

---

[55] G. D'ATTORRE, *La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche*, cit., 431 cui si rinvia per un puntuale e analitico confronto tra "piano di risanamento" e "piano di ristrutturazione aziendale".

[56] G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, in *Fallimento*, 2018, 2, 141. Prevede l'art. 14, comma 3, T.u.s.p. che «quando si determini la situazione di cui al comma 2, la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile».

[57] Corte dei conti, (Lazio), sez. reg. contr., 66/2018 PAR; Corte dei conti, (Liguria), sez. reg. contr., 24/2017 PAR.

[58] G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, cit., 145.

[59] G. D'ATTORRE, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, cit., 146.

[60] Corte dei conti, (Piemonte), sez. reg. contr., 63/2020, PAR.; cfr. A. CASTELLANI – A. FORMENTINI, *Liquidazione delle società degli enti locali: la responsabilità «potenziata» di soci e amministratori*, in *ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com*, 5 Marzo 2021.


ISSN 2036-7821

Peraltro, ai fini dell'indagine, non sembra sussistano ostacoli per una compatibilità dell'istituto anche con le società pubbliche in liquidazione in quanto il recupero dell'equilibrio finanzario può essere perseguito anche in assenza di una prosecuzione dell'attività, sebbene sussistano differenze sostanziali in relazione al profilo procedimentale[61].

*6. Il fenomeno degli accantonamenti.*

Ricordiamo inoltre che, secondo il dettato dell'art. 21 T.U., se un organismo partecipato dal socio pubblico riporta un risultato negativo di esercizio è tenuto ad accantonare in misura proporzionale alla partecipazione l'importo corrispondente in un fondo vincolato del bilancio dell'anno successivo. Viene così a sussistere una diretta relazione tra le perdite degli enti partecipati e la riduzione delle possibilità di spese effettive per i soci diretta a responsabilizzare gli enti pubblici partecipanti per il perseguimento di una sana gestione delle partecipate[62].

Il fenomeno dell'accantonamento, come rilevato, «risponde all'esigenza di consentire una costante verifica delle possibili ricadute delle gestioni esternalizzate sui bilanci degli enti locali e si pone quindi nell'ottica dalla salvaguardia degli equilibri finanziari presenti e futuri degli enti stessi»[63].

In ogni caso, anche il rispetto di tale obbligo non genera nei confronti dell'ente partecipante l'obbligo di ripianare le perdite e la diretta assunzione dei debiti della società partecipata e, pertanto, resta del tutto preclusa l'ipotesi di soccorso finanziario. Per l'effetto, la società pubblica non potrà procedere secondo un programma di ripiano formulato dal liquidatore durante la procedura, o all'esito del bilancio finale, se sono contemplati trasferimenti di somme in favore della partecipata finalizzati unicamente a ripianare l'incapienza patrimoniale rispetto alle complessive pretese creditorie[64].

---

[61] G. D'ATTORRE, *La crisi e l'insolvenza delle società pubbliche*, cit., 436; S. TURELLI, *Competenze gestorie dei liquidatori di società di capitali*, cit., 1571.

[62] Corte dei conti, (Piemonte), sez. reg. contr., 63/2020, PAR, cit.

[63] Corte dei conti, (Liguria), sez. reg. contr., 24/2017 PAR osservando come le «disposizioni prevedono anche che le somme accantonate nel fondo vincolato in questione tornino nuovamente nella disponibilità dell'ente partecipante (e possano cioè essere destinate alla copertura di spese effettive) qualora il medesimo ripiani le perdite di esercizio o dismetta la partecipazione, oppure il soggetto partecipato sia posto in liquidazione. Lo stesso effetto si realizza ove le perdite conseguite in esercizi precedenti siano ripianate dagli stessi soggetti partecipati, cioè siano riassorbite attraverso la gestione successiva».

[64] Corte dei conti, (Lombardia), sez. reg. contr., 108/2020/PRSE rilevando che «secondo le norme di diritto comune, applicabili anche alle società partecipate, infatti, nelle società di capitali per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio (articoli 2325, comma 1 e 2462, comma 1, Codice civile), sicché, in assenza di alcuna deroga normativa, anche il socio pubblico, al pari di ogni altro socio, resta esposto nei limiti della quota capitale detenuta. Soltanto in ipotesi assai particolari, è prevista eccezionalmente la responsabilità illimitata del socio unico (art. 2325, comma 2 e art. 2462 comma 2, c.c. o del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento di cui agli art. 2497 ss. c.c.)». Cfr. F. BARBAGALLO, *L'art. 14, comma 5, del TUSPP: una norma di finanza pubblica*, cit., 490 ove rileva che «in sostanza, la Corte dei conti ha chiarito che l'adempimento


ISSN 2036-7821

Così, non sarà possibile individuare tali soggetti come possibili beneficiari di sostegni in deroga in quanto l'apporto finanziario del socio non potrà mai essere caratterizzato delle finalità dirette ad un duraturo riequilibrio strutturale, in considerazione della peculiarità che la fase della liquidazione rappresenta per la vita sociale; in questo caso, infatti, il sostegno economico si va a tradurre in un mero accollo delle passività, finalizzato solo a consentire il completamento della fase estintiva[65].

La deroga sarà ammessa solo se si rinviene un interesse superiore concretamente individuato e adeguatamente motivato, attraverso i piani di ristrutturazione aziendale, per poter giustificare la perdita della responsabilità limitata. Devono sussistere ragioni concrete dirette a dimostrare in maniera rigorosa ed obiettiva la necessità dell'operazione per il perseguimento di interessi pubblici, differenti rispetto a quelli della continuità aziendale, e, al contempo, la convenienza economica dell'operazione rispetto al vantaggio derivante dal beneficio della responsabilità limitata[66].

Tale prova è stata così considerata valida in sede di controllo per garantire la legittimità dei finanziamenti a sostegno delle partecipate in ipotesi del tutto peculiari, come nel caso di finanziamenti diretti al recupero del patrimonio di beni societari indispensabili per poter continuare a fruire di erogazione di servizi pubblici fondamentali o in caso di un rilascio di garanzia da parte dell'ente, per l'adempimento delle obbligazioni societarie[67].

---

dell'obbligo di accantonamento non esime l'ente dalla dimostrazione, in caso di soccorso finanziario ai sensi dell'art. 6, comma 19, del D.L. n. 78/2010, adesso art. 14 del TUSPP, della presenza di un interesse a coltivare la partecipazione nella società in perdita Mentre infatti le ipotesi di soccorso finanziario sono disciplinate dall'art. 14 del TUSPP, l'obbligo di accantonamento risponde alla diversa ratio di neutralizzare prospetticamente le ricadute negative delle gestioni societarie, riducendo le capacità di spesa dell'ente pubblico partecipante». In tal senso anche la recente posizione della Corte dei conti (Lombardia), Sez. reg. contr., 24 febbraio 2022, n. 31 in *Azienditalia*, 2022, 4, 832 con nota di G. ASTEGIANO, *I limiti del soccorso finanziario da parte del socio* ove si afferma che «il soccorso finanziario a favore degli organismi partecipati, di norma precluso per quelli che presentino reiterate perdite di esercizio, in base all'art. 14, comma 5, TUSP è ammesso unicamente, a tutela dell'interesse pubblico, in presenza di una documentata e motivata prospettiva di recupero dell'economicità e dell'efficienza della gestione dei soggetti beneficiari, escludendo ripiani a consuntivo. L'accantonamento di quote di bilancio previsto dall'art. 21 del TUSP non determina per l'ente socio alcun obbligo di provvedere al ripiano delle perdite né l'assunzione diretta dei debiti del soggetto partecipato. Tali principi operano anche in relazione alle società poste in liquidazione e per quelle a partecipazione pubblica totalitaria».

[65] Corte dei conti, (Lazio), sez. reg. contr., 66/2018 PAR.

[66] Corte dei conti, (Lazio), sez. reg. contr., 66/2018 PAR, cit.; cfr. *ex multis*, Corte dei conti, (Abruzzo) sez. reg. contr., 279/2015/PAR, Corte dei conti, (Lombardia), sez. reg. contr., 42/2014/PAR e 260/2015/PRSE; Corte dei conti, (Piemonte) sez. reg. contr., 59/2014/PRSE, Corte dei conti, (Liguria) sez. reg. contr., 82/2013/PAR e 24/2017/PAR).

[67] Corte dei conti, (Lazio), Sez. reg. controllo, 66/2018 PAR, cit.; cfr. Corte dei conti, (Lombardia), sez. reg. contr., 108/2020/PRSE osservando «l'ente pubblico non deve accollarsi l'onere dei debiti di una società in liquidazione, che non può assicurare alcuna prospettiva di efficiente prosecuzione dell'attività. Nondimeno, l'Ente che intendesse intervenire in ausilio della società, dovrebbe motivare in maniera dettagliata in merito all'interesse pubblico idoneo a giustificare l'implicita rinunzia al vantaggio della responsabilità limitata. Va escluso che tale interesse pubblico possa essere identificato con l'esigenza di evitare la dichiarazione dello stato di insolvenza


ISSN 2036-7821

Al contrario, l'interesse pubblico non può essere identificato con la necessità di evitare la dichiarazione dello stato di insolvenza della società o con la tutela dei creditori sociali che avrebbero confidato sulla natura pubblica della società quale garanzia per ottenere il soddisfacimento dei loro crediti perché, se così fosse, la scelta si andrebbe a concretizzare in un vantaggio verso i creditori della società incapiente[68].

Così, per i giudici contabili il ripiano delle perdite e la ricapitalizzazione della partecipata non rappresentano un obbligo del socio pubblico, ma si configurano come una mera facoltà, cui è correlato anche un adeguato obbligo di motivazione[69].

Va considerato che se una gestione non attenta non ha correttamente programmato le risorse disponibili, così da dover fare ricorso a sostegni straordinari, si potrebbe configurare una responsabilità erariale e, per questo, è opportuno procedere ad una scrupolosa analisi diretta a verificare se sussistono le condizioni per poter concedere al liquidatore gli strumenti necessari ad una chiusura in attivo della liquidazione[70].

Trova allora conferma anche nelle società pubbliche il liquidazione il dettato dell'art. 2491 c.c. secondo cui i liquidatori possono chiedere chiedere ai soci, proporzionalmente, solo i versamenti ancora dovuti nel caso in cui i fondi non consentano di soddisfare i creditori in quanto il divieto di "soccorso finanziario" esplica i suoi effetti anche per gli enti in liquidazione[71].

La peculiarità delle società partecipate comporta quindi conseguenze applicative non irrilevanti in più direzioni, sia durante la gestione ordinaria che nella sua fase estintiva ed è quindi chiaro l'interesse del legislatore ad evitare, quanto possibile, condotte non corrette, tanto più evidenti nel caso in cui l'ente sia sottoposto ad un procedimento liquidatorio.

In ogni caso, qualora le previsioni siano disattese appaiono deboli gli strumenti di contrasto: al di là di una tutela risarcitoria azionabile nei confronti dei liquidatori o degli altri soggetti responsabili, non sembra ci sia alcuna ulteriore misura per fronteggiare il fenomeno del soccorso finanziario, con il conseguente rischio di una reiterata dispersione di risorse pubbliche.

---

della società o con la tutela dei creditori sociali che avrebbero fatto affidamento sulla natura pubblica della società. La legittimità di un'operazione di "soccorso" è stata riscontrata soltanto con riferimento a poche situazioni: la necessità di recuperare al patrimonio comunale beni societari indispensabili per la prosecuzione dell'erogazione di servizi pubblici fondamentali o il pregresso rilascio di garanzia dell'Ente per l'adempimento delle obbligazioni della società (cfr. *ex multis* Corte dei conti, (Lombardia), sez. reg. contr., 69/2020/PRSE e Corte dei conti, (Emilia-Romagna), sez. reg. contr. 40/2020/PRA)».

[68] Corte dei conti, (Liguria), sez. reg. contr., 24/2017/PAR; Corte dei conti, (Lombardia), sez. reg. contr., 380/2012/PRSE;

[69] F. BARBAGALLO, *L'art. 14, comma 5, del TUSPP: una norma di finanza pubblica*, cit., 492.

[70] Cfr. M. CASTELLANI E A. FORMENTINI, *Liquidazione delle società degli enti locali: la responsabilità «potenziata» di soci e amministratori*, cit.

[71] Corte dei conti, (Lazio), sez. reg. contr., n. 1/2019 PAR.


ISSN 2036-7821

In realtà, non sono infrequenti le ipotesi in cui gli enti pubblici reiterano nella concessione di attività alle società partecipate senza aver preventivamente valutato la convenienza economica dell'operazione e, per l'effetto, i correlati profili di responsabilità[72].

*7. I soggetti responsabili.*

La conseguenza evidente correlata a tale ipotesi, infatti, è che i liquidatori delle partecipate saranno per l'effetto responsabili, al pari degli amministratori[73], per il compimento di nuove operazioni, anche attraverso il ricorso a denaro pubblico, foriere di danno nei confronti degli eventuali altri soci privati, oltre che dei creditori della partecipata.

Ricordiamo che permane la responsabilità dei liquidatori, anche dopo la cancellazione dell'ente, nei confronti dei creditori insoddisfatti, qualora una loro condotta colposa abbia cagionato un pregiudizio patrimoniale ai creditori[74] chiamati,

---

[72] C. VERMIGLIO - L.DICORATO, *Procedure di liquidazione delle società a partecipazione pubblica, procrastinazione e responsabilità*, cit.

[73] «L'art. 2489 c.c., che rinvia alle norme in tema di responsabilità degli amministratori e, quindi, anche all'art. 2932 c.c., fissa un principio di ordine generale, per il quale l'amministratore deve vigilare sulla gestione ed impedire il compimento di atti pregiudizievoli, oltre che attenuarne le conseguenze dannose. Di talché, sussiste anche per i liquidatori una posizione di garanzia del bene giuridico penalmente tutelato, con conseguente ineludibile responsabilità, ex art. 40 cpv. c.p., ove i detti obblighi siano disattesi. In particolare, anche il liquidatore riveste una posizione di garanzia del bene giuridico penalmente tutelato (l'impresa, i soci, i creditori e i terzi) e al medesimo (al pari dell'amministratore) si applica pure l'art. 2487 bis, comma 3, c.c., attinente alle scritture contabili. Amministratori e liquidatori hanno, dunque, l'obbligo di ricevere in consegna i libri sociali». Così, App. Ancona, 20 ottobre 2020, n.1246 in *dejure.it*; Osserva Trib. Bologna, 29 aprile 2021, n.1139, in *dejure.it* come «la responsabilità degli amministratori, liquidatori o soci nei confronti della società per aver autorizzato o deciso il compimento di un atto dannoso per la compagine sociale ha natura contrattuale; come tale, incombe su chi invochi tale responsabilità l'onere di provare la condotta asseritamente illecita ed il danno eziologicamente ad essa collegato, gravando, invece, sul convenuto un onere di dimostrare il proprio esatto adempimento ovvero la non imputabilità dell'evento dannoso alla sua condotta».

[74] Va evidenziato che, secondo i recenti interventi della giurisprudenza, nel soddisfacimento dei creditori debba essere osservato il principio della *par condicio creditorum*; così Cass., 15 gennaio 2020, n.521, in *GiustiziaCivile.com* 17 giugno 2020 ove si afferma che «in tema di responsabilità del liquidatore nei confronti dei creditori sociali rimasti insoddisfatti dopo la cancellazione della società exart. 2495, comma 2, c.c., il conseguimento, nel bilancio finale di liquidazione, di un azzeramento della massa attiva non in grado di soddisfare un credito non appostato nel bilancio finale di liquidazione, ma, comunque, provato, quanto alla sua sussistenza, già nella fase di liquidazione, è fonte di responsabilità illimitata del liquidatore verso il creditore pretermesso, qualora sia allegato e dimostrato che la gestione operata dal liquidatore evidenzi l'esecuzione di pagamenti in spregio del principio della "par condicio creditorum", applicato nel rispetto delle cause legittime di prelazione ex art. 2741, comma 2, c.c. Pertanto, ove il patrimonio si sia rivelato insufficiente per soddisfare alcuni creditori sociali, il liquidatore, per liberarsi dalla responsabilità su di lui gravante in riferimento al dovere di svolgere un'ordinata gestione liquidatoria, ha l'onere di allegare e dimostrare che l'intervenuto azzeramento della massa attiva tramite il soddisfacimento dei debiti sociali non è riferibile a una condotta assunta in danno del diritto del singolo creditore di ricevere uguale trattamento rispetto ad altri creditori, salve le cause legittime di prelazione»; Conforme Cass., 14 settembre 2020, n.19008, in *dejure.it* ove si afferma che «la responsabilità verso i creditori sociali, prevista dall'art. 2495 c.c. ha natura aquiliana, gravando sul creditore rimasto insoddisfatto di dedurre ed allegare che la fase di pagamento dei debiti sociali non si è svolta nel rispetto del principio della "*par condicio creditorum*". Il


ISSN 2036-7821

quindi, a provare che il depauperamento del patrimonio sociale sia imputabile ad una *mala gestio*[75].

Tale conclusione ipotizza una prosecuzione dell'attività in perdita in assenza di una espressa indicazione assembleare volta ad autorizzare l'operazione, lasciando ampio margine di discrezionalità ai liquidatori che hanno consentito una prosecuzione dell'attività sebbene non vi fossero i presupposti.

Se, al contrario, il socio pubblico ha fornito precise indicazioni in tal senso, il liquidatore, che è tenuto ad osservare una condotta diligente, si dovrebbe astenere dal compimento dell'operazione in quanto la responsabilità andrebbe a ricadere solo nei suoi confronti.

Discorso differente, invece, potrebbe essere posto nell'ipotesi in cui la società pubblica sia inserita all'interno del gruppo in quanto, se si riesce a dimostrare l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, potrebbe attivarsi la responsabilità prevista dall'art. 2497 c.c. nei confronti della capogruppo che ha deciso il compimento dell'operazione dannosa posta in essere dalla società pubblica eterodiretta in liquidazione.

Come rilevato, la compatibilità dell'ente pubblico con l'esercizio di un'attività da eterodirezione può essere agevolmente evinta dal dato letterale dell'art. 2497 c.c. che considera come destinatari dell'azioni di responsabilità sia le società che gli enti[76].

---

medesimo creditore, qualora faccia valere la responsabilità "illimitata" del liquidatore, affermando di essere stato pretermesso nella detta fase a vantaggio di altri creditori, deve dedurre il mancato soddisfacimento di un diritto di credito, provato come esistente, liquido ed esigibile al tempo dell'apertura della fase di liquidazione, e il conseguente danno determinato dall'inadempimento del liquidatore alle sue obbligazioni, astrattamente idoneo a provocarne la lesione, con riferimento alla natura del credito e al suo grado di priorità rispetto ad altri andati soddisfatti».

[75] In tal senso ricordiamo la posizione di Trib. Firenze, 2 luglio 2020, n.1555 in *dejure.it* che «per quanto l'obiettivo di conservare posti di lavoro sia da considerare con favore, sul piano del diritto esso dev'essere perseguito con il capitale proprio, non con quello altrui; pertanto, se una società ha perduto il suo capitale e non è subito ricapitalizzata, deve cessare ogni attività tipica ed essere messa in liquidazione (art. 2484 c.c. ) perché la sua prosecuzione sarebbe compiuta trasferendo sui creditori il rischio di insuccesso dell'impresa – salva l'ipotesi di esercizio provvisorio autorizzato dall'assemblea, che dev'essere però finalizzato a preservare il valore dell'azienda da dismettere, non a operare sul mercato persistendo nell'alea imprenditoriale. Se poi i soci decidono di riprendere la produzione, non hanno altro da fare che ricapitalizzare la società, revocare lo stato di liquidazione e nominare nuovi amministratori; ma i liquidatori, finché restano in carica, possono – e devono – compiere tutti e solo gli atti utili alla liquidazione della società (art. 2489 c.c.). Per quanto l'obiettivo di conservare posti di lavoro sia da considerare con favore, sul piano del diritto esso dev'essere perseguito con il capitale proprio, non con quello altrui; pertanto, se una società ha perduto il suo capitale e non è subito ricapitalizzata, deve cessare ogni attività tipica ed essere messa in liquidazione (art. 2484 c.c. perché la sua prosecuzione sarebbe compiuta trasferendo sui creditori il rischio di insuccesso dell'impresa – salva l'ipotesi di esercizio provvisorio autorizzato dall'assemblea, che dev'essere però finalizzato a preservare il valore dell'azienda da dismettere, non a operare sul mercato persistendo nell'alea imprenditoriale. Se poi i soci decidono di riprendere la produzione, non hanno altro da fare che ricapitalizzare la società, revocare lo stato di liquidazione e nominare nuovi amministratori; ma i liquidatori, finché restano in carica, possono – e devono – compiere tutti e solo gli atti utili alla liquidazione della società (art. 2489). Dunque, aver compiuto attività di impresa dopo la messa in liquidazione si configura come illecito e, come tale, comporta l'obbligo di risarcire ogni danno che ne sia derivato».


ISSN 2036-7821

E così, se la stessa capogruppo ha autorizzato il compimento di nuove operazioni, anche attraverso il c.d. "soccorso finanziario", sarà possibile affermare un abuso per violazione dei *principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*. Se infatti tale attività non comporta alcun beneficio nei confronti della controllata, andando unicamente ad aggravare il dissesto, la stessa non potrà più agire nel suo interesse[77], con un conseguente pregiudizio anche nei confronti di soci e creditori.
Possiamo ipotizzare, ad esempio, che un ente pubblico *holding* costringa a proseguire l'attività di una partecipata in liquidazione, attraverso la continua erogazione di denaro pubblico, al solo fine di trarne un beneficio personale o di altre società del gruppo stesso.

---

[76] L. MARICONDA, *Gli enti pubblici e l'art. 2497, comma 1: un problema (ancora) irrisolto*, in *Giur. comm.*, 2022, 1, 56; sul tema F. FIMMANÒ, *L'abuso di etrodirezione della società pubblica*, in *Le società pubbliche*, cit. 33. Cfr. Trib. Roma, 8 gennaio 2021, n.57400, in *Riv. dott. comm.*, 2021 3, 432 ed in *Società*, 2021, 7, 826 con nota di E. CODAZZI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento dell'ente pubblico holding*. Si afferma nel provvedimento che «l'art. 2497 c.c. può trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui il potere di eterodirezione competa ed un soggetto pubblico (e, quindi, anche ad un ente locale), purché diverso dallo Stato. Con l'art. 19, VI co., del D.L. n. 78/2009 convertito nella Legge n. 102/2009 — è stato previsto testualmente quanto segue: "l'articolo 2497, primo comma, del codice civile si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria". La responsabilità ex art. 2497, I co., c.c. presuppone che il pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione dei soci (di minoranza) della società eterodiretta, e/o la lesione dell'integrità del patrimonio sociale, con susseguente insufficienza dello stesso al soddisfacimento dei creditori sociali, siano portato e conseguenza di attività e scelte poste in essere in esecuzione di direttive ascrivibili alla cd. holding ed integranti esercizio abusivo ed illegittimo dell'attività di direzione e coordinamento, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale della società eterodiretta. Segnatamente, la società controllante o titolare di una posizione che le consenta l'esercizio di attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre società potrà essere chiamata a rispondere degli atti posti in essere dagli amministratori di queste ultime, a condizione che risulti che detti atti gestori, oltre ad essere orientati al perseguimento dell'interesse imprenditoriale della *holding*, in violazione dei principi di corretta gestione della società eterodiretta, siano, altresì, riguardabili, in concreto, come momenti di attuazione di direttive ed istruzioni impartite dalla medesima holding, sì da essere alla stessa addebitabili. In sintesi, dunque, la fattispecie di responsabilità ex art. 2497 c.c. presuppone la prova, a carico della parte che la invoca, della esistenza "cumulativa" non solo a) della titolarità, in capo ad una società o ad un ente, di un potere di direzione e di coordinamento nei confronti di altra società, ma anche degli ulteriori elementi quali b) la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della eterodiretta; c) l'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui; d) il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione e/o la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società; d) lo stretto nesso di causalità tra la condotta di eterogestione abusiva ed il pregiudizio prospettato. In particolare, ai fini del riconoscimento della responsabilità civile, non è sufficiente che una qualche condotta della parte "dirigente/coordinante", posta in essere sulla base della relazione con la "eterodiretta/coordinata" ed in attuazione del potere di direzione in questione, sia stata finalizzata al perseguimento di un interesse della prima (ovvero di terzi): una siffatta condotta, infatti, non sarebbe in sé antigiuridica. Al contrario, affinché una tale condotta si colori di antigiuridicità è necessario che il perseguimento dell'interesse proprio o altrui della società in posizione apicale sia incompatibile con gli interessi della "eterodiretta/coordinata", sì da risultare (di conseguenza) da un lato contrario al dovere della prima di gestire con correttezza il proprio potere sulla seconda ("mala gestio" ex art. 2497 c.c.) e, dall'altro (e parimenti di conseguenza), causativo, a quest'ultima, come effetto immediato e diretto ex artt. 1223 e 2056 c.c., di un pregiudizio».

[77] F. FIMMANÒ, *Ente pubblico-holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, in *Società*, 2020, 358.


ISSN 2036-7821

*8. Profili di giurisdizione.*

Ulteriore risvolto applicativo è poi correlato alla competenza giurisdizionale. Come rilevato, non è stata prevista dal legislatore alcuna indicazione diretta a riconoscere la stessa in relazione alle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di nomina pubblica che, per l'effetto, devono essere assoggettati alle previsioni di cui agli art. 2932 c.c.., sebbene negli ultimi decenni la S.C. sia arrivata ad affermare la giurisdizione contabile in considerazione della natura pubblica del patrimonio leso e dei mezzi utilizzati[78].

In particolare, una deroga alla giurisdizione ordinaria è stata riconosciuta in quanto l'ente pubblico compie attività amministrativa non solo nell'esercizio di pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento "persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto od in parte dal diritto privato" [79]; tali criteri sono stati considerati applicabili dalla giurisprudenza contabile anche alle società gestori di servizi pubblici, partecipate totalmente o parzialmente da un ente pubblico[80].

Tale posizione, tuttavia, è stata poi superata dalle S.U.[81] che hanno escluso la responsabilità erariale degli amministratori di società pubbliche nel caso in cui l'azione risarcitoria sia esperita per reagire ad un danno sofferto dalla società[82].

---

[78] N. MICHIELI, *La responsabilità degli amministratori di società partecipate da un socio pubblico*, in *Giur. comm.*, 2018, 5, 892.

[79] Cass., S.U., 22 dicembre 2003, n.19667, in *Foro it.*, 2005, I, 2676. Rileva inoltre Cass., S.U., 25 novembre 2013, n.26283, in *Giur. comm.*, 2015, 2, II, 236 come «non potendosi configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società cd. in house che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità. Dal che discende che, in questo caso, il danno eventualmente inferto al patrimonio da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico: è quindi un danno erariale, che giustifica l'attribuzione alla Corte dei Conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità».

[80] C. CHIARENZA, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte dei conti*, 2019, 5, 11.

[81] Osservando non sarebbe «configurabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore (o componente di un organo di controllo) della società partecipata, il cui patrimonio sia stato leso dall'atto di mala gestio, ma neppure sussiste in tale ipotesi un danno qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio. La ben nota distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente: patrimonio che è e resta privato» (così, Cass., S.U., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Giust. civ.*, 2010, 11, I, 2497) . In tal senso anche Cass., S.U., 5 luglio 2011, n.14655 in *Giust. civ.*, 2012, 5, I, 1287 secondo cui «la controversia riguardante l'azione di responsabilità a carico degli amministratori (o dei terzi che hanno concorso con loro nel cagionare il danno) di una società per azioni a partecipazione pubblica anche se maggioritaria o, come nella specie, totalitaria (in capo a più enti), per il danno patrimoniale subito dalla compagine sociale a causa delle condotte illecite di tali soggetti è assoggettata alla giurisdizione del g.o. e non del giudice contabile atteso che, da un lato, l'autonoma personalità giuridica della società porta ad escludere l'esistenza di un rapporto di servizio tra amministratori, sindaci e dipendenti e p.a. e, dall'altro, il danno cagionato dalla "mala gestio" incide in


ISSN 2036-7821

Il contrasto giurisprudenziale sembra adesso risolto dal dettato dell'art. 12, co. 1, T.u.s.p. ove è sancito che «i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle societa' partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilita' previste dalla disciplina ordinaria delle societa' di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle societa' *in house* (…)» [83].

Da una prima lettura della novella non sarebbe però chiaro se debba essere considerato come danno erariale il danno arrecato alla società *in house*, e quindi anche al suo patrimonio o, al contrario, sia da valutare come tale solo il danno arrecato al patrimonio del socio pubblico da un non corretto operato degli amministratori. Il dettato dell'art. 12 T.u.s.p. non consentirebbe così di superare la sostanziale incertezza interpretativa, con il conseguente timore di un reiterato contrasto tra le giurisdizioni; in particolare, si è osservato, il legislatore avrebbe potuto recepire alcune soluzioni ormai radicate in giurisprudenza come il principo secondo cui il danno all'erario deve essere considerato quale danno arrecato direttamente all'ente pubblico, con la conseguente competenza del giudice contabile qualora i principi esclusivamente privatistici non si adattino completamente alle caratteristiche delle partecipate[84].

---

via diretta solo sul patrimonio della società, che resta privato e separato da quello dei soci», così Trib. Roma, 12 giugno 2015, in *giurisprudenzadelleimprese.it* rileva che «in tema di azioni di responsabilità nei confronti di amministratori o organi di controllo di società a partecipazione pubblica l'ordinamento individua una giurisdizione ordinaria, avente per oggetto l'accertamento e il risarcimento del danno subito dal patrimonio della società, salve specifiche eccezioni previste dalla legge, e una giurisdizione contabile, avente per oggetto l'accertamento e il risarcimento del danno erariale, consistente nel pregiudizio direttamente subito dallo Stato o dalla pubblica amministrazione in conseguenza dell'illegittimo comportamento di soggetti, ad essi legati da un rapporto che, ancorché non configurabile come un rapporto di servizio diretto, è idoneo a dar luogo ad una informale investitura di un munus pubblico, in considerazione del perseguimento di finalità pubbliche, con impiego di pubbliche risorse, ad esso sottostanti. I predetti sistemi di giurisdizione sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali anche quando investono un medesimo fatto materiale; uno stesso fatto, pertanto, può dare luogo a distinte pretese risarcitorie: da parte della società, da farsi valere avanti al giudice ordinario, e da parte dell'amministrazione danneggiata, da farsi valere avanti alla Corte dei conti, fermo restando che se dallo stesso fatto deriva solo un danno per la società, dovrà essere esclusa la giurisdizione della Corte dei conti, mentre se ne deriva solo un danno erariale dovrà essere esclusa la giurisdizione del giudice ordinario».

[82] A. SAU, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica: recenti orientamenti*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, 2, 116.

[83] Precisa inoltre il detatto normativo che «è devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione».

[84] N. MICHIELI, *La responsabilità degli amministratori di società partecipate da un socio pubblico*, cit., 918.


ISSN 2036-7821

Un aiuto in tal tenso è stato offerto dalla recente posizione delle S.U.[85] ove si afferma l'assoggettamento alle disposizioni codicistiche anche per gli amministratori di società *in house*[86]. L'interpretazione porta così ad affermare che accanto alla specifica disciplina penalistica, vi sarebbero due ipotesi di responsabilità nei confronti degli amministratori (e riteniamo per l'effetto, dei liquidatori) "concorrenti", una di natura civilistica[87] ed una contabile nei confronti dell'ente pubblico partecipante che può essere esercitata dal singolo socio, secondo la previsione di cui all'art. 2395 c.c., così come in qualsiasi società di diritto comune, e in forza del dettato di cui all'art. 2393 c.c. per le società *in house*. Resta in ogni caso ferma la responsabilità dell'ente pubblico che esercita eterodirezione in caso di un abuso da eterodirezione delle controllate (in liquidazione). Tale responsabilità è stata affidata al diritto comune nel Testo Unico e rappresenta l'ipotesi di azione più frequente in caso di insolvenza[88].
Come affermato, la giurisdizione contabile non deriva così dalla circostanza che siano coinvolti interessi pubblici o un danno pubblico genericamente inteso, ma sarà attribuita in via normativa[89].

---

[85] Cass., S.U., 3 settembre 2018, n. 22406, in *Ilsocietario.it*, 14 dicembre 2018 affermando che «in tema di società *in house*, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per le azioni civili in caso di responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate; si configura, invece, la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato da amministratori e dipendenti delle società in house. A ribadire la regola di riparto di giurisdizione sono le Sezioni unite, che ricordano come a decidere sia il giudice ordinario, salvo l'ipotesi di concorso con la giurisdizione contabile, tutte le volte in cui emerge un danno erariale». Il provvedimento è pubblicato anche in *Società*, 2019, 70 ss. con nota di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono a una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei Conti sulle azioni di responsabilità e* in *Giorn. dir. amm*., 2019, 2, 217 con nota di di V. BONTEMPI, *La giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica.*

[86] C. PECORARO, *La responsabilità degli organi sociali*, in *Società di diritto speciale*, cit., 344.

[87] «Nelle società a partecipazione pubblica, il pregiudizio patrimoniale arrecato dalla "mala gestio" dei sui organi sociali di norma non integra un danno erariale, risolvendosi in un "vulnus" gravante in via diretta sul patrimonio della società, soggetta alle regole di diritto privato; di conseguenza, per la relativa azione di responsabilità sussiste la giurisdizione del giudice ordinario», così, Cass., S.U., 15 maggio 2017, n.11983, in *Ilsocietario.it*, 8 giugno.

[88] F. Fimmanò, Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali e di chiunque abbia preso parte al fatto lesivo nelle società pubbliche, in ilcaso.it, 11 luglio 2019. Rileva Cass., S.U., 5 dicembre 2019, n.31755, in dejure.it che «spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti. Sussiste, invece, la giurisdizione di quest'ultima quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche e implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio». Cfr. C. Pecoraro, La responsabilità degli organi sociali, cit., 350.

89 F. Fimmanò, Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità, cit., 81.


ISSN 2036-7821

In linea con tale posizione si pone anche un recente arresto della S.C.[90] che arriva ad escludere la configurabilità di un danno erariale nel caso di una non corretta gestione degli organi sociali (in quanto la lesione si andrebbe a produrre solo nella sfera societaria) mentre si andrebbe a concretizzare nel caso di un pregiudizio in capo al socio pubblico[91].

*9. Osservazioni conclusive.*

Resta da verificare, in conclusione, la compatibilità del sistema descritto con le società pubbliche il cui procedimento liquidatorio sia correlato e conseguente ad una esigenza di razionalizzazione; ci si chiede così se anche per tali enti possa essere concessa ai liquidatori la possibilità di compiere operazioni, quali quelle di soccorso finanziario, che esulino rispetto al mero procedimeno liquidatorio. In realtà, da quanto descritto, sembra che la peculiarità della disciplina richieda un maggior livello di cautela da parte dell'organo che, sebbene in assenza di un espresso divieto, potrebbe portare ad una completa paralisi di tali attività.

Va considerato, infatti, che, in caso di razionalizzazione la finalità del legislatore è quella di condurre l'ente alla sua definitiva estinzione, trattandosi di enti la cui permanenza nel sistema non è sorretta da alcuna esigenza funzionale rispetto alle altre ipotesi di società pubbliche.

Occorre tenere presente l'indicazione fornita dall'art. 4 T.u.s.p. ove è previsto uno specifico "vincolo di scopo": non possono essere costituite società o mantenute partecipazioni se hanno oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali[92]. L'ente attraverso il veicolo societario deve andare a perseguire proprie "finalità istituzionali"[93], dovendosi fare riferimento alla necessità di perseguire un interesse pubblico, da cui discende la possibilità di assumere o conservare partecipazioni pubbliche[94].

Accanto a tale esigenza va poi ricordato che sussiste anche un "vincolo di attività"[95], in quanto le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente

[90] Cass., S.U., 15 maggio 2017, n.11983, in *ilsocietario.it*, 8 giugno 2017 ove si afferma che «nelle società a partecipazione pubblica, il pregiudizio patrimoniale arrecato dalla "mala gestio" dei sui organi sociali di norma non integra un danno erariale, risolvendosi in un "vulnus" gravante in via diretta sul patrimonio della società, soggetta alle regole di diritto privato; di conseguenza, per la relativa azione di responsabilità sussiste la giurisdizione del giudice ordinario».

[91] G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, in *Giur. comm.*, 2018, 2, 211.

[92] Cfr. *infra*, nota 7.

[93] R. GUARINO, *La «causa pubblica» alla luce del testo unico n. 175 del 2016*, in *Le società pubbliche*, cit., 354.

[94] C. PECORARO, *Assunzione e mantenimento della partecipazione pubblica in società, in Società di diritto speciale*, cit., 218.

[95] C. PECORARO, *Assunzione e mantenimento della partecipazione pubblica in società*, cit., 223.


ISSN 2036-7821

per lo svolgimento di un determinato oggetto sociale[96]; c'è quindi una correlazione tra tali attività ed il vincolo di scopo in quanto la determinazione dell'oggetto è preordinata rispetto alle finalità che giustificano la partecipazione pubblica[97].
La ratio del T.u.s.p. è quindi quella di ridurre all'essenziale le partecipazioni pubbliche anche in considerazione del parere del Consiglio di Stato[98] secondo cui la presenza diffusa di società partecipate, in particolare a livello locale, è sintomo di una cattiva regolazione che favorisce la costituzione o la prosecuzione di partecipazioni da parte di soci pubblici[99].
Di ciò ne è testimone proprio il dettato di cui all'art. 20, comma 2, T.u.s.p. ove è previsto l'obbligo di razionalizzazione nel caso in cui le amministrazioni pubbliche rilevino partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all'articolo 4, società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti, partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro, partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti, necessità di contenimento dei costi di funzionamento ed indine necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'articolo 4.
L'intenzione di ridurre le società pubbliche va intesa favorevolmente se si considerano i risvolti negativi che l'abuso di tale fattispecie ha prodotto sui bilanci degli enti pubblici; è necessaro garantire, infatti, un corretto equilibrio tra i vari interessi coinvolti[100].

---

[96] Prevede l'art. 4, comma 2, T.u.s.p. che «nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate: a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016; c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016».

[97] C. PECORARO, *Assunzione e mantenimento della partecipazione pubblica in società*, cit., 224.

[98] Cons. St., comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968, in *giustizia.amministrativa.it.*

[99] A. PALAZZOLO, *Società pubbliche: interesse generale, stretta necessità e discrezionalità nella dismissione delle partecipazioni di enti pubblici*, cit., 278.

[100] R. GUARINO, *La «causa pubblica» alla luce del testo unico n. 175 del 2016*, cit., 362 s.


ISSN 2036-7821

Ed allora, in quest'ottica, sembra essere ancora più ristretto l'ambito applicativo delle regole a carattere residuale individuate per le società pubbliche: se una società è soggetta a razionalizzazione riteniamo possano essere concessi solo in via del tutto residuale e in caso di effettiva necessità ipotesi di trasferimenti in favore della partecipata, destinata, nei tempi più rapidi possibili, ad essere cancellata dal registro delle imprese.

Sulla base di tali considerazioni riteniamo si pervenga alla logica conclusione per cui i limiti ai poteri dei liquidatori, in tal caso, sono ancor più stringenti; l'organo, oltre a dover rispettare i divieti generali, deve osservare particolare cautela nel compimento di nuove operazione, dovendo quindi sottostare ad un regime ancor più rigido con conseguenti profili di responsabilità ancor più elevati.

Anche in tal caso, tuttavia, nonostante la rigidità del sistema, sembra non sussistano strumenti di tutela differenti rispetto a quelli risarcitori, lasciando così aperto il varco alla possibilità che società pubbliche che dovrebbero essere eliminate dal mercato possano, al contrario, essere lasciate ancora in vita con conseguenti effetti negativi sull'intera collettività.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# L'incidenza delle norme antiriciclaggio sull'economia

## di Carmine Ruggiero

(Professore Straordinario di Diritto dell'Economia presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Telematico Pegaso)

## Sommario

1. Premessa e piano dell'indagine. – 2. La normativa antiriciclaggio a livello internazionale, europeo e interno: lo stato dell'arte. 3. Le nuove frontiere dell'antiriciclaggio nell'era della blockchain e delle criptovalute. – 4. L'impatto della situazione di emergenza sanitaria sull'economia e sul sistema antiriciclaggio. – 5. Reati sommersi: dal finanziamento del terrorismo ai reati contro la fauna selvaggia – 6. Rilievi critici e obiettivi strategici futuri.

## Abstract

Technological evolution, pandemic situation and the emergence of new predicate crimes: these are the new challenges that the anti-money laundering discipline is currently called to face, with inevitable repercussions on the functioning of the entire global economic system.

As is well known, the analysis and regulation of the economic-financial phenomenon of money laundering of illicit origin (in English: money laundering; in French: blanchiment), which has been under the attention of the international community for years, starts from the consolidated assumption that in the most of the cases the criminal activity is aimed at the pursuit of an illicit financial profit, which needs to be reintegrated into the legal economy circuit without leaving any trace of the crime committed.

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


ISSN 2036-7821

*1. Premessa e piano dell'indagine.*

Evoluzione tecnologica, situazione pandemica ed emersione di nuovi reati presupposto: sono queste le nuove sfide che la disciplina antiriciclaggio è chiamata attualmente a fronteggiare, con delle inevitabili ripercussioni sul funzionamento dell'intero sistema economico mondiale.

Come noto, l'analisi e la disciplina del fenomeno economico-finanziario del riciclaggio di denaro di illecita provenienza (in inglese: *money laundering*; in francese: *blanchiment*), da anni all'attenzione della comunità internazionale, muove dal consolidato assunto secondo cui nella maggior parte dei casi l'attività criminosa è finalizzata al perseguimento di un profitto patrimoniale illecito, che necessita di essere reinserito nel circuito dell'economia legale senza lasciare traccia alcuna del crimine commesso.

Al fine di combattere – o, quantomeno, circoscrivere – il fenomeno descritto[1], il legislatore nazionale, anche su impulso della normativa europea e degli standard adottati a livello internazionale, ha affiancato - ai tipici strumenti di repressione penale delle condotte *lato sensu* di riciclaggio - l'adozione di misure positive volte a prevenire la commissione di illeciti e, in via più generale, ad intercettare le reti criminali che si dedicano al riciclaggio con lo scopo di reperire le risorse economiche necessarie ad autofinanziarsi.

La legislazione in parola è finalizzata, *in primis*, a garantire la massima trasparenza e tracciabilità dei flussi finanziari, tramite la predisposizione di una pluralità di congegni preventivi, quali l'individuazione di autorità pubbliche di regolamentazione e controllo nonché la previsione di obblighi e sanzioni a carico di intermediari bancari e finanziari, professionisti e operatori qualificati, nell'ottica di garantire l'adeguata verifica della clientela e la segnalazione delle operazioni c.d. "sospette".

Tali presidi di protezione sono stati, nel tempo, oggetto di progressivo perfezionamento al fine di tenere conto dei profondi mutamenti intervenuti nel tessuto economico-sociale, dell'evolversi delle modalità di azione della criminalità organizzata ed, in particolare modo, dell'incessante progresso tecnologico, che ha consentito - nel contesto di un'economia sempre più globalizzata - trasferimenti di denaro anche istantanei fra aree geografiche distanti.

Il sistema antiriciclaggio ha dovuto, altresì, fare i conti con l'impatto dirompente della pandemia da COVID-19, più di recente esasperato dallo scoppio del conflitto fra Russia e Ucraina alle porte dell'Europa.

[1] La portata del riciclaggio su scala globale ha raggiunto livelli senza precedenti. In particolare, secondo le stime dell'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (*United Nations Office on Drugs and Crime* - UNODC), ogni anno vengono riciclati tra gli 800 miliardi e i 2 trilioni di dollari, circa il 2-5% del PIL globale. In Italia, stando alle statistiche della Banca d'Italia, le attività di riciclaggio raggiungerebbero l'ammontare di 140 miliardi l'anno, ossia il 10% del PIL italiano, contro una media europea del 5%.


ISSN 2036-7821

La crisi sanitaria, infatti, si è presto tramutata in crisi economica e, a dispetto dei primi segnali di ripresa, in crisi energetica, carenza di materie prime ed inflazione galoppante, richiedendo l'attuazione di interventi mirati di prevenzione e contrasto dei nuovi rischi di riciclaggio, emersi in connessione con le misure straordinarie adottate a livello interno ed internazionale per far fronte all'emergenza.
Il contributo in oggetto intende pertanto esaminare, alla luce delle più recenti modifiche introdotte nella disciplina antiriciclaggio, i principali profili critici scaturiti dalle dinamiche evolutive appena richiamate, al fine di valutare - anche in un'ottica comparativa - l'adeguatezza o meno degli interventi normativi già messi in atto, ovvero individuare le ulteriori "zone franche" che necessitano di essere regolamentate al fine di limitare gli effetti distorsivi prodotti dal riciclaggio sull'intero sistema dell'economia legale.

*2. La normativa antiriciclaggio a livello internazionale, europeo e interno: lo stato dell'arte.*
Come accennato, la dimensione transnazionale e il forte impatto sistemico del riciclaggio sull'intera economia legale ha, da quasi mezzo secolo, indotto la comunità internazionale a sviluppare un complesso sistema general-preventivo e repressivo, che affonda le sue radici nella cooperazione internazionale e nell'adesione a *standard* internazionalmente riconosciuti, elaborati nel contesto del più rilevante organismo intergovernativo operante nel settore, vale a dire il Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (GAFI)[2].
Oltre all'elaborazione di specifiche raccomandazioni che i Paesi membri sono chiamati a recepire nei propri rispettivi ordinamenti giuridici[3], il GAFI svolge un'intensa attività di promozione e controllo dell'applicazione dei principi internazionali, al fine di rafforzare l'impegno degli Stati ad accrescere l'efficacia delle misure nazionali per la prevenzione ed il contrasto del riciclaggio di denaro di provenienza illecita.
Nello specifico, il GAFI conduce delle revisioni periodiche delle misure introdotte da ciascuno Stato per prevenire gli illeciti in campo finanziario (c.d. procedure di

[2] In risposta alla crescente preoccupazione destata dal fenomeno del riciclaggio di denaro, il GAFI (in inglese *Financial Action Task Force* – FATF) è stato istituito nel contesto del vertice G-7 tenutosi a Parigi nel 1989 e conta attualmente 39 membri in rappresentanza di Stati e organizzazioni regionali, fra cui figurano Stati Uniti, Russia, Cina, nonché la Commissione europea e la maggior parte degli Stati membri dell'UE. Fra le organizzazioni internazionali che hanno assunto lo *status* di osservatore presso il GAFI vi sono, inoltre, i più rilevanti organismi finanziari ed investigativi operanti a livello globale (*i.e.* Fondo monetario internazionale, Banca mondiale, Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa, Nazioni Unite, Banca centrale europea, Eurojust, Europol, Interpol e Gruppo Egmont).

[3] Si tratta degli "*International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*", riscritti interamente nel 2012 e aggiornati regolarmente, da ultimo nel marzo 2022. Le raccomandazioni GAFI ed i relativi aggiornamenti sono reperibili al link: https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf


ISSN 2036-7821

"*mutual evaluation*" e successivo "*follow-up*"), valutando lo stato di attuazione delle raccomandazioni ed individuando eventuali criticità da risolvere[4].

Si deve, altresì, al GAFI l'elaborazione del tipico schema trifasico del *money laundering*, comunemente accettato dalla dottrina a livello internazionale. Secondo tale ricostruzione, il riciclaggio si compone essenzialmente di tre stadi: *i)* il *placement*, cioè il "collocamento" del denaro contante di origine illecita attraverso depositi bancari oppure trasferimenti presso istituti di credito o intermediari finanziari[5]; *ii)* il *layering*, vale a dire la "stratificazione" volta ad eliminare ogni collegamento fra il denaro, i beni o le altre utilità acquisite ed i delitti commessi per generare i profitti illeciti, spesso realizzata attraverso una pluralità di operazioni finanziarie che si avvalgono di strumenti diversificati, quali bonifici, strumenti monetari, investimenti, al fine di ridurre la trasparenza delle transazioni (c.d. *main-wash phase*[6]); *iii)* la *integration*, cioè il reinserimento del denaro "pulito" nell'economia legale tramite operazioni finanziarie o imprenditoriali[7], come l'emissione di false fatture e il *loan-back*, che consiste in un prestito a se stessi da parte di società di comodo.

Particolarmente rilevante sul piano della cooperazione internazionale in materia risulta, altresì, la collaborazione ed il reciproco scambio di informazioni che si svolge nel contesto del "Gruppo Egmont", organismo costituito nel 1995 presso l'Egmont Palace di Bruxelles da un numero ristretto di Unità di informazione finanziaria (le c.d. *Financial Intelligence Unit* - "FIU"), aumentato nel tempo fino a raggiungere la quota di 164 FIU[8]. Nel 2016, nell'ambito del "Gruppo Egmont" è stato avviato il progetto *Egmont Centre of FIU Excellence and Leadership* ("ECOFEL"), il cui scopo primario è potenziare il ruolo delle FIU, fornendo a quest'ultime supporto, assistenza tecnica, formazione e aggiornamento specializzati.

In tale quadro internazionale, si inseriscono le direttive adottate a livello UE al fine di dare attuazione agli articoli 67 e 75 del Trattato sul funzionamento dell'Unione

---

[4] Nell'ottobre del 2015 il GAFI ha pubblicato il primo rapporto di *mutual evaluation* del sistema antiriciclaggio vigente in Italia (il rapporto è consultabile al *link* http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-Italy-2016.pdf). L'esito della valutazione riconosce che il sistema italiano è caratterizzato da un quadro giuridico e istituzionale solido, adeguato agli *standard* internazionali e all'avanguardia nel contesto europeo. È stato riscontrato, inoltre, un buon livello di coordinamento fra le autorità coinvolte, nonché un sufficiente grado di efficacia delle misure di monitoraggio e controllo. Nel 2019, il GAFI ha concluso con esito positivo la prima procedura di *follow-up* nei confronti dell'Italia, pubblicando un rapporto finale reperibile su http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/Follow-Up-Report-Italy-2019.pdf.

[5] Cfr., *inter alia*, P. Reuter, E. M. Truman, *Chasing dirty Money: the fight against money laundering*, Washington, 2004, 25; M. Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 1997, 10.

[6] Cfr., a proposito, B. Unger, *Implementing Money Laundering*, in D. Masciandaro, E. Takáts e B. Unger (a cura di), *Black Finance. The Economics of Money Laundering*, Cheltenham – Northampton, 2007, 105.

[7] Cfr., ad esempio, A. M. Dell'Osso, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, Torino, 2017, 40; B. Unger, *The scale and impact of money laundering*, Northampton, 2007, 4.

[8] La FIU italiana è membro del Gruppo Egmont dal 1996 (fino al 1° gennaio 2008 come Ufficio Italiano dei Cambi, successivamente come Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia - UIF).


ISSN 2036-7821

europea (TFUE), che costituiscono - rispettivamente - la base giuridica per la realizzazione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, fondato tra l'altro sulla cooperazione fra forze di polizia e autorità giudiziarie, e per l'adozione di specifiche misure concernenti i movimenti di capitali e i pagamenti, finalizzate alla prevenzione e al contrasto del fenomeno terroristico e delle attività connesse[9].

Le direttive che si sono susseguite nel tempo hanno generalmente fatto seguito, con efficacia vincolante per i Paesi membri, alle "Raccomandazioni" adottate dal GAFI con lo scopo di fissare standard di riferimento a livello globale.

In particolare, la prima direttiva antiriciclaggio (1991/308/CE) ha introdotto gli obblighi di identificazione, registrazione e segnalazione di operazioni sospette, ponendoli a carico dei soli enti creditizi e finanziari; dieci anni più tardi, la seconda direttiva (2001/97/CE) ha esteso l'ambito di applicazione della disciplina preventiva anche ai professionisti; da ultimo, la terza direttiva (2005/60/CE) ha applicato le metodologie e gli obblighi già sperimentati contro il riciclaggio del denaro di origine illecita anche al contrasto del terrorismo internazionale, affiancando alle misure "*anti-money laundering*" (AML) quelle consistenti nel "*countering the financing of terrorism*" (CFT). L'attuazione a livello nazionale di tale ultimo strumento ha portato, in Italia, all'adozione di un *corpus* normativo organico in materia di antiriciclaggio e lotta al finanziamento del terrorismo, confluito nel D. Lgs. 21 novembre 2007, n. 231[10].

A seguito dell'adozione delle nuove raccomandazioni GAFI nel 2012, a livello UE è stata varata la direttiva 2015/849/UE (la quarta direttiva antiriciclaggio), recepita nell'ordinamento italiano tramite il D. Lgs. 25 maggio 2017, n. 90, a sua volta modificativo del D. Lgs. n. 231/2007. Con siffatto intervento, sono state introdotte molteplici innovazioni in materia di controlli e procedure antiriciclaggio, nonché l'obbligo di inserire i crimini fiscali quali reati presupposto del riciclaggio.

Non solo. A partire dalla entrata in vigore della novella legislativa, gli obblighi di adeguata vigilanza e controllo devono essere graduati in funzione dello specifico livello di "rischio" rilevato. Perno del sistema precauzionale vigente diviene, pertanto, l'analisi nazionale del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo (*National Risk Assessment* - NRA), realizzata in Italia dal Comitato di Sicurezza Finanziaria (CSF), istituito presso il Dipartimento del Tesoro del Ministero

[9] Per una esaustiva disamina delle regole europee e della disciplina italiana antiriciclaggio vedi, ad esempio, F. Mazzini, *Contratti bancari e disciplina antiriciclaggio*, in E. Capobianco, *I contratti bancari*, Milano, 2021, 795.

[10] Per una approfondita analisi della riforma operata dal D. lgs. n. 231/2007 e per taluni profili comparativi cfr. C. Ruggiero, *La nuova disciplina dell'antiriciclaggio dopo il d.lg. 21 novembre 2007, n. 231*, Torino, 2008. In materia cfr. anche: L. Fiaccola, *Antiriciclaggio e professionisti*, Roma, 2007; E. Fisicaro, *Antiriciclaggio obblighi a carico dei professionisti, intermediari e operatori non finanziari*, Napoli, 2007; A. Misfud, A. Pagani e A. Tadini, *Antiriciclaggio*, Milano, 2007.


ISSN 2036-7821

dell'Economia e delle Finanze, cui è attribuito, altresì, il compito di elaborare adeguate strategie di intervento[11].

Per di più, a soli tre anni di distanza dalla direttiva 2015/849/UE, il quadro europeo di regolamentazione si è arricchito di un ulteriore tassello tramite l'adozione della direttiva 2018/843/UE (la quinta direttiva antiriciclaggio), a cui l'ordinamento interno ha dato attuazione con il D. Lgs. 4 ottobre 2019, n. 125[12]. Le nuove tendenze concernenti le moderne tecnologie, i sistemi finanziari alternativi nonché la minaccia terroristica, riacutizzatasi a livello internazionale dopo gli attacchi del 2015, hanno richiesto – infatti - l'adozione di nuove misure volte a garantire la maggiore trasparenza delle operazioni finanziarie e dei flussi di capitali connessi all'operatività di società, persone giuridiche e trust.

Più nel dettaglio, la quinta direttiva antiriciclaggio ha ulteriormente ampliato la platea dei soggetti destinatari degli obblighi di monitoraggio e controllo, introducendo - al contempo - strumenti innovativi per consentire l'identificazione della clientela anche "a distanza", tramite l'impiego di mezzi telematici ed informatici nonché specifiche disposizioni inerenti alle carte prepagate anonime. Di particolare interesse, come si avrà modo di approfondire meglio *infra*, è l'attenzione dedicata dalla normativa in parola al settore delle criptovalute, nell'ottica di fornire una prima risposta alle criticità manifestatesi nella prassi delle operazioni finanziarie condotte con tali strumenti virtuali. Non meno rilevante è la previsione di un rafforzamento del ruolo delle FIU, introdotta al fine di consolidare la collaborazione internazionale e lo scambio reciproco di informazioni.

Nel corso dello stesso anno è stata adottata la sesta direttiva in materia di riciclaggio, la 2018/1673/UE, allo scopo di integrare la quinta direttiva in ordine agli aspetti di diritto penale. Nello specifico, tale strumento mira alla criminalizzazione di tutte le forme di riciclaggio commesse intenzionalmente e con la consapevolezza che il provento derivi direttamente o indirettamente da attività penalmente illecite[13]. A tale fine, la disciplina europea delinea una cornice unitaria in merito alla definizione dei reati presupposto[14], delle condotte costituenti reato[15] e delle circostanze aggravanti,

[11] La prima analisi del livello nazionale di rischio è stata pubblicata dal CSF nel 2014 e successivamente aggiornata nel 2018. Tutti i dati sono disponibili sul sito istituzionale del MEF.

[12] Per uno studio sistematico della riforma nell'ambito della disciplina complessiva in materia di antiriciclaggio si rimanda a: M. Carbone, P. Bianchi, V. Vallefuoco, *Le nuove regole antiriciclaggio, Obblighi antiriciclaggio a carico di professionisti, intermediari bancari e finanziari e operatori non finanziari*, Milano, 2021.

[13] Cfr. Considerando n. 13.

[14] Fra le "attività criminose" che costituiscono il presupposto del riciclaggio rientrano in ogni caso: la partecipazione a un gruppo criminale organizzato, l'estorsione, il terrorismo, la tratta di esseri umani e il traffico di migranti, lo sfruttamento sessuale, il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, il traffico illecito di armi o di beni rubati, la corruzione, la frode, la contraffazione di moneta e altri prodotti, i reati ambientali, l'omicidio e le lesioni fisiche gravi, il sequestro di persona, la rapina e il furto, il contrabbando, i reati fiscali, l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato e, infine, i crimini informatici.


ISSN 2036-7821

nonché delle sanzioni applicabili a persone fisiche e giuridiche[16], consentendo agli Stati parte di adottare un quadro normativo maggiormente repressivo.
A livello nazionale, la norma cardine del sistema di prevenzione dell'attività di riciclaggio del denaro "sporco" è l'art. 35 del D. Lgs. n. 231/2007, il quale obbliga un vasto novero di soggetti - tra cui rientrano gli intermediari bancari e finanziari, i professionisti, i prestatori di servizi di gioco, le società di gestione accentrata di strumenti finanziari e di gestione dei mercati regolamentati di strumenti finanziari - a segnalare all'UIF le operazioni sospette, "quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo o che comunque i fondi, indipendentemente dalla loro entità, provengano da attività criminosa". A tale obbligo si aggiungono quelli di adeguata verifica della clientela, di cui agli artt. 17 e ss., e quello di conservazione dei documenti, dati e informazioni acquisiti, di cui agli artt. 31 e ss., tutti presidiati da un vasto spettro di sanzioni penali e amministrative, disciplinate al Titolo V del D. Lgs. n. 231/2007.
Sul versante della repressione penale, l'ordinamento italiano disciplina, ad oggi, quattro fattispecie criminose volte a perseguire le condotte di reimpiego di denaro di provenienza illecita e, nello specifico: l'art. 648 *bis* c.p., che incrimina il riciclaggio di denaro da parte di chi non ha concorso a commettere il reato presupposto, in modo da cancellare le tracce della provenienza illecita; l'art. 648 *ter* c.p., che punisce il reimpiego del denaro di illecita provenienza in investimenti remunerativi; l'art. 648 *ter*.1 c.p., che incrimina l'autoriciclaggio, vale a dire la condotta di riciclo da parte di chi ha commesso il reato sottostante[17]; l'art. 512 *bis* c.p., che incrimina l'intestazione fittizia di beni e denaro. La disciplina penale in vigore è stata da ultimo modificata dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 1951, che ha recepito e dato attuazione nel nostro ordinamento alla già richiamata direttiva 2018/1673/UE sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale[18].

*3. Le nuove frontiere dell'antiriciclaggio nell'era della blockchain e delle criptovalute.*

---

[15] Particolarmente rilevante sono il Considerando n. 11 e la disposizione di cui all'art. 3, par. 5, secondo cui la condotta di riciclaggio deve essere punita a livello interno anche se "posta in atto da persone che hanno commesso l'attività criminosa da cui provengono i beni o che vi hanno partecipato".

[16] A tale proposito, il Considerando n. 16 sottolinea l'importanza dell'applicazione delle misure del congelamento e della confisca dei beni strumentali e dei proventi di reato al fine di rimuovere "gli incentivi finanziari che sono il motore dei reati".

[17] Come noto, il reato in parola è stato introdotto nel nostro ordinamento solo di recente, per opera della l. 15 dicembre 2014, n. 186, entrata in vigore il 1° gennaio 2015.

[18] Per un approfondimento sulle novità di maggior rilievo e su alcuni profili critici della novella legislativa cfr. G. Pestelli, *Riflessioni critiche sulla riforma dei reati di ricettazione, riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio di cui al d.lgs. 8 novembre 2021, n. 195*, in *Sistema Penale*, 12/2021, 49 ss.


ISSN 2036-7821

Come anticipato, la quinta direttiva antiriciclaggio ha il merito di avere introdotto, apportando modifiche alla direttiva UE 2015/849, una prima - seppur embrionale - regolamentazione delle valute virtuali o criptomonete (in inglese *cryptocurrency*), al fine di porre rimedio alle più evidenti criticità emerse nel sistema delle transazioni basate su tecnologia *blockchain*[19].

In particolare, la quinta direttiva antiriciclaggio ha esteso l'ambito di applicazione degli obblighi antiriciclaggio anche agli operatori finanziari che offrono servizi di cambio tra valute virtuali e valute aventi corso legale (c.d. "*exchangers*"), nonché ai prestatori di servizi di portafoglio digitale (c.d. "*wallet providers*"), i quali - ponendosi nel punto di interazione fra i due mercati - rappresentano i soggetti maggiormente in grado di intercettare e segnalare le attività sospette.

Ciononostante, come rilevato da rinomata dottrina[20], ancora molte rimangono le "zone d'ombra" che caratterizzano la nuova finanza digitale, c.d. "*Fintech*". Sebbene si tratti di un fenomeno ancora in divenire e dai confini non definiti, in considerazione della sua elevata innovatività e della velocità con cui evolve a livello mondiale, il vivace dibattito in materia non ha mancato di mettere in luce tanto le potenzialità quanto le criticità connesse alla diffusione e all'utilizzo delle monete virtuali, dai più conosciuti *bitcoin* ai più recenti *ethereum*, *litecoin*, *titcoin*, *peercoin*, etc.[21].

---

[19] La prima definizione di *blockchain* viene elaborata nel 2008 come conseguenza dell'invenzione dei bitcoin, il cui scopo originario era quello di creare una valuta digitale, in seguito "criptomoneta", che permettesse di trasferire valori o che fungesse da riserva di valore in assenza di terze parti "fidate", ovvero di istituzioni sulle quali gli utenti fossero obbligati a riporre la propria fiducia, come le banche o i circuiti di pagamento. Tuttavia, la *blockchain* possiede un ambito di operatività più esteso rispetto all'universo dei *bitcoin* e delle nuove criptovalute. Più precisamente, le tecnologie *blockchain* sono incluse nella più ampia famiglia del c.d. *Distributed Ledger Tecnology* (DLT), consistente in sistemi digitali di nodi basati su un registro distribuito, che può essere letto e modificato in modo indipendente dai singoli nodi attraverso un insieme di algoritmi e regole crittografiche. In particolare, l'uso della crittografia consente di mantenere la sicurezza e l'immutabilità del registro, mentre gli algoritmi permettono di aggiornare il registro solo sulla base del consenso raggiunto fra i partecipanti sulle varie versioni del registro. Le soluzioni di *blockchain* aggiungono a tali caratteristiche la possibilità di effettuare trasferimenti di *asset* digitali, di cui viene tenuta traccia nel registro distribuito. Sulla base della tipologia di rete, si distingue tra sistemi: *i) permissioned*, nei quali, essendo l'accesso subordinato alla registrazione ed identificazione, il meccanismo di consenso è più semplice (quando un nodo propone l'aggiunta di una transazione, ne viene verificata la validità e si vota a maggioranza sull'opportunità di modificare il registro); *ii) permissionless*, in cui chiunque può accedere senza autorizzazione e i meccanismi di consenso sono più complessi per evitare che un soggetto malevolo possa creare identità fittizie e influenzare il processo di modifica del registro. Per un approfondimento sull'evoluzione del concetto di *blockchain* vedi: A. Contaldo, F. Campara, *Blockchain, criptovalute, smart contract, industria 4.0. Registri digitali, accordi giuridici e nuove tecnologie*, Pisa, 2019, 7; S. Comellini, M. Vasapollo, *Blockchain, criptovalute, I.C.O. e smart contract*, Santarcangelo di Romagna, 2019.

[20] E. Pederzini, *La tracciabilità dei movimenti finanziari tra anonimato e pseudonimato: FinTech, incorporazione del diritto nella tecnica e paradigma by design*, in *Rivista di diritto bancario*, gennaio - marzo 2022, 79 ss.; M. Cian, C. Sandei (a cura di), *Diritto del Fintech*, Padova, 2020; C. Schena, A. Tanda, C. Arlotta, G. Potenza, *Lo sviluppo del FinTech. Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, Consob, Quaderni FinTech, 1° marzo 2018.

[21] La dottrina in materia è già molto ampia. Cfr., *inter alia*, N. Mancini, *Valute virtuali e bitcoin*, in *An. Giur. Econ.*, 2015; S. Capaccioli, *Criptovalute e bitcoin*: *un'analisi giuridica*, Milano, 2015; M. Amato, L. Fantacci, *Per un pugno di*


ISSN 2036-7821

Al fine di comprendere le preoccupazioni connesse alla sempre maggiore diffusione dei *virtual assets*, è necessario analizzare brevemente le caratteristiche essenziali delle nuove monete virtuali.

A tal fine, in mancanza di una definizione univoca ed universalmente accettata, si deve - ancora una volta - alla quinta direttiva antiriciclaggio, così come attuata dalla disciplina nazionale, il merito di aver introdotto una determinazione sufficientemente esaustiva di "criptomoneta".

In particolare, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. qq), del D. lgs. n. 231/2007, per "valuta virtuale" deve intendersi "la rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente"[22].

Nello specifico, le piattaforme di scambio di criptovalute, sviluppate nel contesto del c.d. "*Internet of Value*", pur presentando delle configurazioni differenti, si

---

*Bitcoin*, Milano, 2016; N. Mancini, *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, in *Banca Imp. Soc.*, 2016, 127 ss.; A.M. Antonopoulos, *Mastering bitcoin: programming the open blockchain*, 2017; G. Lemme, S. Peluso, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. Trim. Econ.*, 2016 - Supplemento n. 1, 148 ss.; R. Bocchini, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 1 - febbraio 2017, 27 ss; G. J. Sicignano, *Bitcoin e riciclaggio*, Torino, 2019; M. Cian, *La criptovaluta – alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2019, 315 ss.; M.T. Chimienti, U. Kochanska, A. Pinna, *Understanding the crypto-asset phenomenon, its risks and measurement issues*, in *ECB Economic Bullettin*, Issue 5/2019; ECB *Crypto-Assets Task Force, Crypto-Assets: implications for financial stability, monetary policy, and payments market infrastructures*, in *Occasional Paper Series*, n. 223 del maggio 2019.

[22] Cfr. Considerando n. 10 della direttiva 2018/843/UE, che sottolinea la rilevanza di tenere conto di "tutti i possibili usi delle valute virtuali". Le stesse, infatti, vengono comunemente impiegate non solo come mezzo di pagamento ma anche come "mezzo di scambio, di investimento, come prodotti di riserva di valore o [possono] essere utilizzate in casinò online". Una definizione analoga è stata elaborata dalla *Securities and Exchange Commission* (SEC) degli Stati Uniti, secondo cui la criptovaluta costituisce una "rappresentazione digitale di valore che può essere scambiata digitalmente e funziona come mezzo di scambio, unità di conto o riserva di valore. (…) In determinati casi le valute saranno strumenti finanziari e non potranno essere vendute legalmente senza registrazione presso la SEC" (cfr. *Investor Bullettin: initial coin offerings*, 11.12.2017, disponibile al seguente link: https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-and-bulletins/ib_coinofferings). Del pari, la *Federal Financial Supervisory Authority* tedesca (BaFin) ha puntualizzato che, in base alla legislazione interna, "i bitcoin sono strumenti finanziari" (cfr. https://www.bafin.de/EN/Aufsicht/FinTech/VirtualCurrency/virtual_currency_node_en.html). Sulla base di tali definizioni, mentre in dottrina si registrano tentativi di inquadrare le criptovalute nell'ambito dei sistemi di pagamento (vedi, ad esempio, R. Bocchini, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, cit., 35), la giurisprudenza maggioritaria sembra propendere per la loro qualificazione quali prodotti finanziari nel caso in cui siano acquistate con finalità di investimento (vedi Tribunale di Verona, 24 gennaio 2017, n. 195, con commento di M. Passaretta, *Bitcoin: il leading case italiano*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 4/2017; più di recente, Cass. Pen., Sez. II, sent. del 17 settembre 2020, n. 26807; Cass. Pen., Sez. II, sent. del 10 novembre 2021, n. 44337, secondo cui "la valuta virtuale, quando assume la funzione, e cioè la causa concreta, di strumento d'investimento e, quindi, di prodotto finanziario, va disciplinato con le norme in tema di intermediazione finanziaria (art. 94 ss. T.U.F.), le quali garantiscono attraverso una disciplina unitaria di diritto speciale la tutela dell'investimento".


ISSN 2036-7821

caratterizzano per una serie di tratti comuni: *i)* digitalizzazione dei dati; *ii)* decentralizzazione nella registrazione delle informazioni, che vengono distribuite tra più nodi per garantire sicurezza informatica e resilienza dei sistemi; *iii)* tracciabilità dei trasferimenti; *iv)* trasparenza e verificabilità del registro; *v)* immutabilità del registro senza il consenso della rete; *vi)* programmabilità dei trasferimenti.

Proprio tali fattori - *rectius* la trasparenza e la tracciabilità delle transazioni finanziarie - rappresentano il fulcro della regolamentazione introdotta nella maggior parte dei Paesi per limitare e contrastare il fenomeno del riciclaggio e del finanziamento al terrorismo.

Difatti, la conoscibilità dei soggetti intervenuti nella negoziazione e l'identificazione degli effettivi destinatari dei fondi costituisce la principale arma nelle mani delle autorità competenti per intercettare i flussi di denaro e di valori di provenienza illecita: da questo punto di vista, pertanto, l'impiego della tecnologia *blockchain* disvela degli indubbi vantaggi.

L'utilizzo di un registro condiviso, modificabile solo sulla base del consenso dei partecipanti alla rete e presidiato da sofisticati sistemi di crittografia, garantisce un adeguato livello di "tracciabilità in senso oggettivo", posto che - una volta compiute - le registrazioni delle operazioni divengono incancellabili ed immodificabili.

D'altra parte, tuttavia, rispetto all'identificazione soggettiva delle parti coinvolte nelle transazioni, le criptovalute sono in grado di realizzare forme più o meno definitive di occultamento e anonimato[23].

Tale difficoltà nel garantire la "tracciabilità soggettiva" nelle operazioni in valute virtuali, invero, può facilitare lo scambio di fondi in forma completamente anonima ovvero l'utilizzo di tale strumento nel contesto dell'economia illegale[24].

A ciò si aggiunga che la mancanza di una compiuta regolamentazione, tanto a livello internazionale quanto interno, ancora oggi osteggiata dai promotori della c.d. "democratizzazione finanziaria"[25], lascia gli attuali fruitori in balia di possibili frodi nonché privi di congrue forme di tutela.

---

[23] Per quanto concerne l'ambito dei bitcoin, che rappresentano ancora oggi la tipologia più nota e diffusa di criptovaluta, la dottrina maggioritaria è solita far riferimento più precisamente al concetto di "pseudo-anonimato", posto che l'identità dell'utente, celata grazie all'utilizzo di un account personale, può essere superata grazie all'impiego di particolari software (vedi, a proposito, M. Möser, R. Böhme, D. Breuker, *An Inquiry into Money Laundering Tools in the Bitcoin Ecosystem* in *Ecrime Researchers Summit*, 2013, 1 ss.; E. Imwinkelried, J. Luu, *The Challenge of Bitcoin Pseudo-Anonimity to Computer Forensics*, in *Criminal Law Bulletin*, 2016). Altre tipologie di valute virtuali possono garantire, invece, un grado quasi assoluto di anonimato grazie all'utilizzo di differenti algoritmi di funzionamento. Così, ad esempio, *Monero* consente agli utenti di occultare tanto le transazioni effettuate quanto i destinatari e i relativi importi (cfr. L. D'Agostino, *Operazioni di emissione, cambio e trasferimento di criptovaluta: considerazioni sui profili di esercizio (abusivo) di attività finanziaria a seguito dell'emanazione del D. Lgs. 90/2017*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, 12 ss.).

[24] Cfr. S. Capaccioli, *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, cit., 254.

[25] Cfr., sul punto, L. Sturzo, *Bitcoin e Riciclaggio 2.0*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5/2018, 20, secondo cui la diffusione dei *bitcoin* e delle altre criptovalute rappresenta la pietra miliare di quel processo che "mira alla


ISSN 2036-7821

In tale contesto, Governi ed organismi di vigilanza finanziaria hanno mostrato - da tempo - preoccupazioni in merito all'aumento dei rischi per gli utenti e per la stabilità dell'intero sistema economico-finanziario. La UIF per l'Italia è stata fra le prime FIU al mondo ad aver sottolineato l'urgenza di un'analisi più approfondita del fenomeno delle valute virtuali e ciò sulla base delle prime segnalazioni di operazioni sospette ricevute, aventi per di più carattere transnazionale[26]. Tale monito è stato confermato anche dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, che ha evidenziato i rischi legati ai possibili utilizzi illeciti, a livello interno e soprattutto internazionale, di tali strumenti[27].

Ed ancora, i Ministri delle Finanze e i Direttori delle Banche centrali dei Paesi del G20, all'esito del vertice tenutosi a Fukuoka in Giappone l'8 e il 9 giugno 2019, hanno sollecitato la *Financial Stability Board* (FSB) e le altre istituzioni internazionali a monitorare i rischi connessi al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo tramite strumenti virtuali, enfatizzando la necessità di fornire tempestive risposte multilaterali[28].

Dal canto suo, l'Autorità bancaria europea (EBA) ha individuato, fra i più rilevanti rischi legati all'integrità del sistema economico, quelli connessi al deposito e al trasferimento di criptovalute in forma anonima, rapida e irrevocabile su scala mondiale, nonché quelli relativi all'occultamento della provenienza criminale dei fondi e al conseguente ostacolo al recupero, al sequestro e alla confisca dei proventi illeciti[29].

Per tali motivi, nel mese di ottobre 2018, il GAFI ha apportato una significativa modifica alle proprie Raccomandazioni tramite l'estensione del loro ambito di applicazione anche alle attività finanziare che coinvolgono *virtual asset*. Nello specifico, la Raccomandazione n. 15 sollecita i Paesi e le istituzioni finanziarie ad identificare ed analizzare, in via preventiva, i rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo connessi, *inter alia*, all'utilizzo di tecnologie innovative o in via di sviluppo[30]. Il GAFI richiede, altresì, che i prestatori di servizi relativi ai *virtual asset*

---

creazione di un'economia e di un mercato totalmente libero, la cui regolamentazione sia deputata esclusivamente ai singoli utenti partecipanti del sistema (…) in mancanza di un organismo *super partes* che ne controlli l'operato".

[26] UIF per l'Italia, *Rapporto Annuale 2013*, n. 6, maggio 2014, 34.

[27] *Relazione sulle attività svolte dal Procuratore nazionale e dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2018 – 31 dicembre 2019*, 24 novembre 2020, 498, reperibile su https://www.camera.it/temiap/2021/03/03/OCD177-4844.pdf.

[28] Cfr. Dichiarazione pubblicata sul sito del Ministero delle Finanze giapponese disponibile al *link*: https://www.mof.go.jp/english/policy/international_policy/convention/g20/communique.htm).

[29] Autorità bancaria europea, *EBA Opinion on 'virtual currencies'*, 4 luglio 2014, disponibile al *link*: https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b94-4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1

[30] Cfr. GAFI, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, cit., *Recommendation no. 15*, *New technologies*, 17.


ISSN 2036-7821

siano regolamentati ai fini AML/CFT, soggetti a licenza o registrazione, nonché sottoposti a sistemi efficaci di monitoraggio e vigilanza[31].

Nel giugno 2019, a tale riforma ha fatto seguito l'adozione di una nota interpretativa alla Raccomandazione n. 15, finalizzata a chiarire le modalità di applicazione dell'approccio basato sul rischio e sulla prevenzione alle operazioni aventi ad oggetto i *virtual asset* (c.d. *virtual asset service providers* - VASPs)[32].

In altre parole, nell'ottica di garantire la massima cooperazione ed armonizzazione a livello internazionale, il GAFI ha elaborato un quadro di riferimento, di cui possano avvalersi tanto le autorità nazionali nell'attività di regolamentazione e di vigilanza dei VASPs, quanto gli investitori privati nell'attuazione degli obblighi di adeguata verifica del cliente, conservazione dei dati e segnalazione di operazioni sospette in materia di antiriciclaggio.

Come anticipato, l'attuazione di tali *standard* internazionali a livello europeo ha condotto, con l'entrata in vigore della quinta direttiva antiriciclaggio, all'estensione degli obblighi di trasparenza anche ai prestatori di servizi la cui attività consista nel cambio tra valute virtuali e valute aventi corso legale, comprensive anche dei mezzi di pagamento di tipo elettronico, e ai prestatori di servizi di portafoglio digitale.

A tale riguardo, è appena il caso di segnalare che la disciplina nazionale in materia si è mostrata particolarmente all'avanguardia nel panorama europeo e mondiale, avendo introdotto già con il D. Lgs. n. 90/2017, attuativo della quarta direttiva antiriciclaggio, delle modifiche al D. Lgs. n. 231/2007 finalizzate ad includere i *virtual currency exchangers*[33] fra i destinatari degli obblighi di adeguata verifica della clientela, segnalazione delle operazioni c.d. "sospette" e conservazione delle informazioni raccolte (per l'estensione della disciplina antiriciclaggio anche agli *e-wallet providers* dovrà attendersi, invece, l'attuazione della quinta direttiva antiriciclaggio per opera del già richiamato D. Lgs. n. 125/2019[34]).

I decreti legislativi n. 90/2017 e n. 125/2019 hanno inciso anche sull'art. 17-*bis* del D. Lgs. n. 141/2010, il cui nuovo comma 8-*bis* prevede l'iscrizione dei cambiavalute virtuali e dei prestatori di servizi di portafoglio digitale in una sezione speciale del

---

[31] *Ibidem*.

[32] Ivi, pp. 76-77.

[33] In base all'art. 1, comma 2, lett. ff) del D. Lgs. n. 231/2007, per "prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale" deve intendersi "ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale o in rappresentazioni digitali di valore, ivi comprese quelle convertibili in altre valute virtuali nonché i servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute".

[34] Ai sensi dei nuovi articoli 1, comma 2, lett. ff-*bis*) e 3, comma 5, lett. i-*bis*) del D. Lgs. n. 231/2007, gli obblighi di adeguata verifica, registrazione e segnalazione incombono ora anche sui prestatori di servizi di portafoglio digitale, vale a dire su "ogni persona fisica o giuridica che fornisce, a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali".


ISSN 2036-7821

registro tenuto dall'Organismo degli Agenti e dei Mediatori (OAM), da istituirsi - ai sensi del successivo comma 8-*ter* - con apposito decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Nonostante il tempismo con cui il legislatore nazionale ha dato attuazione alle raccomandazioni del GAFI e alle direttive europee in materia, in parte persino anticipandole, il decreto in parola è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale solo di recente e, precisamente, in data 17 febbraio 2022[35].

In particolare, il decreto attuativo firmato dal Ministro dell'Economia prevede che la sezione speciale del registro dei cambiavalute debba essere resa operativa entro 90 giorni dalla sua entrata in vigore, *i.e.* il 18 maggio 2022[36]. Solo alla scadenza di tale termine, se rispettato, scatterà per i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale e ai prestatori di servizi di portafoglio digitale, operanti sul territorio italiano (compresi, dunque, anche i gestori di piattaforme straniere), l'obbligo di iscriversi al registro nonché di comunicare - ogni trimestre all'OAM - i dati identificativi dei propri clienti, oltre una serie di dati aggregati delle operazioni di conversione e trasferimento di valute virtuali effettuate da ciascun utente[37].

La misura segna, indubbiamente, un'importante tappa nel processo di progressiva estensione della disciplina AML/CFT al settore dei *virtual asset*, incontrando degli omologhi tentativi regolatori in alcuni ordinamenti oltreoceano. Si pensi, ad esempio, al c.d. *BitLicense Regulatory Framework*, approvato nello Stato di New York nel 2014 con lo scopo di fissare *standard* minimi per operare nel settore ed introdurre, a carico delle società autorizzate, specifici obblighi di trasparenza e di informazione sui rischi connessi all'utilizzo delle valute virtuali[38]. Del pari, anche il Canada figura fra i primi Stati ad aver introdotto una regolamentazione delle criptovalute, la *Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada* (FINTRAC), che impone ai soggetti operanti nel relativo mercato specifici obblighi di registrazione e comunicazione nei confronti dell'Autorità di vigilanza nazionale[39].

---

[35] MEF, Decreto del 13 gennaio 2022, *Modalità e tempistica con cui i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale e i prestatori di servizi di portafoglio digitale sono tenuti a comunicare la propria operatività sul territorio nazionale nonché forme di cooperazione tra il Ministero dell'economia e delle finanze e le forze di polizia*, pubblicato nella G.U. n. 40 del 17 febbraio 2022.

[36] Cfr. art. 4 del D.M. del 13 gennaio 2022, cit.

[37] Cfr. Allegato 1 al D.M. cit. per il quadro completo delle informazioni da trasmettere all'OAM ai sensi dell'art. 5, comma 1, del medesimo decreto.

[38] L. D'Agostino, *Operazioni di emissione, cambio e trasferimento di criptovaluta: considerazioni sui profili di esercizio (abusivo) di attività finanziaria a seguito dell'emanazione del D. Lgs. 90/2017*, cit., 20; M. Croce, *Cyberlaundering e valute virtuali. La lotta al riciclaggio nell'era della Distributed Economy*, in *Sistema Penale*, n. 4/2021, 148.

[39] Cfr. FINTRAC, *Money laundering and terrorist financing indicators - Virtual currency transactions*, reperibile al link https://fintrac-canafe.canada.ca/guidance-directives/transaction-operation/indicators-indicateurs/vc_mltf-eng#s1.


ISSN 2036-7821

Permangono, tuttavia, rilevanti dubbi circa l'adeguatezza dei presidi finora predisposti per arginare i rischi di *cyberlaundering*[40] connessi all'utilizzo delle criptovalute.

A ben vedere, la stessa quinta direttiva antiriciclaggio, nel sottolineare come l'anonimato delle valute virtuali celi in sé il rischio del "potenziale uso improprio per scopi criminali"[41], rileva che la problematica in parola non possa essere superata attraverso la mera inclusione degli *exchangers* e *wallet providers* fra i soggetti destinatari degli obblighi in materia di antiriciclaggio, posto che le differenti tecnologie fino ad oggi sviluppate consentono agli utenti di effettuare operazioni sulle piattaforme *on-line* anche senza ricorrere a tali prestatori di servizi.

Secondo i primi commentatori, invero, la disciplina nazionale non sarebbe applicabile nei casi in cui i servizi di *exchanger* siano svolti da un protocollo informatico (c.d. *smart contract*) in assenza di un prestatore di servizi e, dunque, in assenza di un soggetto che possa essere destinatario degli obblighi del decreto stesso[42]. I nuovi dirompenti fenomeni della *decentralized economy*, quali la DeFi e i NFT[43], sfuggirebbero allora all'applicazione della nuova normativa, non essendo inquadrabili *tout court* nell'ambito delle monete virtuali.

Secondo il legislatore europeo, una possibile via di fuga per arginare i pericoli legati all'anonimato connesso all'utilizzo delle monete virtuali potrebbe rinvenirsi nel ruolo delle FIU, le quali dovrebbero essere messe nelle condizioni di ottenere informazioni che consentano di associare gli account informatici all'effettiva identità degli utilizzatori, anche sulla base di un'eventuale autodichiarazione rilasciata su base volontaria dagli utenti[44].

Non resta, pertanto, che auspicare l'introduzione nel prossimo futuro di un nuovo pacchetto di misure, che miri alla definizione di soluzioni regolamentari quanto più

---

[40] Secondo la dottrina maggioritaria, il *cyberlaundering* è riconducibile alla più ampia categoria dei reati informatici in senso lato (c.d. *cybercrime*), in quanto caratterizzato dall'impiego dei nuovi strumenti messi a disposizione dall'*Information and Communication Technology* (ICT) al fine di occultare l'origine illecita dei fondi. Sul tema vedi, *inter alia*: L. Picotti, *Profili penali del cyberlaundering: le nuove tecniche di riciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 3-4/2018, 591; V. Plantamura, *Il cybericiclaggio*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Cybercrime*, Milano, 2019, 859.

[41] Cfr. Considerando n. 9 della direttiva 2018/843/UE.

[42] L. Marasco, *Criptovalute, la nuova normativa è un passo deciso contro il riciclaggio ma restano ombre*, 14 marzo 2022, disponibile su https://www.ilfattoquotidiano.it/2022/03/14/criptovalute-la-nuova-normativa-e-un-passo-deciso-contro-il-riciclaggio-ma-restano-ombre/6522494/.

[43] Con il termine *Decentralized Finance* (DeFi) si fa riferimento a delle piattaforme di servizi finanziari basate sulla tecnologia blockchain, il cui funzionamento, grazie all'impiego dei c.d. *smart contract*, non richiede la presenza di intermediari o prestatori di servizi specializzati. I *Non-fungible token* (NFT), letteralmente "gettone non replicabile", sono invece rappresentazioni digitali di oggetti reali, come opere d'arte, musica, giochi e collezioni di qualsiasi genere, che vengono vendute come certificati di proprietà e autenticità del bene stesso tramite una rete *blockchain* e dietro pagamento in criptovalute.

[44] Cfr. Considerando n. 9 della direttiva 2018/843/UE, cit.


ISSN 2036-7821

possibile condivise a livello internazionale e al passo con l'evoluzione tecnologica in atto[45].

*4. L'impatto della situazione di emergenza sanitaria sull'economia e sul sistema antiriciclaggio.*

L'epidemia da COVID-19, oltre ad aver sconvolto l'umanità sorprendendola nella sua ineluttabile fragilità, ha prodotto delle profonde ripercussioni sull'intero sistema economico mondiale, ripercussioni che - nonostante la brusca accelerata registratasi nel 2021 - le principali economie capitaliste sono chiamate ancora oggi a fronteggiare alla luce dei nuovi ed inaspettati retroscena geopolitici emersi a seguito dello scoppio del conflitto russo-ucraino.

Secondo le stime rese note dall'Istat[46], nel nostro Paese la pandemia ha causato nel 2020 una riduzione del Pil dell'8,9%. A ciò si aggiunga che la situazione di emergenza sanitaria ha esposto il sistema economico-finanziario a rilevanti rischi di comportamenti illeciti, connessi all'aumento del pericolo di truffe, fenomeni corruttivi e possibili manovre speculative, anche a carattere internazionale.

Non solo. L'indebolimento economico di famiglie e imprese ha prodotto un aumento del rischio di esposizione all'usura, facilitando le infiltrazioni dirette e/o indirette da parte delle organizzazioni criminali nel tessuto economico sano.

Al contempo, le misure adottate da tutti i Governi a livello mondiale per attenuare l'impatto economico e sociale della pandemia[47] hanno potenzialmente generato

[45] Un primo passo verso tale direzione sembra rinvenirsi nel disegno di legge n. 2572, d'iniziativa della senatrice Botto, comunicato alla Presidenza del Senato il 30 marzo 2022 e recante "Disposizioni fiscali in materia di valute virtuali e disciplina degli obblighi antiriciclaggio". Il DDL in parola mira, in primo luogo, ad introdurre una definizione univoca di "valuta virtuale", che sia valida in ogni ambito regolatorio e che risolva le criticità interpretative e applicative connesse all'utilizzo di una terminologia variegata (criptovalute, cripto attività, token, etc.). Nell'ambito delle misure di semplificazione delle procedure di adeguata verifica della clientela, si prevede altresì che fra gli indici di rischio relativi a tipologie di prodotti, servizi, operazioni o canali di distribuzione rientrino anche i servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, nel caso in cui l'operazione di cambio tra valute virtuali e valute aventi corso forzoso non sia superiore al valore di 150 euro e i servizi di portafoglio digitale, nel caso in cui la detenzione, la memorizzazione o il trasferimento di valute virtuali non superi il valore di 150 euro. Nell'ambito fiscale vengono, invece, previste modifiche al testo unico delle imposte sui redditi (TUIR), di cui al d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, per stabilire espressamente l'imponibilità ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche delle plusvalenze derivanti da operazioni che comportano il pagamento o la conversione in euro o in valute estere, effettuate su valute virtuali di ogni genere. Per un primo commento sul punto vedi: A. Martino, E. Carile, *Valute virtuali: il Disegno di Legge su disposizioni fiscali e obblighi antiriciclaggio*, in *Diritto Bancario*, 26 aprile 2022.

[46] Cfr. Comunicato stampa ISTAT, *Stima preliminare del Pil*, disponibile al *link*: https://www.istat.it/it/archivio/253131.

[47] Si pensi banalmente all'imponente pacchetto di riforme varato da ciascuno Stato membro dell'UE grazie alle risorse economiche stanziate nell'ambito del *Recovery plan for Europe* e del *NextGenerationEU*. Per tutte le informazioni inerenti ai finanziamenti concessi per sostenere la ripresa economica vedi: https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_it.


ISSN 2036-7821

nuove opportunità per riciclare proventi illeciti, mediante la realizzazione di "reati presupposto", anche diversi da quelli usualmente presi in considerazione.
In siffatto contesto, non si sono fatte attendere le preoccupazioni espresse dai vari organismi nazionali ed internazionali operanti nel settore della prevenzione e lotta al riciclaggio[48], i quali hanno rilevato la necessità di operare in maniera coesa affinché gli interventi pubblici di sostegno agli individui e alle imprese raggiungessero gli obiettivi prefissati e, al contempo, prevenissero possibili effetti distorsivi dell'economia legale.
A tal fine, si è fatto ricorso al già noto apparato di prevenzione del riciclaggio, quale utile strumento nelle mani delle autorità competenti in grado di intercettare tempestivamente e prevenire - grazie all'intermediazione di tutti i soggetti coinvolti (operatori qualificati, professionisti, e pubbliche amministrazioni) - eventuali operazioni illecite, senza dover attendere la fase più propriamente repressiva[49].
Sul piano internazionale, il GAFI si è immediatamente attivato per adottare una serie di raccomandazioni e *best practices* necessarie a fronteggiare le nuove minacce e vulnerabilità sistemiche causate dall'emergenza pandemica[50].
Analogamente, a livello interno - per tutta la durata del periodo emergenziale - la UIF per l'Italia ha sollecitato l'impegno da parte di tutti i soggetti destinatari degli obblighi di comunicazione e segnalazione di cui agli artt. 10 e 35 del D. Lgs. n. 231/2007 ad adoperarsi nell'attività di pronta segnalazione delle operazioni sospette, nell'ottica di attivare tutti i presidi antiriciclaggio già previsti dalla normativa vigente[51].
A ben vedere, durante il periodo emergenziale, molteplici sono stati gli ambiti interessati da potenziali attività illecite, a loro volta connesse con il fenomeno del riciclaggio.

---

[48] Cfr. EUROPOL, *Pandemic profiteering: how criminals exploit the COVID-19 crisis*, 27 marzo 2020; GAFI, *Statement by the FATF President: COVID-19 and measures to combat illicit financing*, 1° aprile 2020; INTERPOL, *Preventing crime and protecting police: INTERPOL's COVID-19 global threat assessment*, 6 aprile 2020.

[49] *Ibidem*.

[50] Cfr. GAFI, *COVID-19-related Money Laundering and Terrorist Financing - Risks and Policy Responses*, 4 maggio 2020, reperibile al link: https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/covid-19-ml-tf.html. Le raccomandazioni sono state riviste ed aggiornate nel dicembre 2020 e sono pubblicate al link https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/Update-COVID-19-Related-Money-Laundering-and-Terrorist-Financing-Risks.pdf

[51] Cfr. Comunicazione dell'Unità per l'Informazione Finanziaria per l'Italia ("UIF"), *Prevenzione di fenomeni di criminalità finanziaria connessi con l'emergenza da Covid-19*, 16 aprile 2020, reperibile al link: https://uif.bancaditalia.it/normativa/norm-indicatori-anomalia/Comunicazione-UIF-16.04.2020.pdf. A causa del prolungarsi dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e della sua persistente incidenza negativa sull'intero tessuto economico, le indicazioni ivi contenute sono state aggiornate con comunicazione dell'11 febbraio 2021, disponibile al *link* https://uif.bancaditalia.it/normativa/norm-indicatori-anomalia/Comunicazione-UIF-Covid-19-110221.pdf, e da ultimo con comunicazione dell'11 aprile 2022, disponibile al *link* https://www.bancaditalia.it/media/notizia/prevenzione-di-fenomeni-di-criminalit-finanziaria-connessi-al-covid-19-e-al-pnrr/.


ISSN 2036-7821

Basti pensare, ad esempio, alla impellente domanda di dispositivi di protezione individuale, igienizzanti, apparecchi elettromedicali (quali ventilatori polmonari) a cui ha fatto seguito - soprattutto nella fase iniziale della pandemia - un incremento generalizzato dei prezzi, nonché l'ingresso nel mercato di operatori privi di precedente esperienza nel settore.

Altamente rilevante è stato, altresì, il pericolo che si verificassero possibili fattispecie corruttive, specialmente nelle procedure per l'affidamento di forniture e servizi necessari all'attività di assistenza e ricerca[52].

Un significativo incremento del rischio legato al riciclaggio è emerso – senza dubbio – in occasione ed a seguito dell'obbligata chiusura al pubblico di molte imprese ed esercizi commerciali nei periodi di *lockdown* generalizzato.

Tale fenomeno ha determinato, da un lato, il ricorso diffuso alla modalità di *vendita on line* e al lavoro agile (c.d. *smart working*) e, dall'altro, nel caso in cui la "conversione" dell'attività fosse impossibile da praticare (si pensi, ad esempio, al settore del turismo e della ristorazione), l'uscita dal mercato di numerosi operatori economici, con conseguenti ripercussioni sul comportamento economico-finanziario di società e individui.

D'altra parte, la ripresa economica registrata nel 2021 e nel primo bimestre del 2022, facilitata dal progressivo calo della curva epidemiologica e dall'aumento della percentuale dei soggetti immunizzati, ha subito nuovamente una brusca frenata a causa dell'aumento dei costi dell'energia, degli alimenti e delle materie prime innescato dalla crisi russo-ucraina[53].

Orbene, il prolungato periodo di recessione economica unitamente all'indebolimento della capacità finanziaria di imprese e famiglie, connesso alla perdita del lavoro o al significativo ridimensionamento dei fatturati, hanno rappresentato circostanze idonee ad incrementare i proventi delle organizzazioni criminali, anche attraverso la richiesta di finanziamenti al di fuori dei circuiti ufficiali[54].

---

[52] Tale rischio, invero, ha richiesto un'intensificazione dei controlli in relazione alla emissione e conseguente ricezione di fondi pubblici, anche eventualmente connessi a persone politicamente esposte (c.d. "PEP").

[53] Di tali fattori, che hanno determinato un peggioramento complessivo del quadro economico nazionale, tiene conto il Documento di Economia e Finanza (DEF) del 2022, approvato dal Consiglio dei Ministri del 6 aprile e trasmesso al Parlamento il 7 aprile. In particolare, secondo le stime ivi contenute la previsione tendenziale di crescita del prodotto interno lordo (PIL) per il 2022 scende dal 4,7% programmatico della Nota di aggiornamento al DEF (NADEF) dello scorso settembre al 2,9%, mentre quella per il 2023 dal 2,8% al 2,3%.

[54] Cfr., sul tema della maggiore capacità della criminalità organizzata di infiltrarsi nel sistema dell'economia legale nei periodi di crisi economica, *Relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere*, approvata dalla Commissione nella seduta del 7 febbraio 2018, XVII legislatura, Doc. XXIII, n. 38, pp. 104 e 113 e ss.


ISSN 2036-7821

Il quadro appena tracciato evidenzia come la pandemia da COVID-19 abbia recato con sé un potenziale incremento degli introiti della criminalità e, di conseguenza, delle correlate attività di ricettazione e riciclaggio[55].

Come accennato, particolari insidie hanno riguardato il settore dei sussidi e dei sostegni finanziari, erogati (sotto le più svariate forme) a privati ed aziende per favorire la ripresa economica. In tale contesto, un singolare rilievo hanno assunto le misure destinate alle piccole e medie imprese (c.d. "pmi"), costituenti il modello di attività produttiva più diffuso in tutti i Paesi dell'OCSE, caratterizzate da minor resistenza e flessibilità nell'affrontare i costi connessi ad una crisi economica[56].

Le misure in parola hanno riguardato, a titolo esemplificativo, la sospensione dei versamenti e adempimenti tributari, l'apporto di contributi a fondo perduto, il riconoscimento di forme di garanzia pubblica sui prestiti concessi dagli istituti creditizi, il riconoscimento di detrazioni fiscali a fronte dell'esecuzione di specifici interventi nonchè la possibilità di cedere i relativi crediti d'imposta, il tutto nell'ottica di intervenire rapidamente ovvero offrire un'immediata iniezione di liquidità agli operatori economici svantaggiati.

Negli Stati Uniti, ad esempio, tra le misure di maggior rilievo previste dal c.d. *Cares Act*[57] figurano quelle volte a garantire l'accesso delle pmi con meno di 500 dipendenti a prestiti agevolati, finalizzati alla copertura dei costi dei dipendenti (*payroll costs*), dei tassi di interesse su mutui già esistenti, dei canoni di locazione per immobili e/o impianti in *leasing* etc.

Per quanto concerne l'Italia, invece, il Governo, a più riprese, è intervenuto mediante il D.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "decreto cura Italia") e, successivamente, con il D.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. "decreto liquidità"), da ultimo modificato dal D.l. 25 maggio 2021, n. 73 (c.d. "decreto sostegni *bis*"), potenziando il già esistente Fondo di garanzia per le pmi ed aumentandone considerevolmente la dotazione.

Nonostante le critiche sollevate – dovute alle lungaggini dell'*iter* di gestione delle pratiche da parte degli enti creditizi ovvero dall'opportunità di affiancare a tale misura lo strumento dei contributi a fondo perduto[58] - l'intervento normativo *de quo*

[55] In questi termini si è espresso il GAFI nel *paper* citato, pubblicato in data 4 maggio 2020. Per un commento sul punto cfr. V. Cipriano, G. Estrafallaces, *Antiriciclaggio e pandemia: le valutazioni degli organismi competenti e alcuni aspetti di rilievo nei Provvedimenti normativi nazionali*, in *Diritto Bancario, Approfondimenti*, 9 giugno 2020.

[56] OCSE, *Covid-19: Risposte di Policy per le PMI*, 23 marzo 2020, p. 4.

[57] Si tratta, più precisamente, del ***Coronavirus Aid, Relief and Economic Security Act***, firmato il 27 marzo 2020 dal Presidente Trump, dopo l'approvazione da parte del Congresso, e recante un pacchetto di aiuti dal valore di 2.000 miliardi di dollari per far fronte alle ricadute economiche della pandemia. Il testo integrale è reperibile al *link*: https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/3548/text.

[58] Cfr. sul punto e anche per un'analisi più approfondita della misura in parola, A. Toniolo, *Covid-19: garanzia pubblica sui prestiti bancari alle pmi e conversione in finanziamenti a fondo perduto. Un confronto tra Italia e US*, in *Diritto Bancario, Osservatorio sul diritto dell'impresa dopo la pandemia*, 5 maggio 2020, p. 5; G. Amato, D. Campo, *Le misure a sostegno delle imprese nel Decreto Cura Italia e nel Decreto Liquidità*, in *Diritto Bancario, Approfondimenti*, 8 maggio 2020.


ISSN 2036-7821

ha semplificato le procedure di accesso al credito ed ampliato la platea dei beneficiari (riguardante anche le imprese individuali, i professionisti e gli enti del Terzo settore).
A ben vedere, a dispetto delle remore iniziali espresse nell'ambito del dibattito parlamentare sul tema, è stata segnalata, *ex post*, da più parti, l'efficacia delle misure in commento, agevolanti i settori produttivi più colpiti[59].
D'altra parte, come già rappresentato, l'erogazione dei sussidi ha determinato l'emergere di potenziali condotte fraudolente tese, nella fase iniziale dell'istruttoria, ad ottenere il finanziamento garantito dallo Stato anche in mancanza e/o in violazione dei presupposti stabiliti dalla legge (mediante l'alterazione o la falsificazione della documentazione necessaria ovvero in violazione delle norme che ne disciplinano l'erogazione, sussumibili in fattispecie di falso, truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche o indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato).
Ed ancora, il rischio di riciclaggio si è paventato, in maniera più pregnante, nella fase successiva alla concessione del sussidio, alimentando – in mancanza di più incisivi controlli - il bacino dei reati tributari e societari perseguiti tramite condotte distrattive.
Orbene, sul punto, nonostante i fisiologici impedimenti connessi alla situazione pandemica[60], è stato evidenziato come solamente il corretto adempimento degli obblighi di prevenzione e di adeguata verifica della clientela, da effettuarsi nei confronti dei soggetti richiedenti i finanziamenti, abbia effettivamente consentito di arginare il verificarsi di abusi penalmente rilevanti, tanto nella fase di accesso al credito garantito quanto in quella di utilizzo delle risorse disponibili[61].

---

[59] Tale rilievo sarebbe confermato dalla circostanza che "nonostante (…) la crisi abbia colpito imprese, aree geografiche e, in particolare, settori con intensità eterogenea, le imprese fallite e uscite dal mercato nel primo anno della pandemia non appaiono strutturalmente diverse da quelle fallite e uscite nel periodo precedente"; vedi, a proposito, T. Orlando, G. Rodano, *L'impatto del Covid-19 sui fallimenti e le uscite dal mercato delle imprese italiane*, in *Banca d'Italia, Note Covid-19*, 24 gennaio 2022, 2.

[60] Il distanziamento sociale adottato nella primissima fase dell'emergenza sanitaria (che ha determinato il rallentamento e/o l'interruzione di molte attività, sia nel settore privato che in quello pubblico) ha influito sulle stesse attività di regolamentazione, vigilanza, controllo e repressione del riciclaggio: l'esigenza di far fronte alla pandemia ha indotto molti Paesi a rinviare alcuni adempimenti AML/CFT in scadenza, nonché a sospendere i procedimenti di accertamento e irrogazione di sanzioni (sul punto cfr., ad esempio, Comunicazione dell'UIF per l'Italia, *Emergenza epidemiologica da COVID-19, Misure temporanee e avvertenze per mitigare l'impatto sui soggetti tenuti alla trasmissione di dati e informazioni nei confronti della UIF*, 27 marzo 2020, con la quale l'autorità in parola ha adottato in risposta allo scoppio della pandemia misure temporanee in favore dei soggetti sottoposti agli obblighi di cui al D.Lgs. n. 231/2007, come la proroga delle scadenze ordinarie per la trasmissione di informazioni e dati alla UIF, nonché la sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi). Tuttavia, i paventati rischi connessi alla riduzione dell'operabilità della "macchina antiriciclaggio" si sono rivelati - nella prassi - meramente teorici posto che, come riportato dal GAFI sulla base dei rapporti ricevuti dai Paesi membri, nella maggior parte dei casi la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo ha continuato ad essere valutata e perseguito come un obiettivo primaio, soprattutto alla luce del dilagare di nuove fattispecie di reato connesse alla diffusione del COVID-19.

[61] Cfr. Comunicazione dell'UIF per l'Italia del 16 aprile 2020, cit., p. 2.


ISSN 2036-7821

Ma vi è di più. La pandemia ha generato l'occasione di sperimentare nuove ed ulteriori fattispecie di reato, con conseguente intralcio e pregiudizio per l'economia già fortemente dilaniata dalla pandemia.

Ed invero, il crescente utilizzo di servizi *on line* ha prodotto rilevanti conseguenze sul versante del c.d. "*cyber crime*"[62], offrendo ai criminali informatici nuove ed ulteriori occasioni per incrementare i propri profitti illeciti. In particolare, sono aumentati gli attacchi di *phishing* perpetrati via *e-mail* e SMS da soggetti che, sfruttando l'esigenza di condividere informazioni inerenti al COVID-19 o fingendosi operatori istituzionali, sono riusciti ad "infettare", tramite appositi *malware,* i dispositivi fissi o mobili degli utenti, captandone fraudolentemente dati personali e *password*.

In casi più specifici, i criminali informatici hanno utilizzato tecniche di compromissione della posta elettronica aziendale (c.d. *Business email compromise*) per accedere fraudolentemente ad informazioni concernenti clienti e transazioni, utilizzando tali dati per ricevere ingenti somme di denaro a titolo di corrispettivo in luogo di fornitori e rivenditori effettivi (come accaduto, ad esempio, per mascherine chirurgiche e disinfettanti di vario genere).

Ed ancora, altri attacchi *ransomware*[63] hanno colpito i sistemi informatici di strutture ospedaliere e sanitarie[64], con lo scopo principale di estorcere un riscatto in cambio della decrittografia delle informazioni e del ripristino dell'accesso ai sistemi informatici medesimi.

D'altro canto, non si è mancato di rilevare come l'utilizzo massivo dei servizi *on line* ed il ricorso impellente al digitale abbiano determinato, dall'altra faccia della medaglia, taluni esiti ed effetti positivi per l'intero circuito economico mondiale.

---

[62] Negli ultimi anni le dimensioni del fenomeno della c.d. criminalità informatica sono aumentate in misura esponenziale, mettendo in pericolo il sistema economico nel suo complesso e producendo pregiudizi quantificati in centinaia di miliardi di dollari l'anno. In particolare, secondo il Rapporto CLUSIT 2022 sulla sicurezza ICT in Italia, elaborato dall'Associazione italiana per la sicurezza informatica, nel 2021 gli attacchi nel mondo sono aumentati del 10% rispetto all'anno precedente e sono sempre più gravi. Gli stessi sono localizzati principalmente nel continente americano (45%), ma sono in crescita in Europa (21%, contro il 16% dell'anno precedente) e in Asia (12%, rispetto al 10% del 2020), mentre la situazione resta sostanzialmente invariata in Oceania (2%) e Africa (1%).

[63] Il *ransomware* è un programma informatico dannoso ("*malware*") che può "infettare" un dispositivo digitale (PC, tablet, smartphone, smart TV), bloccando l'accesso a tutti o ad alcuni dei suoi contenuti, per poi chiedere un riscatto ("*ransom*") da pagare per "liberarli". La richiesta di pagamento, con le relative istruzioni, compare di solito in una finestra che si apre automaticamente sullo schermo del dispositivo infettato. All'utente è generalmente concesso poco tempo per procedere con il pagamento, molto spesso da effettuare per mezzo di valute virtuali, pena il blocco definitivo dei contenuti o la pubblicazione dei dati acquisiti.

[64] Secondo il Rapporto CLUSIT 2022 citato, gli attacchi al comparto della sanità ammontano a ben il 13% del totale. Tali strutture sarebbero prese di mira dai cybercriminali perché considerate più propense a pagare il riscatto, non potendo le stesse permettersi di interrompere i servizi di cura e assistenza sanitaria agli utenti. Fra i più recenti e anche i più insidiosi attacchi verificatisi in Italia si ricorda quello avvenuto ai danni del CED e dei servizi informatici della Regione Lazio nel luglio 2021, che ha mandato in tilt, *inter alia*, le piattaforme del sistema sanitario *on-line* e il database delle vaccinazioni contro il COVID-19.


ISSN 2036-7821

Le già richiamate misure di distanziamento sociale ed il conseguente aumento del *e-commerce* dovuti all'emergenza sanitaria, invero, hanno potenziato il ricorso a dispositivi di pagamento elettronici – per loro natura tracciabili[65] - accelerando considerevolmente un trend già in atto circa l'aumento dei pagamenti digitali[66].
La tracciabilità dei flussi e dei pagamenti ha, pertanto, costituito uno strumento chiave nella lotta ai fenomeni criminali e all'evasione fiscale[67].
In conclusione, alla luce delle osservazioni sopra riportate emerge chiaramente come l'emergenza pandemica abbia messo in luce l'importanza dell'utilizzo e del potenziamento degli strumenti di prevenzione e lotta al riciclaggio nell'ambito del c.d. *risk based approach* ed, al contempo, abbia accelerato un processo di riforme, legate alla trasformazione digitale (c.d. *Digital Transformation*), potenzialmente in grado di sortire effetti benefici sull'intero sistema economico mondiale.

*5. Reati "sommersi": dal finanziamento del terrorismo ai reati contro la fauna selvaggia.*
Le più recenti analisi elaborate dalle autorità di monitoraggio nazionali ed internazionali hanno messo in luce l'incessante evoluzione e pervasività del fenomeno del riciclaggio a livello mondiale, sempre più caratterizzato dall'emersione di nuove fattispecie criminose che assurgono al rango di reato presupposto e che - in quanto tali - più facilmente "sfuggono" alle misure di prevenzione e repressione già messe in atto.

[65] Secondo i dati raccolti nel 2019 ed elaborati dalla Banca Centrale Europea (BCE) nel Rapporto sullo studio delle abitudini di pagamento dei consumatori nell'area euro (*Study on the payment attitudes of consumers in the euro area, SPACE*, pubblicato nel dicembre 2020 e reperibile al *link*: https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.spacereport202012~bb2038bbb6.en.pdf?05ce2c97d994fbcf1c93213ca04347dd), i consumatori preferiscono ancora utilizzare il contante per i pagamenti presso punti vendita fisici e per i pagamenti fra privati: il 73% del volume delle operazioni è stato effettuato in contanti e il 27% con strumenti di pagamento alternativi, mentre in Italia la percentuale è dell'82%. In termini complessivi, invece, il 48% del totale delle operazioni è stato pagato in contanti (il valore raggiunge il 58% in Italia), mentre il 41% mediante carte di pagamento. Il *paper* citato riporta, altresì, i risultati di una separata indagine, condotta dalla BCE nel luglio 2020 in tutti i Paesi dell'area euro ed avente ad oggetto l'impatto della pandemia sui *trend* dei pagamenti. Da tale analisi risulta che il 40% degli intervistati ha risposto di aver utilizzato meno denaro dall'inizio della emergenza sanitaria e quasi il 90% di loro ha dichiarato che avrebbero continuato a pagare meno in contanti (46% certamente e 41% probabilmente) dopo la fine della pandemia.

[66] Secondo i risultati del Report *EY Digital Payments* i pagamenti *contactless* sono aumentati del 66% nel primo semestre 2021 rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente, così come i pagamenti Mobile, cresciuti del 108% dal primo semestre 2020 allo stesso periodo 2021. Inoltre, sulla base di quanto emerso dal sondaggio condotto, si stima che nel 2025 il 50% dei pagamenti in Italia potrebbe essere eseguito senza l'utilizzo del contante.

[67] Non a caso, la limitazione all'utilizzo del contante rappresenta uno dei princìpi cardini della disciplina europea e nazionale in materia di antiriciclaggio e proprio in tale contesto si inseriscono le misure introdotte a partire dal 2007 al fine di incentivare strumenti di pagamento alternativi (si pensi, a titolo esemplificativo, alla progressiva riduzione della soglia per l'utilizzo del denaro contante, alla previsione dell'obbligo per i commercianti e i professionisti di accettare pagamenti con carte di debito o di credito, pena l'irrogazione di sanzioni amministrative, o ancora più di recente all'avvio del programma *cashback* e della lotteria degli scontrini).


ISSN 2036-7821

A tale proposito, il Comitato di Sicurezza Finanziaria ha di recente avuto modo di precisare, in relazione al *National Risk Assessment* italiano, che "l'influenza delle attività illecite sull'economia italiana è di sicuro rilievo", dovendosi valutare come "molto significativo" il rischio legato ai proventi di attività criminali prodotti nel territorio nazionale e reinseriti nel circuito economico-finanziario domestico[68].

Nello specifico, per quanto concerne l'analisi dei reati presupposto, è stato rilevato che la quasi totalità delle condotte criminali che alimentano il riciclaggio in Italia è da ricondursi - fatta eccezione per i reati tributari e societari - alla criminalità organizzata, anche di stampo mafioso o di matrice straniera: preoccupano, in particolare, per grado di incisività ed impatto finanziario, i reati di narcotraffico, estorsione, usura, corruzione, gioco d'azzardo, traffico illecito dei rifiuti, contrabbando e contraffazione[69].

Di contro, l'Italia sembrerebbe rimasta immune - quantomeno secondo le stime attualmente disponibili - dagli avversi effetti economico-finanziari connessi al dilagare della criminalità ambientale, con specifico riguardo ai reati contro la fauna e la flora selvatiche. Eppure, tale "assenza" sembrerebbe giustificata dalla circostanza per la quale - a livello globale - si contano poche indagini finanziarie su tale tipo di criminalità che resta, quindi, contraddistinta da un basso rischio e da un elevato livello di redditività per i responsabili medesimi ("*low risk, high reward*")[70].

A conferma di ciò, sono state avviate una serie di iniziative a livello internazionale con lo scopo precipuo di sensibilizzare i governi sulla portata e sulla natura delle minacce della criminalità ambientale, fornendo all'uopo indicazioni per la predisposizione di adeguati presidi preventivi e repressivi[71].

In particolare, la "famiglia" dei reati ambientali si caratterizza per la varietà di fattispecie criminose che la compongono (si pensi all'estrazione illegale di minerali, al bracconaggio e al commercio illegale di flora e fauna selvatiche, fino al traffico illecito di rifiuti), ma anche per la eterogeneità degli attori criminali coinvolti, che

---

[68] Cfr. *Analisi nazionale dei rischi di riciclaggio di denaro e di finanziamento del terrorismo*, elaborata dal Comitato di Sicurezza Finanziaria nell'ambito delle competenze previste dall'art. 5, comma 6, del D. lgs. n. 231/2007, aggiornata al 2018 e relativa al periodo 2014-2018, p. 11. Reperibile al *link*: https://www.dt.mef.gov.it//export/sites/sitodt/modules/documenti_it/prevenzione_reati_finanziari/prevenzione_reati_finanziari/Analisi_dei_rischi_di_riciclaggio_e_di_finanziamento_del_terrorismo_2018_-_Sintesi.pdf

[69] Ivi, pp. 12-13.

[70] Cfr. G. Estrafallaces, *Antiriciclaggio: l'ECOFEL sensibilizza le FIU sui crimini contro la fauna selvatica*, in *Diritto bancario, Approfondimenti*, 14 maggio 2021, 3.

[71] In tale contesto si inseriscono il progetto avviato dall'ECOFEL a partire dal 2018 e denominato "*Financial Investigations in Wildlife and Forestry Crime*" ("FIWFC"), finalizzato ad analizzare le tendenze dei flussi finanziari relativi alla fauna selvatica e alla criminalità forestale ed a promuovere il coinvolgimento delle unità di intelligence finanziaria nello sviluppo delle relative indagini, ma anche il rapporto pubblicato dal GAFI nel luglio 2021, dal titolo "*Money Laundering from Environmental Crimes*", scaricabile al *link*: https://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/money-laundering-environmentalcrime.html.


ISSN 2036-7821

vedono fra le proprie fila non solo esponenti della criminalità organizzata e dei gruppi terroristici, ma anche singoli e società multinazionali.
Eppure, solo di recente gli "*environmental crimes*" sono stati inseriti dal GAFI nelle "*designated categories of offences*", vale a dire nell'elenco dei reati presupposto del riciclaggio[72].
Più nel dettaglio, nel contesto della disciplina AML, particolare attenzione deve essere riservata al c.d. "*wildlife crime*", ovvero l'insieme dei reati aventi ad oggetto condotte di raccolta e commercio illecito di specie protette di flora e fauna selvatica[73].
Sul punto, per comprendere la portata del fenomeno e la sua influenza sul sistema economico mondiale è utile ripercorrere brevemente le tappe fondamentali della filiera del traffico di specie selvatiche.
La catena criminosa prende avvio nei c.d. "*source countries*", in cui la fauna selvatica viene inizialmente catturata, uccisa o cacciata illegalmente dai bracconieri. Si tratta, per lo più, di Paesi ricchi di biodiversità aventi un sistema amministrativo e giudiziario particolarmente debole quali, per antonomasia, gli Stati africani e del Sud America[74]. In questa fase, le specie animali e vegetali strappate dal proprio *habitat* naturale, vengono cedute generalmente a fronte di un pagamento in contanti ad un primo intermediario.
Seguono una serie di passaggi e transazioni finanziarie fra intermediari di diverso livello, che consentono di eliminare il collegamento diretto con l'attività di bracconaggio. A questo punto, le specie commerciate illegalmente o i prodotti da queste derivati (si pensi, ad esempio, all'avorio) vengono trasferiti in conniventi paesi di transito, ricorrendo non di rado a pratiche corruttive, e poi definitivamente esportati, anche tramite la falsificazione di documenti e l'occultamento fra altre merci, nei c.d. "*destination countries*", dove vengono adibite al consumo o all'utilizzo di varia natura.
Le descritte transazioni possono implicare – ed implicano - il trasferimento di ingenti somme di denaro, tramite bonifici bancari ed altri strumenti di pagamento, elettronico o digitale. A ciò si aggiunga che, secondo quanto riportato dal GAFI e dall'ECOFEL, nei vari predetti passaggi, gli introiti aumentano a dismisura fino a poter raggiungere il 1000% del valore di partenza[75].

---

[72] GAFI, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, cit., 121.

[73] La tutela delle specie di flora e fauna selvatiche è assicurata a livello internazionale dalla "Convenzione sul commercio internazionale delle specie di flora e fauna selvatiche minacciate di estinzione" (*Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora* - CITES), firmata a Washington nel 1973 da 80 Paesi, fra cui l'Italia; conta attualmente 184 membri fra Stati e organizzazioni regionali di integrazione economica, quali l'UE.

[74] Cfr. GAFI, *Money Laundering from Environmental Crimes*, cit., *Analysis of money laundering from illegal wildlife trade cases*, par. 26, p. 14.

[75] G. Estrafallaces, *Antiriciclaggio: l'ECOFEL sensibilizza le FIU sui crimini contro la fauna selvatica*, cit., 13.


ISSN 2036-7821

In tutti gli stadi di questa catena, si inseriscono le condotte finalizzate al riciclaggio dei proventi illeciti del *wildlife crime* o, talvolta, al loro reimpiego per il finanziamento del terrorismo. In particolare, tale canale di approvvigionamento sarebbe sfruttato dai gruppi terroristici operanti in Somalia, quali Al-Shabaab, in relazione al traffico di avorio, ma anche dall'organizzazione Boko Haram in Nigeria, dedita al commercio di risorse ittiche del lago Ciad ed al bracconaggio di leoni ed elefanti.
Più nel dettaglio, è stato messo in luce come la riduzione della fauna selvatica dell'Africa centrale ed occidentale sia direttamente connessa al finanziamento dalle associazioni terroristiche di matrice islamica, presenti nella regione[76]. Sebbene parte del mondo accademico e dei media siano di contrario avviso[77], tali circostanze appaiono confermate dalle informazioni riportate dalle FIU di taluni Stati centroafricani[78], nonché da un *report* elaborato congiuntamente dall'Agenzia delle Nazioni Unite in materia ambientale (UNEP) e dall'Interpol[79].
In tale contesto, le organizzazioni internazionali di regolazione e vigilanza segnalano l'importanza di sviluppare – affianco alle tradizionali attività investigative - più penetranti controlli di tipo finanziario che consentano di far emergere il collegamento fra i crimini contro la fauna e la flora selvatica ed i flussi di denaro da quest'ultimi generati.
Tale operazione richiederà, come è evidente, un maggior coordinamento fra le autorità nazionali, un più elevato livello di cooperazione a livello internazionale - tenuto conto, ancora una volta, della natura transnazionale dei crimini di cui trattasi – nonché un maggior monitoraggio del rispetto, da parte dei soggetti privati, degli obblighi di segnalazione delle transazioni sospette[80].

*6. Rilievi critici ed obiettivi strategici futuri.*

Come analizzato, l'evoluzione tecnologica, la trasformazione delle metodologie criminali e, da ultimo, gli sconvolgimenti causati dalla crisi pandemica e dal conflitto

[76] Cfr. A. Moreau, M. Wenger, *L'Ivoire de Boko Haram*, in *La Libre Belgique*, 2016; N. Kalron, A. Crosta, *Africa's white gold of Jihad: Al-Shabaab and conflict ivory*, pubblicato da Elephant Action League, 2012.

[77] Cfr. A. K. Pennaz, M. Ahmadou, M. Moritz, P. Scholte, *Not Seeing the Cattle for the Elephants: The Implications of Discursive Linkages between Boko Haram and Wildlife Poaching in Waza National Park, Cameroon*, in *Conservation & Society, Special Section: Green Wars*, 2018, Vol. 16, n. 2, 125 ss.; T. Maguire, C. Haenlein, *An illusion of complicity. Terrorism and the illegal ivory trade in East Africa, Occasional Paper*, Royal United Services Institute for Defense and Security Studies, London, 2015; T. McConnell, *The ivory-funded terrorism myth*, in *New York Times*, 2015.

[78] G. Estrafallaces, *Antiriciclaggio: l'ECOFEL sensibilizza le FIU sui crimini contro la fauna selvatica*, cit., 15.

[79] UNEP, INTERPOL, *The Environmental Crime Crisis – Threats to Sustainable Development from Illegal Exploitation and Trade in Wildlife and Forest Resources*, 2014, reperibile al *link*: https://www.unep.org/resources/report/environmental-crime-crisis-threats-sustainable-development-illegal-exploitation. Secondo il report, numerosi sono i gruppi di terroristici che si finanzierebbero con i proventi del traffico illecito di avorio e tra questi figurerebbero anche gli affiliati ad Al-Qaeda e all'ISIS.

[80] Cfr. ECOFEL, *Financial Investigations in Wildlife and Forestry Crime*", cit., e GAFI, *Money Laundering from Environmental Crimes*, cit.


ISSN 2036-7821

russo-ucraino hanno imposto un rapido adeguamento dei presidi antiriciclaggio per contrastare le nuove e preoccupanti minacce emerse nel contesto economico, sociale e finanziario globale[81].

Di conseguenza, è stato ulteriormente ampliato il perimetro dei destinatari degli obblighi di prevenzione, al fine di colpire tutti i possibili punti di transito di risorse di origine illecita, fino a ricomprendere la nuova frontiera del riciclaggio connesso all'utilizzo della moneta virtuale, come testimoniato dalle più recenti modifiche delle Raccomandazioni del GAFI e dalle integrazioni delle norme europee e nazionali.

Eppure, dalle osservazioni svolte, emerge - in modo chiaro - l'impellente necessità di intervenire in maniera più incisiva sulla disciplina general preventiva del riciclaggio, perseguendo un maggior grado di armonizzazione delle misure di protezione e repressione a livello internazionale, ovvero implementando il sistema di scambio di informazioni fra i vari attori coinvolti.

In tale contesto, particolare rilievo assume il Piano di azione per una politica integrata dell'Unione europea in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo, adottato dalla Commissione europea nel 2020[82].

Più nel dettaglio, l'*Action Plan* si prefigge l'obiettivo di individuare le prossime tappe e proposte legislative dell'UE con riferimento a sei specifiche aree di intervento: l'applicazione efficace delle regole comuni già esistenti; l'approvazione di un regolamento europeo volto a superare la frammentazione normativa determinata dalle misure nazionali che applicano in modo eterogeneo le direttive già adottate; la creazione di un'autorità di vigilanza a livello dell'UE; un meccanismo di supporto e cooperazione per le unità di *intelligence* finanziaria; l'attuazione delle disposizioni di diritto penale e lo scambio di informazioni a livello europeo; l'intensificazione della cooperazione con i Paesi terzi che evidenziano carenze nei rispettivi regimi di lotta contro il riciclaggio di denaro ed il finanziamento del terrorismo.

In buona sostanza, il Piano di azione individua l'esigenza di raggiungere, in tempi brevi, un più elevato livello di armonizzazione della normativa in materia di antiriciclaggio e contrasto del finanziamento del terrorismo attualmente vigente nei singoli Stati membri, auspicabilmente tramite l'adozione di una normativa

[81] In tale contesto è appena il caso di richiamare la dichiarazione pubblicata dall'EBA in data 27 aprile 2022, con lo scopo di mettere in luce i nuovi rischi connessi alla crisi umanitaria in atto e di fornire chiarimenti sulle modalità di applicazione delle sue Linee guida in materia di antiriciclaggio e di contrasto al finanziamento del terrorismo nel contesto attuale. In particolare, l'EBA sottolinea la necessità di adeguare le misure AML/CFT al fine, da un lato, di garantire a rifugiati e sfollati l'accesso al credito e, dall'altro, di proteggere le persone vulnerabili dagli abusi dei criminali, garantendo che il regime di misure restrittive dell'UE non comporti una riduzione del rischio ingiustificata. Cfr. *EBA statement on financial inclusion in the context of the invasion of Ukraine*, disponibile al seguente link: https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Other%20publications/2022/1031627/EBA%20statement%20on%20financial%20inclusion%20in%20relation%20to%20Ukraine.pdf

[82] La comunicazione C(2020) 2800 adottata dalla Commissione europea il 7 maggio 2020 è consultabile al seguente *link*: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=PI_COM:C(2020)2800.


ISSN 2036-7821

regolamentare immediatamente applicabile che possa porre fine a prassi applicative disomogenee, nonché individuare le istituzioni europee a cui affidare i compiti di vigilanza e coordinamento.

A ben vedere, infatti, le divergenze attualmente esistenti nella disciplina antiriciclaggio degli Stati membri incidono negativamente sul funzionamento efficace del sistema, rendendo più oneroso il rispetto delle regole, specie per i soggetti che operano nell'ambito di una pluralità di giurisdizioni. Si tratta di criticità particolarmente avvertite nel contesto odierno, maggiormente contraddistinto da operazioni di riciclaggio dal carattere transnazionale, perpetrate "in tempo reale" grazie all'utilizzo degli strumenti digitali e dei *virtual assets*, messi a disposizione dal continuo sviluppo del Fintech.

La sfida principale che l'Unione europea e gli Stati membri sono chiamati a fronteggiare è l'introduzione di validi ed avanzati presìdi di prevenzione che, senza pregiudicare l'innovazione tecnologica e la libera concorrenza, contrastino i rischi di infiltrazione criminale; rimuovano le asimmetrie e le distorsioni derivanti dalle norme vigenti; impediscano che le attività criminose si dirigano verso Paesi caratterizzati da regole e controlli meno gravosi.

D'altro canto, una delle principali criticità risiede, ancora oggi, nella circostanza per la quale il progresso economico e tecnologico viaggia a ritmi molto più elevati rispetto a quelli della macchina legislativa pubblica, affannata ad inseguire i cambiamenti che si manifestano nel contesto socio-economico attuale.

Così, ad esempio, l'innovazione tecnologica legata all'utilizzo della *blockchain* e degli *smart contract* sta rivoluzionando il settore finanziario e l'intero ciclo economico, sostituendo - in assenza di una compiuta regolamentazione - le tradizionali strutture "verticali" con innovative reti digitali di tipo "orizzontale".

Nello scenario prospettico futuro si inseriscono, pertanto, a pieno titolo, il *AML Package* e il *Digital Finance Package*, presentati rispettivamente dalla Commissione europea il 20 luglio ed il 24 settembre 2021 e contenenti una pluralità di proposte legislative in materia di antiriciclaggio e finanza digitale[83].

Il primo pacchetto di misure si pone a coronamento dell'*Action Plan* del 2020 e prevede l'adozione di quattro nuovi atti normativi: tre regolamenti e una sesta direttiva antiriciclaggio. In particolare, il primo regolamento[84] prevede l'istituzione di una *Anti Money Laundering Authority* (AMLA) europea, che svolgerà la duplice funzione di supervisione in ambito AML, come "fulcro di un sistema integrato (…)

[83] Per una sintesi degli obiettivi perseguiti e delle proposte presentate dalla Commissione vedi https://ec.europa.eu/info/publications/210720-anti-money-laundering-countering-financing-terrorism_en e https://ec.europa.eu/info/publications/200924-digital-finance-proposals_en.

[84] "*Proposal for a regulation establishing the Authority for Anti-Money Laundering and Countering the Financing of Terrorism and amending Regulations (EU) No 1093/2010, (EU) 1094/2010, (EU) 1095/2010*", disponibile al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0421.


ISSN 2036-7821

composto dall'Autorità stessa e dalle autorità nazionali", e di supporto e rafforzamento del "meccanismo" delle FIU, che continueranno ad operare a livello di ciascuno Stato membro secondo gli schemi predisposti dal GAFI.
Il secondo regolamento[85] mirerà a trasporre in un unico "*Rulebook*" la disciplina degli obblighi antiriciclaggio di cui sono destinatari gli operatori privati, attualmente contenuta nella Direttiva, in modo da conferirle il carattere dell'efficacia diretta e della diretta applicabilità. Un'altra proposta di regolamento[86] riguarderà il rafforzamento della trasparenza e della tracciabilità dei trasferimenti di fondi, nell'ottica di garantire l'estensione della disciplina in materia di antiriciclaggio anche all'ambito dei *virtual asset*, in linea con le raccomandazioni del GAFI di recente introduzione e con il nuovo quadro europeo in via di definizione.
Da ultimo, la sesta direttiva antiriciclaggio[87] si occuperà di regolamentare degli aspetti fondamentali, collegati alle procedure di valutazione dei rischi nazionali e sovranazionali, all'individuazione di paesi terzi "a rischio", all'istituzione di archivi nazionali utili per le analisi e per i controlli etc.
Il *Digital Finance Package*, invece, si basa a sua volta su tre pilastri: *i)* l'adozione di una strategia europea per la finanza digitale, finalizzata a rimuovere la frammentazione del "mercato unico digitale", promuovere l'innovazione e fronteggiare i rischi della trasformazione digitale; *ii)* due proposte di regolamento concernenti, rispettivamente, la regolamentazione dei mercati delle criptoattività[88] ed un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia di registro distribuito[89]; *iii)* l'iniziativa legislativa per l'introduzione di un regolamento[90] e di una direttiva[91] in materia di resilienza operativa digitale per il settore finanziario.

---

[85] "*Proposal for a regulation on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing*", disponibile al *link* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0420.

[86] "*Proposal for a regulation on information accompanying transfers of funds and certain crypto-assets (recast)*", disponibile al *link* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0422.

[87] "*Proposal for a directive on the mechanisms to be put in place by the Member States for the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing and repealing Directive (EU) 2015/849*", disponibile al *link* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0423.

[88] "*Proposal for a regulation on markets in crypto-assets*", disponibile al *link* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020PC0593.

[89] "*Proposal for a regulation on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology*", disponibile al *link* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020PC0594.

[90] "*Proposal for a regulation on digital operational resilience for the financial sector*", disponibile al *link* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0595&from=EN.

[91] "*Proposal for a directive amending directives 2006/43/EC, 2009/65/EC, 2009/138/EU, 2011/61/EU, EU/2013/36, 2014/65/EU, (EU) 2015/2366 and EU/2016/2341*", disponibile al *link* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020PC0596


ISSN 2036-7821

Nello specifico, la proposta di regolamento in materia di "*crypto-assets*"[92] persegue l'obiettivo di sfruttare le potenzialità delle tecnologie in parola preservando e garantendo, al contempo, la stabilità finanziaria e la tutela degli investitori. A tale scopo, sono previsti obblighi di preventiva autorizzazione, requisiti stringenti per gli emittenti e i prestatori di servizi in criptoattività che intendano operare nell'ambito del mercato unico, nonchè specifiche garanzie per gli investitori, quali una più chiara disciplina dei propri diritti e la possibilità di tutelarli tramite un'apposita procedura di reclamo[93]

In conclusione, nell'ottica di garantire la massima certezza del diritto e di prevenire i rischi che si celano nelle "zone d'ombra" non regolamentate, le proposte e le direttive indicate dalla Commissione debbono indubbiamente accogliersi con favore, in quanto finalizzate a rafforzare l'assetto concorrenziale del mercato unico europeo ovvero generare ulteriori orizzonti di crescita economica e sociale per imprese e consumatori.

Al contempo, deve rammentarsi come l'attività di contrasto al riciclaggio del denaro e al finanziamento del terrorismo nel settore finanziario richieda, non solo, un rapporto sinergico fra regolatore europeo ed autorità nazionali (chiamate a dare attuazione e ad applicare la comune cornice regolamentare), ma esiga, altresì, un dialogo costante ed un contributo significativo da parte degli intermediari finanziari e di tutti i soggetti destinatari degli obblighi antiriciclaggio.

Di pregnante importanza rimane, pertanto, l'attività di formazione ed aggiornamento delle categorie interessate, che consente di addivenire ad una sempre più solida "cultura della prevenzione". Se, infatti, è dato oramai consolidato che il riciclaggio non possa essere combattuto efficacemente solo con gli strumenti di repressione penale, volti ad individuare e punire gli autori dei reati, è altresì evidente

---

[92] L'art. 3, par. 1, n. 2 della proposta di regolamento, definisce la "criptoattività" come la "rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti e memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia di registro distribuito o una tecnologia analoga". Stando al tenore letterale della norma, la definizione ricomprenderebbe non solo le criptovalute ma anche i *token* utilizzati per i c.d. ICO (*Initial Coin Offering*) e gli NFT.

[93] Molti sono i rischi che si celano dietro il mondo dei cripto-*assets* per consumatori ed investitori, alimentando il circuito internazionale del riciclaggio. Di recente, le tre autorità europee di vigilanza del settore finanziario dell'UE, l'EBA, l'ESMA e l'EIOPA, hanno segnalato - in un documento congiunto - il considerevole livello di speculazione di tali strumenti di pagamento. I principali rischi sono connessi alla eccessiva volatilità dei prezzi, alla pubblicità ingannevole e, soprattutto, alla possibilità di perdere interamente il capitale investito, anche a causa di frodi, truffe, o attacchi informatici, senza potere fruire di alcuna forma di tutela o risarcimento.

Dello stesso tenore sono le preoccupazioni espresse dalla Consob e dalla Banca d'Italia con un comunicato congiunto del 28 aprile 2021. Le *Authority* italiane condividono il monito lanciato dalle omologhe europee, sottolineando come - nella persistente assenza di un quadro regolamentare di riferimento - l'operatività in criptoattività presenta rischi molto elevati e di diversa natura per consumatori e investitori. È stata, pertanto, sottolineata l'esigenza di accelerare i tempi sull'entrata in vigore del nuovo pacchetto di misure previsto dalla Commissione europea, che dovrà altresì essere recepito a livello interno.


ISSN 2036-7821

come il solerte coinvolgimento di tutti gli operatori nell'attività di intercettazione preventiva dei flussi di capitali illeciti sia fondamentale nell'arrestare alla fonte tale "catena criminale".


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Controllo pubblico su istituzioni senza scopo di lucro e gradazione della loro autonomia decisionale ai fini del SEC 2010.

## di Massimiliano Atelli

(Professore a contratto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche Contatti dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum", Dottore di ricerca in Diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza")

## Sommario

1. Premessa – 2. Enti senza scopo di lucro e loro inclusione nell'ambito del conto economico consolidato, nel sistema del SEC 2010 - 3. Autonomia decisionale dell'ente senza scopo di lucro fra indipendenza e soggezione al controllo pubblico – 4. Ingerenza dell'amministrazione pubblica nella forma del controllo sui flussi finanziari da essa provenienti – 5. Possibili declinazioni del controllo sui flussi finanziari.

## Abstract

For the purposes of including or not non-profit entities in the public aggregate envisaged by the ESA 2010, the preservation of significant decision-making autonomy is essential even when funding from public administrations prevails.

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


ISSN 2036-7821

*1. Premessa.*

La rinuncia del diritto comunitario ad un concetto unitario di 'pubblica amministrazione', per preferirgli, piuttosto, una nozione eclettica, 'funzionale' e 'strumentale', e come tale cangiante, a geometria variabile[1], è dato ormai da tempo acquisito. Che produce ovvi riflessi negli ordinamenti interni, sul piano effettuale.

Così, vi sono soggettività che, a certi fini, il diritto comunitario conduce a considerare espressione della sfera pubblica, alla quale restano invece estranee a fini differenti.

L'attenta elaborazione da parte della dottrina ha progressivamente messo in discussione la stessa utilità di interrogarsi intorno alla natura giuridica reale di queste entità, addivenendo alla conclusione, che oggi è prevalentemente accolta, che, a seconda dei fini e dei casi, si applicano ad essi – soggettività la cui matrice va più spesso ricercata nel diritto comune (in estrema sintesi: soggetti privati che operano con risorse pubbliche, sotto il controllo di amministrazioni pubbliche, utilizzando strumenti di diritto comune) - discipline tipicamente pubblicistiche e discipline tipicamente privatistiche[2].

---

[1] La letteratura in materia è molto ampia. Si vedano almeno S. Cassese, La nozione comunitaria di pubblica amministrazione, in Giorn. dir. amm., 1996, n. 10, cit., 920 ss.; E. Chiti, La nozione di ente pubblico tra disciplina comunitaria e nazionale, in Giorn. dir. amm., 1996, p. 741; J.A. Moreno Molina, Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1998, p. 561 ss., spec. p. 562, e in precedenza A. Massera, Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione, in El desenvolupament del dret administratiu europeu, Escola d'Administraciò Publica de Catalunya, Barcelona, 1993, p. 55 ss. In senso conforme cfr. altresì A. Pajno, La giustizia amministrativa nel 2016, in Giorn. dir. amm., p. 139 ss., e spec. p. 140.

Sul carattere sfuggente, anche nel diritto interno, della nozione di ente pubblico, si rinvia a D. Sorace, Diritto delle amministrazioni pubbliche (Una introduzione), cit., p. 29; G. Napolitano, Pubblica amministrazione in Italia, cit., p. 4; E. Casetta, voce Pubblica amministrazione, in Dig. IV, Disc. pubbl., vol. XII, Torino, 1997, p. 271 ss.; M. Cammelli, La pubblica amministrazione, Bologna, 2004, pp. 12-16,; L. Torchia (a cura di), Il sistema amministrativo italiano, Bologna, 2009, pp. 23-24, e C. Marzuoli, Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola, in Dir. pubbl., 1995, p. 393 ss.

[2] Cfr. F. Galgano, "Pubblico" e "privato" nella qualificazione della persona giuridica, in Riv. trim. dir. pubbl., 1966, p. 279 ss.; V. Ottaviano, voce Enti pubblici, in Enc. dir., vol. XIV, Milano, 1965, p. 963 ss.; G. Miele, La distinzione fra ente pubblico e privato, in Studi in memoria di F. Ferrara, Milano, 1943 ed ora in Scritti giuridici, Milano, 1987, p. 365 ss.; M.S. Giannini, Diritto amministrativo, Milano, III ed., 1993, vol. I, p. 181 ss., e successivamente tra i tanti, V. Cerulli Irelli, "Ente pubblico": problemi di identificazione e disciplina applicabile, in V. Cerulli Irelli-G. Morbidelli (a cura di), Ente pubblico ed enti pubblici, Torino, 1994, p. 97; S. Cassese, Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa, in Riv. trim. dir. pubb., 1985, p. 374 ss.; G. Rossi, Gli enti pubblici, Bologna, 1991, spec. p. 264 ss.; L. Giani, L'organizzazione amministrativa, in F.G. Scoca (a cura di), Diritto amministrativo, Torino, 2014, III ed., p. 143 ss.; G. Napolitano, Soggetti privati "enti pubblici"?, in Dir. amm., 2003, p. 801 ss. Con riguardo al tema più specifico qui considerato, S. Del Gatto, Sistema "Sec 95" ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica, in Giorn. dir. amm., 2013, p. 960 ss.; M. Di Lullo, Soggetti privati "pubbliche amministrazioni" ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica, in Foro amm.-C.d.S., 2013, p. 3579 ss. (ma già ID, « Pubbliche amministrazioni » (ai sensi del sistema Sec 95) e « società private di diritto pubblico » (in Foro amm. TAR, 2007, pag. 2522 ss., nota a T.A.R. Roma, 25 maggio 2007, n.4826, sez. III) e F. G. Grandis-G. Mattei, L'elenco ISTAT e la nozione di "pubblica amministrazione", in Riv. Corte conti, n. 1/2014, p. 523 ss.

Sul rapporto, anche dicotomico, fra diritto privato e diritto pubblico, restano fondamentali quanto meno le letture di N. Bobbio, La grande dicotomia pubblico/privato, in ID., Stato, governo, società – Frammenti di un dizionario politico, Torino, Einaudi, 2006 (rist.), 7 ss.; M. Giorgianni, Il diritto privato e i suoi attuali confini, in


ISSN 2036-7821

Emblematico, il caso – di certo, il più diffuso - delle società partecipate da enti pubblici. In questa ipotesi, come nelle altre (consorzi, enti a base associativa, etc.) in cui sia configurabile un fenomeno di partecipazione in senso tecnico da parte di più distinti danti causa (consorziati, associati, etc.), il carattere più o meno "aperto" dell'organizzazione[3] imprime, per certi versi, carattere naturalmente dinamico sia agli assetti della governance interna che agli apporti finanziari.

In parte differente appare, invece, la situazione di quegli enti senza scopo di lucro che, quantomeno ove assumano conformazioni di tipo tradizionale secondo il diritto comune, tendono a restare nel corso della loro vita ancorati a un momento istitutivo nel quale vengono impressi caratteri di fondo destinati a rimanere sostanzialmente invariati[4]. In cui manca, cioè, quella naturale dinamicità ravvisabile nelle organizzazioni a carattere "aperto"[5].

---

Riv. trim. dir. proc. civ., 1961, 391 ss.; S.Pugliatti, voce Diritto pubblico e diritto privato, in Enc. dir., vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, 696 ss.; 71 ss. e 93 ss.; M.S.Giannini, Diritto pubblico dell'economia, Bologna, il Mulino, 1995; ID., Autonomia, in Riv. dir. trim. dir. pubbl., 1951, 861 ss.; ID., Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia, in Riv. dir. comm., 1959, I, 313 ss.; G. Amato, L'interesse pubblico e le attività economiche private, in Pol. dir., 1970, 449 ss.; C.Franchini, Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle interferenze tra diritto pubblico e privato, in Scritti in onore di G. Guarino, II, Padova, Cedam, 1998, p. 378 ss.; ID, La riforma dell'amministrazione pubblica, in Cassese-Franchini, L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 192 ss.; S. Cassese, Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo, in Riv. trim. dir. pubbl., 2002, 27 ss.; ID., Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici e autonomie private, ivi, 2000, p. 389 ss.; M. D'alberti, Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati, ivi, 2000, p. 395 ss.; S. Rodotà, Funzione politica del diritto dell'economia e valutazione degli interessi realizzati dall'intervento pubblico, in P. Barcellona (a cura di), L'uso alternativo del diritto, vol. I (Scienza giuridica e analisi marxista), Roma-Bari, Laterza, 1973, 229 ss.; G.Alpa, La distinzione/contrapposizione di diritto privato e diritto pubblico nella giurisprudenza, in N. giur. civ. comm., 1998, II, p. 1 ss.; G.Oppo, Diritto privato e interessi pubblici, in Riv. dir. civ., 1994, I, p. 25 ss.; M. Libertini, Limiti e ruolo dell'iniziativa economica pubblica alla luce del Testo Unico, in AA.VV., Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo unico, a cura di Ibba, Milano, Giuffrè, 2019, 64 ss.

[3] L'uso di questo lemma non è casuale, ma rimanda all'espressione «organizzazioni pubbliche in forma privatistica» coniata a suo tempo da V.Cerulli Irelli, Diritto privato dell'amministrazione pubblica, Torino, 2008, p. 2, poi ripresa dall'Autore anche in Amministrazione pubblica e diritto privato, Torino, Giappichelli, 2011, p. 35 ss.

[4] Cfr. A. Romano Tassone, Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello, in Dir. amm., 2005, p. 473 ss.

[5] Il riferimento è, evidentemente, all'ampio e diversificato ambito delle fondazioni che sempre più tendono a trovare nel quadro regolatorio del libro I del codice civile un punto di partenza, ma non anche di arrivo: in dottrina, fra gli altri, F.Roversi Monaco-M. Maltoni, Fondazioni e interessi generali in Italia, Relazione al XVIII Convegno italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo: "Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni?" — Bologna, 27-29 maggio 2010, in www.astrid-onilne.it, p. 5; P.Rescigno, voce Fondazione (dir. civ.), in Enc. dir., XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 790 ss., G. Ponzanelli, La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore, in N. giur. civ. comm., 2006, II, p. 419 ss.; G. Napolitano, Soggetti privati "enti pubblici"?, in Dir. amm., 2003, p. 801; ID, Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole, in Fondazioni e Attività Amministrativa, Atti del Convegno - Palermo, 13 maggio 2005, a cura di S. Raimondi e R. Ursi, Torino, Giappichelli, 2006, p. 66 ss.; A. Romano, Relazione di sintesi, ivi, p. 183; F.Merusi, La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato, in Dir. amm., 2004, p. 447 ss.; F.Freni, Le trasformazioni degli enti pubblici, Torino, Giappichelli, 2004, p. 255 ss. e A.Bardusco, voce Fondazione di diritto pubblico, in Dig. disc. pubbl., VI, Torino, Utet, 1991, p. 389 ss.


ISSN 2036-7821

*2. Enti senza scopo di lucro e loro inclusione nell'ambito del conto economico consolidato, nel sistema del SEC 2010.*

Nell'ambito del diritto comunitario, fra le discipline di settore che si sono dotate di autonomi criteri distintivi di ciò che va considerato pubblico da ciò che va considerato invece privato, occorre volgere lo sguardo - per quanto qui interessa – al Regolamento Ue n. 549/2013[6].

Come noto, il sistema europeo dei conti nazionali e regionali, elaborato allo scopo di dotarsi di un punto di riferimento chiaro e univoco per il compimento delle scelte di politica (macro)economica, è - anche nella versione attuale (c.d. Sec 2010) - ordinato intorno al principio dell'inclusione nell'ambito del conto economico consolidato, che costituisce il riferimento per gli aggregati trasmessi alla Commissione Europea, in applicazione del Protocollo sulla Procedura per i deficit eccessivi annesso al Trattato di Maastricht, di tutte le soggettività che, in base alla tassonomia di riferimento, corrispondono allo schema della "unità istituzionale"[7]. Laddove, per unità istituzionale, si intende un'entità economica caratterizzata da autonomia di decisione nell'esercizio della propria funzione principale.

Unità istituzionali, accanto alle amministrazioni pubbliche a conformazione tradizionale, possono peraltro essere anche istituzioni senza scopo di lucro.

Ai fini di quanto stabilito dal Sec 2010, infatti, la relazione esistente tra un'amministrazione pubblica e un ente senza scopo di lucro può determinare l'inclusione di quest'ultimo nell'ambito del conto economico consolidato. Che, dunque, consta non soltanto di soggettività pubbliche a conformazione tradizionale,

[6] Da ultimo, si v. A. Abbate, I rapporti tra diritto interno e diritto europeo e le recenti implicazioni in tema di equilibrio di bilancio, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2021, 3, p. 478 ss.; L Marzialetti, Contabilità nazionale e unità istituzionali. Interpretazione ed applicazione dei criteri dettati dal Sec2010 per l'inserimento delle Pp.Aa. nell'Elenco delle unità istituzionali appartenenti al settore delle Amministrazioni Pubbliche di competenza dell'Istat, in http://www.avvocaturastato.it, e R. Pescatore, Lo status di pubblica amministrazione e la "ridondanza" sul bilancio della Repubblica, in Diritto&Conti, 26.7.2020. Per un contributo più risalente, v. anche S. Del Gatto, Sistema ''Sec 95'' ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica, in Giorn. dir. amm., 2013, p. 960 ss.

[7] Evidenzia F.Sucameli (Il giudice del bilancio nella Costituzione italiana, Napoli, 2022, p. 213), che fra il 1996 e il 2013 il SEC si è evoluto da pura disciplina statistica in norma contabile, facendosi strumento per identificare il perimento del consolidamento contabile dei saldi dello Stato membro, allo scopo di pervenire alla costruzione di saldi interni raffrontabili con quelli costruiti secondo lo standard del SEC 2010 per verificare il rispetto degli obiettivi comunitari comuni di politica economica.

Per un ampio approfondimento del tema generale, anche in chiave di ricostruzione storica, si rinvia a A. Brancasi, Le trasformazioni dell'assetto e del governo della finanza pubblica negli ultimi cinquant'anni, in Dir. pubbl., 2018, 413 ss. e M. Trimarchi, Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale, in Riv. it. dir. pubb., comunit., 2017, p. 623 ss.


ISSN 2036-7821

ma anche di entità che, per il diritto interno, sarebbero più spesso considerate di carattere in tutto o in prevalenza privatistico[8].
Le unità istituzionali possono trovarsi in posizione di indipendenza o meno, rispetto ad un'amministrazione pubblica di riferimento. Per stabilire se le istituzioni senza scopo di lucro possano essere riconosciute come entità giuridiche indipendenti, occorre volgere lo sguardo ai 5 indicatori della sussistenza di un controllo pubblico[9] di cui al citato Regolamento Ue n. 549/2013.
Ai fini che qui interessano, in ogni caso, l'attenzione va concentrata sull'attributo "indipendenti", che distingue queste entità in funzione degli indicatori di controllo anzidetti. Ove l'analisi caso per caso di questi indicatori deponga nel senso dell'assenza di controllo pubblico[10], per diretto riflesso ne uscirà asseverata la rispettiva indipendenza.
E' da evidenziare da subito che, come meglio sarà specificato più avanti, l'indipendenza di queste entità è funzione del reale grado di autonomia decisionale di ciascuna rispetto all'amministrazione pubblica di riferimento. Perché nell'odierno sistema europeo dei conti nazionali e regionali, il tema che ne occupa si pone, ovviamente, solo per le istituzioni senza scopo di lucro rispetto alle quali esista, o si possa prospettare, un'amministrazione pubblica di riferimento.

*3. Autonomia decisionale dell'ente senza scopo di lucro fra indipendenza e soggezione al controllo pubblico.*

[8] Cfr. G. Colombini, Notazioni a margine del processo di costituzionalizzazione della nozione finanziaria di amministrazione pubblica, in Passato e presente del diritto amministrativo, a cura di G. Pizzanelli, Napoli, 2017, p. 83 ss., e P. Gotti, La problematica 'nozione finanziaria' di pubblica amministrazione, l'elenco Istat e la regola della spending review, in Dir. amm., 2016, nt. 51.

[9] Il tema impegna da tempo, nell'ordinamento interno, il giudice contabile (e non solo: v. Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 5617/2015 e Cass. SS.UU. sentenza n. 12496/2017), che ha giurisdizione esclusiva (Cass.. sez. un., 3 marzo 2014, n. 5805 e Cass., sez. un., 21 dicembre 2005, n. 28263) riguardo all'inserimento delle unità istituzionali nell'elenco annualmente redatto dall'Istat (in tema, G. Colombini, La giurisdizione contabile in materia di debito pubblico: una ipotesi da esplorare, in Riv. trim. dir. Pubb., 2020, p. 122 ss., e F.Sucameli, Il giudice del bilancio nella Costituzione italiana, cit., pp. 218-219).

Per Corte dei conti, SS.RR., spec. comp., 10.10.2017, sent. nn. 31 e 32, in particolare, in base alla metodologia del Sec 2010 <<un'entità, qualificabile "istituzione senza scopo di lucro" (ai sensi dei parr. 1.57 e 2.112 lett. c) del Sec 2010), potrà essere inserita nel settore pubblico (S13 della Ta-vola 2.1 del Sec 2010) solo all'esito di un giudizio che si articola in due fasi successive (grafico generale 2.1 del par 2.32; par. 2.112 lett. c, e 20.13 del Sec 2010): 1) in primo luogo, dovrà pervenirsi ad un esito negativo del c.d. quantitative market-non market test (le vendite dei beni e servizi prodotti non devono coprire il 50 per cento dei costi, trattandosi così di produttore di beni e servizi non destinabili alla vendita in quanto offerti sul mercato ad un prezzo economicamente non significativo; ciò in base al par. 20.16 del Sec 2010 che rinvia ai criteri generali fissati dai parr. 3.14, 3.16, 3.17, 3.18, 3.19, 3.23, 3.33, 20.19, 20.20, 20.21, 20.29, 20.30, 20.31 del Sec 2010), e, in secondo luogo, 2) dovrà essere effettivamente presente un "controllo pubblico" sull'ente (controllo da appurarsi sulla base di una valutazione da effettuarsi attraverso un giudizio "in concreto" che consideri tutte le circostanze della fattispecie controversa – parr. 1.36, 2, 39 e 20.15, paragrafo, quest'ultimo, che discorre di "giudizio soggettivo")»>>.

[10] Sulla differenza fra controllo pubblico previsto dal Sec 2010 e vigilanza ministeriale, si v. Corte dei conti, SSRR, spec. composiz., sent. n. 25/2020.


ISSN 2036-7821

Premesso che nella maggior parte dei casi l'esistenza del controllo pubblico sarà evidenziata da una serie di indicatori combinati fra loro, un unico indicatore può talora essere sufficiente per stabilire se sussiste o meno il controllo pubblico di cui si discorre. Tuttavia, se un'istituzione senza scopo di lucro finanziata principalmente dall'amministrazione pubblica conserva in misura significativa la capacità di determinare la sua politica o il suo programma[11] lungo le linee definite dagli altri indicatori, non viene considerata controllata dall'amministrazione pubblica.
E a dare la misura del peso rispettivamente attribuito dall'ordinamento eurounitario all'autonomia finanziaria, da un lato, e all'autonomia decisionale, dall'altro, sta la circostanza che, per la Corte di Giustizia[12], è comunque doveroso verificare se l'ente non lucrativo mantenga o meno l'autonoma gestione dei flussi di finanziamento (o, quantomeno, la mantenga in misura significativa).
In buona sostanza, secondo i giudici europei, persino in presenza di un finanziamento pubblico integrale o quasi integrale, l'ente potrebbe essere "autonomo", ai fini del Sec 2010, laddove non esista alcun controllo pubblicistico sulla gestione di tali flussi finanziari perché l'ente non lucrativo "rimane in grado di determinare la propria politica o il programma"[13]; per converso, il controllo pubblico, in queste ipotesi sarà presente solo ove sia dimostrato in giudizio che esistano "controlli su tali flussi di finanziamento sufficientemente restrittivi per influenzare in modo reale e sostanziale la politica generale o il programma".
Appare evidente come l'autonomia decisionale dell'ente non lucrativo sia il punto di snodo, in un'accezione che guarda tuttavia alla sua effettività in concreto, piuttosto che in astratto. Il che richiede, per conseguenza, una rigorosa verifica del se l'ingerenza esercitabile dall'amministrazione pubblica di riferimento sui flussi di finanziamento sia a tal punto stringente da poter influenzare in modo reale e sostanziale le decisioni strategiche dell'ente[14].
Rileva, dunque, non l'autonomia decisionale in sé (dell'ente senza scopo di lucro), vale a dire quella statutariamente prevista[15], bensì quella che il governo dei flussi di

[11] Per Corte di giustizia, sent. 11.9.2019 (C-612/17 e C-613/17), gli elementi rilevanti al fine di determinare l'esistenza di un controllo pubblico su un'istituzione senza scopo di lucro si riferiscono non alla funzione di gestire e amministrare un ente nonché a garantire l'espletamento delle pratiche correnti, bensì a quello di definire o fissare gli obiettivi dell'ente, le sue attività e i loro aspetti operativi, nonché gli indirizzi strategici e gli orientamenti che l'ente intende perseguire nell'esercizio di tali attività.

[12] Corte di giustizia, sent. 11.9.2019, cit.

[13] Cfr. P. Gotti, La problematica 'nozione finanziaria' di pubblica amministrazione, l'elenco Istat e la regola della spending review, in Dir. amm., 2016, nt. 113.

[14] Mostra attenzione al tema, da ultimo, anche TAR Emilia-Romagna, sez. II, sent. 28.4.2022, n. 375, in Diritto e pratica amministrativa, 2022, n. 3, con nota di commento del sottoscritto.

[15] Anche se, per vero, non svaluta il dato statutario Corte dei conti, SSRR, spec. composiz., sent. 1/2020 (con nota di A. Gualdani, Sulla natura giuridica della Fondazione Teatro della Scala secondo la Corte dei conti, in Foro amm., 2020, p. 549 ss.), che, muovendo dalla normativa nazionale in tema di fondazioni lirico-sinfoniche (art. 10 d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367), la quale prevede che "lo statuto de[bba]garantire l'autonomia degli organi della


ISSN 2036-7821

finanziamento da parte dell'amministrazione pubblica di riferimento, in forza dei poteri di cui quest'ultima disponga, lasci - concretamente - all'ente senza scopo di lucro[16].

In questo senso, sebbene il riferimento introduca una nota modulativa suscettibile di creare qualche incertezza interpretativa, prima, e applicativa, poi, è certamente degno di attenzione che il paragrafo 20.15 dell'allegato A del regolamento SEC riconosca espressamente che, se una particolare istituzione senza scopo di lucro «finanziata principalmente dall'amministrazione pubblica», conserva non già integralmente, ma anche soltanto <<in misura significativa>>, quella capacità di determinare la sua politica o il suo programma», allora <<non viene considerata controllata dall'amministrazione pubblica>>.

*4. Ingerenza dell'amministrazione pubblica nella forma del controllo sui flussi finanziari da essa provenienti.*

In che cosa esattamente debba consistere questo controllo è tema approfondito nella già evocata importante decisione del 2019 della Corte di giustizia.

Nell'occasione, i giudici eurounitari hanno affermato che la questione del controllo di unità istituzionali, da parte di un'amministrazione pubblica, non può riferirsi all'aspetto se l'amministrazione pubblica eserciti un'influenza determinante sulla gestione o sulla capacità decisionale dell'unità istituzionale, la quale è dotata, per definizione, di piena autonomia in materia, ma mira a stabilire se detta amministrazione sia in grado, nonostante l'esistenza di una siffatta autonomia, di dirigere e di esercitare forme di pressione sull'unità nell'ambito della definizione e della realizzazione stesse dei suoi obiettivi, delle sue attività e dei suoi indirizzi strategici.

In altri termini, ad avviso della Corte di Strasburgo, la nozione di «capacità di determinar[e] la politica generale o il programma» di un'istituzione senza scopo di lucro, ai sensi dell'allegato A, punto 20.15, prima frase, al regolamento n. 549/2013, deve essere interpretata come la capacità di un'amministrazione pubblica di svolgere, attraverso gli indicatori di controllo di cui all'allegato A, punto 2.39, lettere da a) ad e), e punto 20.15, lettere da a) ad e), al regolamento n. 549/2013, nonché attraverso gli indicatori di controllo corrispondenti applicabili alle istituzioni senza

---

fondazione, i componenti dei quali non rappresentano coloro che li hanno nominati né ad essi rispondono", osservato che "Quindi, non soltanto lo statuto non contempla strumenti tecnici di coordinamento idonei a far prevalere la volontà della "parte pubblica" (complessivamente considerata), ma, all'opposto, esclude ogni tipo di influenza delle P.A. sulla politica e programmazione gestionale della Fondazione, la quale è rimessa esclusivamente agli organi interni dell'ente privato lirico-sinfonico.".

[16] Traendo spunto da Corte di giustizia, Sez. quarta, 3.2.2021 (C-155/19 e C-156/19), punto 51 (in Giur. Comm., 2021, II, p. 935 ss., con nota di G. Fidone), che riprende quanto già affermato da Corte di giustizia Ue, 27.2.2003 /C-373/00), si è portati a escludere che un controllo a posteriori possa soddisfare tale criterio, in quanto non idoneo a consentire ai poteri pubblici di influire sulle decisioni dell'ente senza scopo di lucro.


ISSN 2036-7821

scopo di lucro, di cui all'allegato A, punto 20.309, a tale regolamento, un'influenza reale e rilevante sulla definizione e sulla realizzazione stesse degli obiettivi dell'istituzione senza scopo di lucro, delle sue attività e dei loro aspetti operativi, nonché degli indirizzi strategici e degli orientamenti che l'istituzione senza scopo di lucro intende perseguire nell'esercizio di siffatte attività.

Con il consueto pragmatismo, ispirato ad una tradizione culturale di forte senso della prevalenza della sostanza sulla forma, i giudici eurounitari fissano a ben vedere due punti.

Il primo, è che ad un'autonomia decisionale nominale non corrisponde necessariamente un'autonomia decisionale effettiva. Nel senso che "nonostante" un'autonomia decisionale nominale, è ben possibile che l'amministrazione pubblica di riferimento riesca egualmente a dirigere e esercitare forme di pressione sull'unità nell'ambito della definizione e della realizzazione stesse dei suoi obiettivi, delle sue attività e dei suoi indirizzi strategici.

Il secondo punto, attiene invece ai mezzi e ai modi attraverso i quali l'amministrazione pubblica di riferimento può, nonostante l'autonomia decisionale per così dire nominale dell'ente senza scopo di lucro, riuscire a dirigere e esercitare forme di pressione sull'unità nell'ambito della definizione e della realizzazione stesse dei suoi obiettivi, delle sue attività e dei suoi indirizzi strategici. Questi mezzi e modi non attengono, nell'ottica del Sec 2010, al diversificato peso dell'amministrazione pubblica negli assetti proprietari (come accade, in prevalenza, nel caso delle organizzazioni a forma societaria) oppure nei conferimenti iniziali (come potrebbe essere per gli enti a struttura fondazionale), bensì dall'esistenza di "controlli su tali flussi di finanziamento sufficientemente restrittivi per influenzare in modo reale e sostanziale la politica generale o il programma".

Riguardo agli enti senza scopo di lucro, i cui limiti di scopo rappresentano un fattore immanente nell'azione e anche nella capacità di autofinanziamento, acquista così piena evidenza il potere di ingerenza detenibile, e nei singoli casi detenuto, dall'amministrazione pubblica di riferimento, in forza della sua capacità di condizionarne l'operatività attraverso il controllo sui flussi di finanziamento da essa provenienti. Il punto non è dunque la quantità del finanziamento pubblico, bensì la sua qualità, intesa come controllo (rectius, governance) sui flussi di finanziamento: se è sufficientemente restrittivo "per influenzare in modo reale e sostanziale la politica generale o il programma", allora l'ente non lucrativo è da ritenersi controllato da amministrazioni pubbliche e da classificare, conseguentemente, nel settore delle amministrazioni pubbliche.

In questa direzione, una prima considerazione va sviluppata nel senso che, se il tema è quello del controllo che l'amministrazione pubblica di riferimento riesca a detenere sui flussi di finanziamento destinati all'ente non lucrativo, vuol dire allora che il


ISSN 2036-7821

nodo sta nella ripetitività (e, di riflesso, durevolezza) di questi flussi, se non anche nella loro costanza e regolarità. Ma questo conduce, allora, all'impossibilità di includere nell'ambito qui specificamente considerato tutte quelle forme di enti non lucrativi organizzate secondo modelli basati su un conferimento iniziale una tantum, anziché su conferimenti che si ripetono nel tempo (atteggiandosi, dunque, a flussi di finanziamento).

Per quanto riguarda in particolare lo schema della fondazione, questo elemento conduce, in particolare, a escludere le fondazioni di tipo tradizionale[17], ma non, invece, le cosiddette fondazioni di partecipazione[18].

Con questa espressione, si suole ormai da tempo indicare un ente non lucrativo dalle caratteristiche peculiari, elaborate in certo qual senso in reazione alla progressiva inadeguatezza del modello tradizionale di fondazione, connotato dal distacco dell'ente dal fondatore, dalla posizione servente dell'organo amministrativo e - per quanto qui soprattutto interessa - da una dotazione patrimoniale iniziale autosufficiente al perseguimento dello scopo. Il nuovo tipo di fondazione, aperto a soggetti pubblici e privati, è invece contraddistinto, essenzialmente:

(a. dalla pluralità di fondatori o comunque di partecipanti all'iniziativa mediante un apporto di qualsiasi natura purchè utile al raggiungimento degli scopi;

(b. dal principio di partecipazione attiva alla gestione dell'ente da parte di tutti i fondatori o partecipanti all'ente, principio che conforma l'organizzazione dell'ente stesso e le sue regole di azione; in altri termini, l'ente è organizzato in una pluralità di

[17] In tema, restano essenziali le letture di F.Galgano, Introduzione, in Associazioni e fondazioni: dal codice civile alle riforme annunciate Atti del convegno di studi in onore di Pietro Rescigno, Gardone Riviera 23-24 giugno 2000, a cura di Carusi, Milano, 2001, p. 3 ss.; G.Guarino, Note in tema di fondazioni, in Studi in onore di Fausto Cuocolo, Milano, 2005, p. 767 ss.; ID., Le fondazioni. Alcune considerazioni generali, in Cedam, 1989, p. 1 ss.; S. Cassese, La disciplina delle fondazioni: situazioni e prospettive, in Studi in onore di P. Rescigno, II, Diritto privato, 1, Milano, 1998, p. 161 ss. e A.Zoppini, Quattro tesi per una rilettura delle norme sulle fondazioni, in Gli enti "non profit" in Italia, a cura di Ponzanelli, Padova, 1994, p. 59 ss.

[18] *Ex multis*, M. Chiti, La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario, in Fondazione italiana per il notariato, www.fondazionenotariato.it, p. 37 ss.; A. Police, Le fondazioni di partecipazione, in F. Mastragostino (a cura di), La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme, cit., 393 ss.; G. Napolitano, Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole, in Dir. amm., 2006, p. 579 ss.; G.Morbidelli, Le fondazioni per la gestione dei beni culturali, in Fondazioni e attività Amministrativa, Atti del Convegno - Palermo, 13 maggio 2005, a cura di S. Raimondi e R. Ursi, Torino, Giappichelli, 2006, p. 109 ss.; F. Manganaro, Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche, in Dir. smm., 2014, p. 74; Bellezza - F. Florian, Le Fondazioni di partecipazione, Milano, 2006; R. Costi, Fondazione e Impresa, in Rivista del diritto civile, 1968, p. 27 ss.; G. Franchi Scarselli, La gestione dei servizi culturali tramite fondazione, in www.aedon.it, 1/2002; F. Succi, Profili operativi e gestionali della fondazione di partecipazione quale istituto idoneo alla gestione dei servizi culturali alla luce della vigente situazione socio-economica, in Notariato, 2014, 6, p. 627. Per Corte dei conti, SSRR in spec. composiz., sent. n. 1/2020, cit., anche le Fondazioni lirico-sinfoniche sono "fondazioni di partecipazione", che operano in concorrenza tra loro (anche dal punto di vista dell'accesso alla fondazione dei privati).


ISSN 2036-7821

organi al fine di consentire una partecipazione attiva di tutti gli aderenti alla fase gestionale;
(c. dalla formazione progressiva del patrimonio, per cui la dotazione patrimoniale iniziale non è autosufficiente e definitiva, ma aperta ad incrementi per effetto di adesioni successive da parte di soggetti ulteriori rispetto ai fondatori.
In sintesi, diversamente dalla fondazione tradizionale, nel caso della fondazione di partecipazione lo schema organizzativo mira a consentire ai fondatori, e in generale ai "conferenti", di partecipare alla fase attuativa del programma fondazionale, superando l'idea del distacco del fondatore dalle sorti dell'ente, a favore di una progressiva stabilizzazione delle sue prerogative di interferenza sull'attività attuativa dello scopo[19].

*5. Possibili declinazioni del controllo sui flussi finanziari.*
Per quanto qui interessa, appare in ogni caso chiaro che, ai fini del Sec 2010, l'attenzione è da concentrare sul controllo, inteso come *governance*, sui flussi di finanziamento provenienti dall'amministrazione pubblica.
Un controllo, a ben vedere, che, per farsi *governance*, deve avere la possibilità di decidere di sè stesso, e, dunque, all'occorrenza, perfino di interrompere i flussi di finanziamento.
E' da dire che questo modo di intendere il controllo può trovare, applicativamente, declinazioni anche molto differenti. Accanto cioè a situazioni nelle quali il congegno di controllo è ordinato in modo da spiegare effetto dall'interno dell'ente non lucrativo, potrebbero infatti darsi casi nei quali il controllo si attui dall'esterno.
Anche con riguardo agli enti non lucrativi di tipo fondazionale, potrebbero esservene di dotati, sul piano statutario, di completa autonomia decisionale, ma la cui operatività concreta sia condizionabile da un'amministrazione pubblica di riferimento in forza di una libertà, che essa – specie se rimasta estranea al novero dei fondatori - si sia in ipotesi riservata in modo totale nei reciproci rapporti, di definanziare attività già da essa finanziate. Oppure di scegliere, sempre liberamente, cosa finanziare e cosa no. Oppure, ancora, di finanziare una data attività solo a certe condizioni, dipendenti dall'operato dell'ente non lucrativo (ad es., rispetto di date tempistiche[20]).
E' del tutto evidente, in casi di questo genere, che l'autonomia decisionale nominale dell'ente senza scopo di lucro può finire con l'acquisire, nella pratica corrente, un forte sapore di astrazione, in particolare ove il peso dei finanziamenti aventi questa provenienza sia preponderante sul totale.

[19] Così, M. Maltoni, La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità, in https://elibrary.fondazionenotariato.it/articolo.asp?art=06/0603&mn=3.
[20] Cfr. Corte dei conti, Sez. giur. Toscana, sent. nn. 186/2020 e 232/2020.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# La partecipazione alle gare d'appalto pubblico degli operatori economici extra comunitari.

## di Simone Francario

(Avvocato, dottorando di ricerca presso l'Università del Molise UNIMOL)

## Sommario

1. Introduzione; 2. La partecipazione alle gare pubbliche degli operatori economici comunitari ed extracomunitari ai sensi del D. Lgs. n. 50/2016; 3. La partecipazione degli operatori economici extracomunitari ai sensi del Government Procurement Agreement; 4. In particolare: la partecipazione degli operatori economici inglesi ai sensi dell'Accordo di libero scambio concluso tra l'Unione europea e il Regno Unito; 5. Il caso "*Elettrify limited*" – TAR Piemonte, Sez. II, 3 dicembre 2021, n. 1110; 6. Il caso "*Karsan Otomotiv*" – TAR Sardegna, Sez. I, 2 novembre 2021, n. 737; 7. Conclusioni; 7.1 L'ipotesi della partecipazione internazionale "garantita": presupposti e requisiti; 7.2 L'ipotesi della partecipazione internazionale "non garantita" e rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

## Abstract

It is an established fact that globalization has had considerable effects and repercussions in the conduct of international trade.

In particular, both nationally and supranationally, attempts are being made (with increasing frequency and while always respecting delicate political-diplomatic balances between the States) to eliminate, or at least reduce, the barriers that prevent free entry into the national territory of foreign goods, services and businesses.

This is true both in the context of contracts concluded between private individuals and in the context of public contracts.

It is no coincidence that, to date, the fact that a national administration has to negotiate with foreign economic operators is no longer a novelty or an isolated case.

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


ISSN 2036-7821

*1. Introduzione.*

Costituisce un dato ormai acquisito il fatto che la globalizzazione ha avuto effetti e ricadute considerevoli nello svolgimento dei traffici commerciali internazionali.

In particolare, sia in ambito nazionale che sovranazionale si cerca (con sempre maggiore frequenza e pur sempre nel rispetto di delicati equilibri politico-diplomatici tra gli Stati) di eliminare, o quantomeno di ridurre, le barriere che impediscono il libero ingresso in territorio nazionale di beni, servizi e imprese straniere.

Ciò vale tanto nell'ambito dei contratti conclusi tra privati, che nell'ambito dei contratti pubblici.

Non a caso, ad oggi, non costituisce più una novità o un caso isolato il fatto che una amministrazione nazionale si trovi a contrattare con operatori economici stranieri.

In tale ipotesi, inoltre, bisogna anche tenere a mente che non tutti gli operatori economici stranieri godono del medesimo trattamento: il regime giuridico applicabile a questi ultimi dipende da più fattori come, ad esempio, l'appartenenza (o meno) all'Unione europea, ad una specifica organizzazione internazionale o, ancora, ad uno Stato che risulti a sua volta firmatario di determinati accordi internazionali di libero scambio.

Il tema della partecipazione degli operatori economici stranieri alle gare pubbliche bandite in Italia è tornato alla luce soprattutto a seguito dell'uscita del Regno Unito dall'Unione europea in quanto ha imposto un necessario ripensamento (o meglio, una rinegoziazione) dei requisiti e delle condizioni di partecipazione delle imprese inglesi agli appalti banditi in Europa.

Scopo del presente lavoro, dunque, è quello di individuare e ricostruire, in chiave sistematica, le principali norme in materia.

A tal fine si procederà, in primo luogo, ad esaminare le disposizioni del codice dei contratti pubblici italiano, per poi passare ad analizzare le principali normative internazionali.

Per completezza, nell'esame di tale complesso sistema di norme, composto da fonti nazionali e internazionali, saranno esaminati anche i principi e gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza, cristallizzati in una serie di casi recentemente decisi dal giudice amministrativo (TAR Piemonte, Sez. II, 3 dicembre 2021, n. 1110 e TAR Sardegna, Sez. I, 2 novembre 2021, n. 737).

*2. La partecipazione alle gare pubbliche degli operatori economici comunitari ed extracomunitari ai sensi del D. Lgs. n. 50/2016.*


ISSN 2036-7821

Come è noto, in base al d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici), ed alle direttive comunitarie cui esso dà attuazione[1], tanto gli operatori economici nazionali, quanto quelli comunitari, possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici in condizioni di parità, fermo restando, ovviamente, il rispetto dei requisiti di capacità generale e speciale di volta in volta stabiliti.[2]

Infatti, in applicazione dell'articolo 18 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio[3], il codice dei contratti pubblici all'articolo 45 precisa che "*sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera p)*[4] *nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi*."[5]

La partecipazione degli operatori economici extracomunitari, al contrario, non è "automatica", ma è subordinata al rispetto di ulteriori condizioni che sono contenute, principalmente, negli articoli 49 e 137 del d. lgs. 50/2016[6]

L'articolo 49 del codice (che recepisce in maniera pressoché identica l'articolo 25 della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 43 della direttiva 2014/25/UE) si riferisce alle condizioni di partecipazione degli operatori economici extracomunitari e prevede che: "*Nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'AAP e dagli altri accordi internazionali a cui l'Unione è vincolata, le amministrazioni aggiudicatrici applicano ai lavori, alle forniture, ai*

[1] Si fa riferimento alle seguenti direttive: direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici che abroga la direttiva 2004/18CE; direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

[2] Cfr., *ex multis*, A. TOMASSETTI, *Operatori economici*, in M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui Contratti Pubblici*, Milano, 2019, II, pp. 569 e ss.

[3] Cfr. direttiva 2014/24/UE, art. 18 (principi per l'aggiudicazione degli appalti), co. 1, in base al quale: "*le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata*."

[4] L'art. 3, co. 1, lett. p), del codice reca la nozione di "operatore economico" per tale intuendosi "*una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*".

[5] Sulla partecipazione degli operatori economici stranieri, *ex multis*, si rinvia a R. DAMONTE e M. BERSI, *La partecipazione degli operatori economici stranieri agli appalti pubblici ed alle concessioni in Italia ai sensi del D.Lgs. 18.04.2016, N. 50*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, Milano, 2017, I, pp. 101 e ss.

Gli AA. con riferimento agli operatori economici comunitari, a p. 124, ribadiscono che: "[…] *gli operatori economici stabiliti in Paesi dell'Unione Europea parteciperanno alle procedure ad evidenza pubblica esattamente come gli operatori economici italiani* […]"

[6] In generale, sul tema della partecipazione degli operatori economici extracomunitari sia consentito il rinvio a S. FRANCARIO, *La clausola di reciprocità negli appalti pubblici internazionali: osservazioni a margine del memorandum sulla via della seta*, in *Il Foro Amministrativo*, Milano, 2019, IX, pp. 1563 e ss.


ISSN 2036-7821

*servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi, firmatari di tali accordi, un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del presente codice*."[7]

In virtù di tale norma, dunque, gli operatori economici extracomunitari possono partecipare e gareggiare in condizioni di parità con gli operatori nazionali e comunitari solamente al ricorrere di uno dei seguenti requisiti: i) l'appalto in questione rientra nell'ambito del *Government Procurement Agreement* (GPA; detto anche accordo internazionale sugli appalti pubblici: AAP); oppure, ii) l'appalto in questione rientra nell'ambito di un altro accordo internazionale firmato dall'Unione europea[8].

Il caso in cui l'appalto a cui volesse partecipare l'impresa extracomunitaria rientri nell'ambito di un accordo internazionale firmato, non dall'Unione europea, ma solo da uno Stato membro con un altro Stato terzo non è espressamente contemplato nell'articolo 49 del codice dei contratti pubblici; ma anche in tal caso non si può escludere che tali accordi esplicherebbero comunque i propri effetti all'interno degli Stati firmatari in applicazione del consolidato principio di diritto internazionale *pacta sunt servanda* e delle diverse modalità di recepimento all'uopo predisposte da ciascun ordinamento.

Peraltro, – pur dovendosi tenere a mente che il contenuto di dette convenzioni può variare in ragione delle diverse considerazioni politiche, economiche e diplomatiche sottostanti il singolo caso – generalmente tali accordi sono comunque soliti prevedere che le imprese straniere possano partecipare al mercato dei contratti pubblici interno in condizioni di parità con le imprese nazionali, a condizione di reciprocità.

Come detto, un'altra norma fondamentale del codice dei contratti pubblici che disciplina il regime giuridico applicabile agli operatori economici extracomunitari è l'art. 137 il quale, al comma 1, stabilisce che: "*fatti salvi gli obblighi assunti nei confronti dei Paesi terzi, il presente articolo si applica a offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi con cui l'Unione europea non ha concluso, in un contesto multilaterale o bilaterale, un*

---

[7] Sull'inquadramento generale e sulla disciplina recata dall'articolo 49 del d. lgs. n. 50/2016 si rinvia a F. FRACCHIA, *Fonti internazionali*, in M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui Contratti Pubblici*, Milano, 2019, II, pp. 84 e ss.

In particolare, a pag. 85 l'A. sottolinea che "[…] *il codice impone alle amministrazioni di assicurare agli operatori economici dei Paesi terzi, firmatari di accordi internazionali (e, in particolare, dell'AAP), un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice (art. 49, che si riferisce agli appalti di lavori, servizi e forniture: in passato – art. 47 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 – era contemplata invece la clausola di reciprocità)*."

[8] Cfr. E. LIGUORI, *Condizioni relative all'AAP ed altri accordi internazionali*, in M. A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui Contratti Pubblici*, Milano, 2019, II, p. 200, dove l'A. conferma che: "*La norma* [n.b. l'articolo 49 del codice], *in sintesi, recependo quanto previsto dall'art. 25 della direttiva 2014/24/UE, prevede che, nei casi di trattati vincolanti per l'Unione europea, le amministrazioni aggiudicatrici negli appalti di lavori, servizi, forniture devono applicare agli operatori economici dei Paesi terzi, firmatari di accordi internazionali, un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice stesso. Viene così affermata l'applicazione del principio della par condicio tra gli operatori economici dell'Unione europea agli operatori economici provenienti da Paesi terzi, quando questi hanno stipulato con l'Unione accordi internazionali in materia di lavori, servizi e forniture o comunque accordi menzionati nell'AAP.*"


ISSN 2036-7821

*accordo che garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali Paesi terzi*."

Il comma 2 dell'art. 137 specifica che: "*qualsiasi offerta presentata per l'aggiudicazione di un appalto di forniture può essere respinta se la parte dei prodotti originari di Paesi terzi, ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, supera il 50 per cento del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta. In caso di mancato respingimento dell'offerta a norma del presente comma, la stazione appaltante motiva debitamente le ragioni della scelta e trasmette all'Autorità la relativa documentazione* […]."

Come si evince dalla lettura dei primi due commi, l'art. 137 del d. lgs. 50/2016 non si riferisce, in senso stretto, ai requisiti di partecipazione degli operatori economici extracomunitari, bensì alle condizioni di ammissibilità delle offerte, per i soli appalti di forniture, che contengano beni originari di Paesi terzi il cui valore superi il 50% del valore totale dell'offerta.

In questo caso, dunque, in presenza di un'offerta che contenga beni che, per la maggior parte, sono originari di Paesi terzi, l'amministrazione, nell'esercizio di un potere altamente discrezionale, può decidere se respingere tale offerta o meno[9].

Nel caso decida di non respingerla, l'amministrazione sarà tenuta a motivare tale scelta e a trasmettere la relativa documentazione all'ANAC.

Inoltre, il legislatore ha delimitato l'ambito di applicazione dell'art. 137 ai soli casi in cui non sussista tra l'Unione europea (o l'Italia) e il Paese terzo un accordo internazionale "*che garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali Paesi terzi.*"

Viceversa, in applicazione del principio di reciprocità (in maniera similare con quanto già visto a riguardo dell'art. 49), qualora le parti abbiano concluso un accordo del genere, l'art. 137 non troverà applicazione e le condizioni di ammissibilità delle offerte saranno regolate dal diritto internazionale speciale.

L'art. 137, infine, ha un ambito di applicazione soggettivo più ampio dell'art. 49, in quanto, diversamente da quest'ultimo, è applicabile tanto agli operatori economici extracomunitari, quanto alle imprese nazionali e comunitarie.

Tale estensione mira, in ultima analisi, a tutelare la concorrenza "nel" mercato e "tra" i mercati, in primo luogo, evitando che nelle gare bandite all'interno dell'Unione le

[9] Sulla natura del potere discrezionale di esclusione dell'offerta, il TAR Campania, Sez. V, 5 settembre 2018, n. 5364, ha chiarito che "*come emerge dal tenore letterale della disposizione, la norma [l'art. 137, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016] configura, con tutta evidenza, un potere ampiamente discrezionale e non vincolato sicché, anche sotto tale aspetto, giammai poteva imporsi l'esclusione della concorrente dalla procedura*".

Nello stesso senso, il TAR Veneto, Sez. I, 2 agosto 2018, n. 844, ha ribadito che "*la stazione appaltante ha perciò una facoltà e non un obbligo di esclusione dell'offerta contenente i prodotti di paesi terzi. […] tenuto conto che si è -nella specie- di fronte ad un'attività di valutazione connotata da un elevato livello di discrezionalità tecnica, […] l'impugnato provvedimento di aggiudicazione [può essere sindacato esclusivamente per] vizi di palese illogicità, irragionevolezza o profili di travisamento dei fatti, in presenza dei quali solamente si potrebbe, in tesi, pervenire all'adozione di un provvedimento demolitorio.*"


ISSN 2036-7821

imprese comunitarie e nazionali risultino danneggiate dall'introduzione di beni originari di Paesi terzi e realizzati con costi nettamente minori[10]; in secondo luogo, eliminando il rischio di aggiramento delle barriere che sussistono tra il mercato dell'Unione e il mercato di un Paese terzo con cui l'UE non ha accordi di apertura[11].

*3. La partecipazione degli operatori economici extracomunitari ai sensi del Government Procurement Agreement.*

Il *Government Procurement Agreement* rappresenta la prima normativa sovranazionale, vincolante e completa, che regola la materia degli appalti pubblici[12].

In particolare, il GPA è stato concluso all'interno della *World trade organization* (Wto) [13] e, nell'ambito del sistema delle fonti predisposto da tale organizzazione (la c.d. *Wto law*), costituisce un accordo internazionale plurilaterale[14].

Il *Government Procurement Agreement*, dunque, diversamente dagli accordi multilaterali che rappresentano la parte preponderante della Wto *law*, non è vincolante nei confronti di tutti i membri della Wto, ma solamente nei confronti di quelle parti che lo hanno esplicitamente sottoscritto[15].

---

[10] Come chiarito in un'altra pronuncia del TAR Veneto: "*la ratio sottostante alla norma in esame [l'art. 137 del D.Lgs. n. 50 del 2016] (…) è volta a garantire condizioni minime di tutela della par condicio tra le imprese che partecipano alle gare sul mercato degli appalti comunitari, con specifico riferimento ai casi in cui le forniture abbiano ad oggetto prodotti originari di paesi terzi. Si tratta pertanto di una forma specifica di tutela del generale e fondamentale principio della par condicio, che viene messo a rischio di lesione quando vengono offerti beni prodotti in paesi terzi con costi di produzione molto bassi e regole di mercato ben più competitive*." (cfr. TAR Veneto, Sez. I, 2 agosto 2018, n. 844)

Nello stesso senso anche il TAR Emilia-Romagna che sottolinea che "*la ratio della previsione di una disciplina speciale, circoscritta ai soli appalti di forniture, siano esse di merci o prodotti (con esclusione, quindi delle sole attività di servizi e lavori), risiede nell'esigenza di garantire che l'apertura del mercato degli appalti comunitari a tali Paesi terzi avvenga nel rispetto della condizione di reciprocità. L'obiettivo di garantire a tutti gli operatori economici un trattamento uniforme e discriminatorio, favorendo l'ingresso di nuovi soggetti alle commesse pubbliche, viene, pertanto contemperato con l'esigenza di assicurare condizioni minime di tutela della 'par condicio' per le imprese comunitarie che partecipano alla gara. Ciò spiega l'introduzione, su impulso comunitario, di una disciplina speciale che si fonda sulla stipulazione o mento tra CE e i suddetti Paesi terzi di accordi che garantiscano un accesso comparabile ed effettivo delle imprese comunitarie agli appalti pubblici indetti anche in tali Paesi*." (Cfr. TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 2 maggio 2017, n. 343)

[11] In assenza di tale estensione soggettiva, infatti, l'operatore economico di un Paese terzo il cui accesso al mercato comunitario fosse, eventualmente, precluso, potrebbe comunque riuscire a vendere ed esportare i propri beni non in maniera diretta -cioè tramite la partecipazione alla gara- bensì in via indiretta, ossia tramite la partecipazione (al suo posto) di un operatore economico comunitario che rivenda nel mercato comunitario beni prodotti nel Paese terzo.

[12] In generale, per una ricognizione generale delle fonti sovranazionali che regolano la materia dei contratti pubblici si rinvia, *ex multis*, a F. FRACCHIA, *Fonti internazionali*, cit., pp. 63 e ss.; D. DEL VESCOVO, *Gli appalti pubblici nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, 2006.

[13] *Ex multis*, sulla struttura e sul funzionamento generale della Wto, si rinvia a P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, Cambridge, 2016; B.M. HOEKAMN e P.C. MAVROIDIS, *World Trade Organization – Law, Economics and politics*, New York, 2016.

[14] Sul GPA, nell'ambito di una vasta letteratura, si rinvia, *ex multis*, a S. ARROWSMITH e R. D. ANDERSON (edito da), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, 2012; H. C. CASAVOLA, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2012.

[15] Cfr. P. VAN DE BOSSCHE e D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, cit., pp. 5 e ss.


ISSN 2036-7821

Ad oggi, come risulta anche dal sito istituzionale della Wto, tale accordo è sottoscritto dai seguenti Paesi: Armenia, Australia, Canada, Unione Europea, Hong-Kong, Islanda, Israele, Giappone, Corea del Sud, Lichtenstein, Moldavia, Montenegro, Olanda-Aruba, Nuova Zelanda, Norvegia, Singapore, Svizzera, Taipei, Ucraina, Regno Unito e Stati Uniti[16].

Chiarito l'ambito soggettivo, ossia, individuati gli Stati nei cui confronti si applica il GPA, è opportuno delinearne anche l'ambito oggettivo, ossia, specificare a quali tipologie di appalti deve ritenersi applicabile.

Dall'articolo 2 del GPA, emerge che: i) l'accordo non si applica indistintamente a tutti gli appalti aggiudicati dagli Stati firmatari; ii) al contrario, l'accordo si applica solamente a quegli appalti specifici che ciascuno Stato firmatario, al momento della propria adesione, inserisce nell'Appendice I del GPA (c.d. "*covered procurement*").

Tale appendice è suddivisa in più allegati in cui gli Stati che intendono aderire all'accordo devono specificare le seguenti informazioni: i) nell'Allegato 1, le amministrazioni centrali cui si applica il GPA e le relative soglie di rilevanza per l'acquisto di beni e servizi; ii) nell'Allegato 2, le amministrazioni sub-centrali cui si applica il GPA e le relative soglie di rilevanza per l'acquisto di beni e servizi; iii) nell'Allegato 3, tutte le altre amministrazioni cui si applica il GPA e le relative soglie di rilevanza per l'acquisto di beni e servizi; iv) nell'Allegato 4, i beni rientranti nel GPA; v) nell'Allegato 5, i servizi rientranti nel GPA; vi) nell'Allegato 6, le costruzioni rientranti nel GPA; vii) nell'Allegato 7, varie note generali[17].

Ebbene, in una gara pubblica bandita da uno dei Paesi sopra evidenziati, qualora detta gara rientri nell'ambito dei "*covered procurement*", troveranno applicazione, oltre alla normativa nazionale, anche le disposizioni contenute nel GPA, tra cui, in particolare, per quanto qui interessa, l'articolo 4.

---

[16] Per un elenco aggiornato degli Stati firmatari del GPA, nonché delle Stati che hanno già avviato il procedimento di adesione e degli Stati solamente osservatori, si rinvia al sito ufficiale della Wto – Sezione GPA.

[17] Infatti, come si legge nell'articolo 2 (*Scope and Coverage*) del GPA, al comma 1 è previsto che: "*This Agreement applies to any measure regarding covered procurement, whether or not it is conducted exclusively or partially by electronic means*". Al comma 2 è previsto che: "*For the purposes of this Agreement, covered procurement means procurement for governmental purposes: a) of goods, services, or any combination thereof: i. as specified in each Party's annexes to Appendix I; and ii. not procured with a view to commercial sale or resale, or for use in the production or supply of goods or services for commercial sale or resale; b) by any contractual means, including: purchase; lease; and rental or hire purchase, with or without an option to buy; c) for which the value, as estimated in accordance with paragraphs 6 through 8, equals or exceeds the relevant threshold specified in a Party's annexes to Appendix I, at the time of publication of a notice in accordance with Article VII; d) by a procuring entity; and e) that is not otherwise excluded from coverage in paragraph 3 or a Party's annexes to Appendix I*". Al comma 4 è previsto che: "[…] *Each Party shall specify the following information in its annexes to Appendix I: a) in Annex 1, the central government entities whose procurement is covered by this Agreement; b) in Annex 2, the sub-central government entities whose procurement is covered by this Agreement; c) in Annex 3, all other entities whose procurement is covered by this Agreement; d) in Annex 4, the goods covered by this Agreement; e) in Annex 5, the services, other than construction services, covered by this Agreement; f) in Annex 6, the construction services covered by this Agreement; and g) in Annex 7, any General Notes* […]."


ISSN 2036-7821

L'articolo 4 del GPA, rubricato "*general principles*", costituisce una norma fondamentale dell'accordo in quanto reca i principi fondamentali che si applicano alle procedure di evidenza pubblica governate dal trattato.
Nello specifico, in questa sede giova ricordare i commi 1 e 2 dell'articolo 4 che si riferiscono al principio di non discriminazione.
Il comma 1 prevede che "*With respect to any measure regarding covered procurement, each Party, including its procuring entities, shall accord immediately and unconditionally to the goods and services of any other Party and to the suppliers of any other Party offering the goods or services of any Party, treatment no less favourable than the treatment the Party, including its procuring entities, accords to: a) domestic goods, services and suppliers; and b) goods, services and suppliers of any other Party*."
Analogamente, il comma 2, dispone che: "*With respect to any measure regarding covered procurement, a Party, including its procuring entities, shall not: a) treat a locally established supplier less favourably than another locally established supplier on the basis of the degree of foreign affiliation or ownership; or b) discriminate against a locally established supplier on the basis that the goods or services offered by that supplier for a particular procurement are goods or services of any other Party*."
In sintesi, le due disposizioni riprendono altrettante regole fondamentali del commercio internazionale, ossia: la *National treatment rule* (c.d. *Nt rule*), in base alla quale l'amministrazione deve concedere agli operatori economici degli Stati firmatari del GPA un trattamento non meno favorevole di quello che lo Stato banditore riserva alle proprie imprese e ai propri beni e servizi; e la *Most favoured nation rule* (c.d. *Mfn rule*) in base alla quale l'amministrazione non deve effettuare discriminazioni tra le imprese straniere provenienti da diversi Stati firmatari del GPA.
Quanto affermato dall'articolo 4, commi 1 e 2, del GPA si riflette (anche e soprattutto) in punto di partecipazione delle imprese extracomunitarie agli appalti aggiudicati da stazioni appaltanti italiane: in questo caso, infatti, se l'appalto bandito rientra tra i "*covered procurements*", allora, anche gli operatori economici extracomunitari potranno accedervi, in quanto destinatari di un trattamento non meno favorevole di quello riservato agli operatori economici nazionali.

*4. In particolare: la partecipazione degli operatori economici inglesi ai sensi dell'accordo di libero scambio concluso tra l'Unione europea e il Regno Unito.*
Il problema della partecipazione degli operatori economici extracomunitari è riemerso in tempi recenti, con particolare vigore, a seguito dell'uscita del Regno Unito dall'Europa (c.d. "Brexit").
Prima della Brexit, infatti, gli operatori economici inglesi erano inquadrati come "*operatori economici stabiliti in altri Stati membri*" e, ai sensi dell'articolo 45 del codice


ISSN 2036-7821

dei contratti pubblici, erano automaticamente ammessi a partecipare alle gare pubbliche in condizione di parità con gli operatori nazionali.
Oggi, invece, agli operatori economici inglesi non si può più applicare l'articolo 45 del codice dei contratti pubblici in quanto risultano stabiliti in uno Stato che non è membro dell'Unione europea.
La loro partecipazione alle procedure di evidenza pubblica avviene, dunque – secondo la già richiamata norma di cui all'art. 49 del codice dei contratti pubblici – in forza del *Government Procurement Agreement* e dell'accordo di libero scambio e cooperazione (ASC) concluso tra l'Unione europea e il Regno Unito.
Il 31 gennaio 2020, infatti, a seguito di un referendum popolare che ha visto prevalere le posizioni antieuropeiste per pochissimi voti, il Regno Unito (insieme all'Irlanda del Nord) ha finalmente attivato la clausola prevista all'articolo 50 del Trattato sull'Unione europea[18] ed ha lasciato l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica[19].
In virtù di un apposito accordo sul recesso precedentemente stipulato tra le parti[20], ha avuto inizio un periodo transitorio, in vigore fino al 31 dicembre 2020, durante il quale il diritto comunitario ha continuato ad essere applicato al Regno Unito.
Durante questo periodo, al fine di consentire un recesso ordinato, sono stati condotti i negoziati tra la Commissione ed il Regno Unito per cercare un nuovo accordo per regolare *pro futuro* i relativi rapporti e, pochi giorni prima della scadenza del termine

[18] L'art. 50 del TFUE stabilisce che: "*1. Ogni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall'Unione.*
*2. Lo Stato membro che decide di recedere notifica tale intenzione al Consiglio europeo. Alla luce degli orientamenti formulati dal Consiglio europeo, l'Unione negozia e conclude con tale Stato un accordo volto a definire le modalità del recesso, tenendo conto del quadro delle future relazioni con l'Unione. L'accordo è negoziato conformemente all'articolo 218, paragrafo 3 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Esso è concluso a nome dell'Unione dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata previa approvazione del Parlamento europeo.*
*3. I trattati cessano di essere applicabili allo Stato interessato a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso o, in mancanza di tale accordo, due anni dopo la notifica di cui al paragrafo 2, salvo che il Consiglio europeo, d'intesa con lo Stato membro interessato, decida all'unanimità di prorogare tale termine.*
*4. Ai fini dei paragrafi 2 e 3, il membro del Consiglio europeo e del Consiglio che rappresenta lo Stato membro che recede non partecipa né alle deliberazioni né alle decisioni del Consiglio europeo e del Consiglio che lo riguardano. Per maggioranza qualificata s'intende quella definita conformemente all'articolo 238, paragrafo 3, lettera b) del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.*
*5. Se lo Stato che ha receduto dall'Unione chiede di aderirvi nuovamente, tale richiesta è oggetto della procedura di cui all'articolo 49.*"

[19] Sul recesso del Regno Unito dall'Europa, nell'ambito di una vastissima letteratura, si rinvia *ex multis* a C. C. GIALDINO, *Prime considerazioni sugli accordi concernenti le future relazioni tra il Regno Unito e l'Unione europea*, testo consultabile su Federalismi; G. CAGGIANO, *Nota sulla Brexit e sulle nuove relazioni fra Unione europea e Regno Unito*, testo consultabile su Associazione italiana studiosi di diritto dell'Unione europea; F. FABBRINI, *The law & politics of Brexit: The withdrawal agreement*, Oxford, 2020; F. SAVASTANO, *Uscire dall'Unione Europea – Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Torino, 2019.

[20] Cfr. Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, L29, 31 gennaio 2020, p. 7.


ISSN 2036-7821

(scongiurando in questo modo la temuta uscita del Regno Unito in condizioni di "*no deal*"), alla vigilia del natale 2020, le parti sono giunte ad una intesa.

Complessivamente, detta intesa è composta da tre accordi internazionali: i) l'accordo sugli scambi e la cooperazione (ASC)[21]; ii) l'accordo sulle procedure di sicurezza per lo scambio e la protezione di informazioni classificate[22]; iii) l'accordo sugli usi pacifici e sicuri dell'energia nucleare[23].

In questa sede è opportuno concentrarci sull'ASC, che rappresenta la parte preponderante dell'intesa[24].

L'ASC è un trattato internazionale, concluso per una durata indeterminata e modificabile dopo cinque anni, che presenta una struttura molto articolata[25].

Il trattato, oltre a regolamentare gli scambi di merci e servizi tra l'Unione europea ed il Regno Unito, disciplina anche ulteriori materie, quali, ad esempio, gli investimenti, la concorrenza, gli aiuti di stato, la trasparenza fiscale, i trasporti aerei e stradali, l'energia e la sostenibilità, la pesca, la protezione dei dati, il commercio digitale, la proprietà intellettuale e gli appalti pubblici[26].

Nello specifico, gli appalti pubblici sono disciplinati al Titolo VI dell'ASC, agli articoli 276-294.

La disciplina recata dall'ASC in materia di appalti pubblici si coordina con quanto stabilito in materia dal *Government Procurement Agreement*, sotto molteplici punti di vista.

In primo luogo, gran parte delle disposizioni dell'ASC specificano varie norme del GPA[27].

---

[21] Cfr. Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, L444 e L445 del 31 dicembre 2020.

[22] Cfr. Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, L444 del 31 dicembre 2020.

[23] Cfr. Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, L445 del 31 dicembre 2020.

[24] Per quanto riguarda il procedimento di formazione di tali accordi, come ricordato da C. C. GIALDINO, *Prime considerazioni sugli accordi concernenti le future relazioni tra il Regno Unito e l'Unione europea,* op. cit., pp. 8 e ss, "*va altresì sottolineato come il Consiglio, accogliendo la proposta avanzata dalla Commissione europea, in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, abbia ritenuto che essi riguardino materie di competenza esclusiva dell'Unione o concorrente dell'Unione e degli Stati membri e non pure incidenti sulla competenza riservata a questi ultimi. Effettuando, quindi, una chiara scelta politica, ha optato per la conclusione solo a titolo dell'Unione, secondo la formula* "EU only"*, escludendo l'accordo misto, che avrebbe richiesto, invece, la ratifica dei 27 Stati membri, previa la relativa autorizzazione dei parlamenti nazionali e, in taluni ordinamenti, anche di quelli regionali, secondo le rispettive norme costituzionali.* […] *La realtà è che, se si fosse scelta la strada dell'accordo misto, non ci sarebbe stata la tempistica necessaria per consentire l'entrata in vigore provvisoria il 1° gennaio 2021 degli accordi nella loro interezza* […]."

[25] Esso è diviso in sette parti, a loro volta suddivise in sezioni, capi e titoli; complessivamente è composto da circa 500 articoli i quali vanno letti anche alla luce di numerosi allegati, appendici e note a piè pagina che formano parte integrante dell'accordo, per un totale di più di 2500 pagine.

[26] In generale, sul contenuto dell'ASC si rinvia a C. C. GIALDINO, *Prime considerazioni sugli accordi concernenti le future relazioni tra il Regno Unito e l'Unione europea,* cit., pp. 15 e ss.; G. CAGGIANO, *Nota sulla Brexit e sulle nuove relazioni fra Unione europea e Regno Unito*, cit., pp. 49 e ss.

[27] Cfr. accordo sugli scambi e la cooperazione, art. 277, co. 1 e 2.

Inoltre, come si legge nell'Allegato 25 dell'ASC, Sezione A (Disposizioni pertinenti dell'accordo sugli appalti pubblici "AAP"), le disposizioni del GPA che vengono espressamente richiamate, specificate ed applicate


ISSN 2036-7821

In secondo luogo, per quanto riguarda l'ambito di applicazione, la disciplina dettata dall'ASC oltre ad applicarsi agli appalti specificamente previsti nell'Allegato 25, è espressamente previsto che si applichi anche ai "*covered procurement*" ossia ai contratti pubblici governati dal GPA[28].

Infine, ciò che più interessa sottolineare, è che lo scopo principale dell'ASC, come stabilito in apertura dall'articolo 276, è quello di "*garantire ai fornitori di ciascuna parte l'accesso a maggiori opportunità di partecipazione agli appalti pubblici e migliorare la trasparenza delle relative procedure*."

Anche sotto questo profilo dunque l'ASC, concluso tra l'Unione europea e il Regno Unito, si pone in linea con quanto previsto dal GPA, in quanto entrambi gli accordi internazionali, in ultima analisi, mirano a lasciare aperto il mercato dei contratti pubblici a favore degli operatori economici di entrambi le parti, a condizione di reciprocità.

Tanto è vero che in virtù di un espresso richiamo contenuto nell'articolo 277 (integrazioni di alcune disposizioni dell'AAP e appalto disciplinato) anche agli appalti disciplinati dall'ASC si applica l'articolo 4, commi 1 e 2, del *Government Procurement Agreement* e, dunque, la *Most favoured nation rule* e la *National treatment rule*[29].

Quindi, anche in applicazione dell'ASC, qualora l'appalto in questione rientri nell'ambito di detto accordo, alle imprese inglesi dovrà essere concesso un trattamento non meno favorevole di quello garantito agli operatori economici nazionali.

*5. Il caso "Elettrify limited" – TAR Piemonte, Sez. II, 3 dicembre 2021, n. 1110.*

Il tema della partecipazione alle gare pubbliche di operatori economici extracomunitari, in particolare di quelli inglesi, è riemerso in una recente pronuncia del TAR Piemonte.

Nel caso deciso dal giudice amministrativo, all'esito di una gara pubblica avente ad oggetto la concessione di alcuni servizi di valore inferiore alle soglie comunitarie, la seconda classificata (una società inglese, la Elettrify limited) impugnava l'aggiudicazione in quanto, a suo dire, in via di estrema sintesi, i beni e servizi forniti dall'aggiudicatario non erano conformi alla *lex specialis* di gara.

dall'Accordo di libero scambio e cooperazione sono: l'articolo 1 (definizioni); l'articolo 2 (ambito di applicazione); l'articolo 3 (Sicurezza ed eccezioni generali); l'articolo 4 (principi generali); gli articoli da 6 a 15 (che disciplinano le singole fasi di gara); l'articolo 16 (trasparenza delle procedure di gara); l'articolo 17 (diffusione delle informazioni) e l'articolo 18 (meccanismi di risoluzione delle controversie a livello nazionale).

[28] Cfr. accordo sugli scambi e la cooperazione, allegato 25, sottosezione B1 e B2.

[29] Cfr. accordo sugli scambi e la cooperazione, articolo 277, comma 3.


ISSN 2036-7821

La prima classificata (una società italiana) si costituiva in giudizio e proponeva anche ricorso incidentale lamentando l'asserita illegittimità dell'ammissione alla gara della seconda classificata in quanto appartenente ad un Paese extra-Ue.
Nel dettaglio, secondo la ricorrente in via incidentale, la Elettrify limited – essendo una società di diritto inglese con sede legale a Londra – non avrebbe potuto partecipare alla procedura di evidenza pubblica in quanto: i) la *lex specialis* prevedeva espressamente che la gara era riservata alle sole imprese con sede nel territorio dell'Unione europea; ii) in ogni caso, l'impresa inglese non avrebbe potuto partecipare neanche in forza delle previsioni di cui all'articolo 49 del codice dei contratti pubblici poiché la gara in oggetto non rientra nell'ambito di applicazione del GPA.
Secondo il TAR Piemonte, per valutare la legittimità della partecipazione della società di diritto inglese bisogna verificare, ai sensi dell'articolo 49 del codice dei contratti pubblici, se l'appalto in questione rientri o meno nell'ambito di applicazione del
Infatti, come si legge in sentenza, se l'appalto rientra nell'ambito di applicazione di detti accordi allora "*ai beni, ai servizi ed ai fornitori del Regno Unito* [è garantito] *un trattamento non meno favorevole di quello accordato dall'Unione europea ai propri fornitori*."
La gara in questione, tuttavia, non rientrava in tale ambito in quanto il suo valore è inferiore alle soglie imposte da tali accordi internazionali[30].
In questi casi, quando vengono in rilievo "*appalti non contemplati dagli impegni dell'Unione europea a norma dell'accordo dell'OMC (AAP) sugli appalti pubblici e dell'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione (quali ad esempio gli appalti sotto soglia come risulta essere quello di cui si controverte), gli operatori economici del Regno Unito hanno lo stesso status di tutti gli altri operatori economici basati nei paesi terzi con cui l'Unione europea non ha accordi che prevedano l'apertura del mercato degli appalti dell'UE*" e sono pertanto soggetti "*alle stesse norme che si applicano a qualsiasi offerente di un paese terzo*".
Da ciò, secondo il TAR Piemonte, non deve essere tratta l'erronea conclusione per cui agli operatori economici di Paesi terzi è precluso e vietato, aprioristicamente, l'accesso al mercato degli appalti dell'Unione.

[30] Le soglie previste dal GPA e dall'ASC (il quale ultimo, sotto questo profilo, richiama quasi integralmente i valori delle soglie già stabilite nel GPA), seppur con qualche differenza, sono allineate con i valori previsti dalle direttive comunitarie.
Cfr. direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, considerando n. 18: "*L'AAP si applica agli appalti che superano determinate soglie, stabilite nell'AAP stesso ed espresse in diritti speciali di prelievo. Le soglie stabilite nella presente direttiva dovrebbero essere allineate in modo da garantire che corrispondano al controvalore in euro delle soglie indicate nell'AAP. È altresì opportuno prevedere una revisione periodica delle soglie espresse in euro al fine di adeguarle, attraverso un'operazione meramente matematica, alle eventuali variazioni del valore dell'euro rispetto a tali diritti speciali di prelievo. Oltre ai suddetti adeguamenti matematici periodici, durante il prossimo ciclo di negoziati si dovrebbe valutare se aumentare le soglie stabilite nell'AAP*."


ISSN 2036-7821

A riguardo, infatti, il giudice amministrativo ha richiamato i recenti orientamenti delle istituzioni dell'Unione europea per cui "*gli operatori economici di paesi terzi che non hanno alcun accordo che prevede l'apertura del mercato degli appalti dell'UE o i cui beni, servizi e lavori non sono contemplati in un tale accordo, non hanno un accesso garantito alle procedure di appalto nell'UE e possono essere esclusi*"[31].
Alla luce di quanto sopra, il TAR Piemonte ha ribadito che "*l'accesso di tali imprese* [extracomunitarie] *al mercato degli appalti escluso dall'ambito di applicazione del diritto UE, pertanto, non è vietato è solo "non garantito"*.
Tanto chiarito, il giudice amministrativo è passato a verificare se nel caso concreto l'amministrazione avesse vietato l'accesso alla gara alle imprese extracomunitarie. Sul punto la sentenza ha accertato che "*Non vi è alcuna traccia di disposizioni escludenti la partecipazione di imprese con sede in paesi terzi (diversi da quelli appartenenti alla UE). Né peraltro il riferimento a requisiti disciplinati da fonti normative italiane può, come pretenderebbe la ricorrente incidentale, essere interpretato come escludente della partecipazione di soggetti appartenenti a paesi terzi essendo necessario, al contrario, un esplicito riferimento alla esclusione di tali soggetti*."
Sulla base di tali motivazioni il TAR Piemonte ha ritenuto legittima l'ammissione alla gara della società di diritto inglese ed ha respinto il ricorso incidentale.

*6. Il Caso "Karsan Otomotiv" – TAR Sardegna, Sez. I, 2 novembre 2021, n. 737.*
Il tema della partecipazione degli operatori economici extracomunitari alle procedure di evidenza pubblica bandite dall'amministrazione italiana è riemerso, di recente, anche in un altro caso deciso dal giudice amministrativo (TAR Sardegna, Sez. I, 2 novembre 2021, sent. n. 737/2021).
L'appalto in questione aveva come oggetto la fornitura di alcuni beni e la *lex specialis* di gara prevedeva, tra le altre cose, che erano ammessi a partecipare anche gli operatori economici con sede in Paesi non ricompresi nell'Unione europea purché firmatari degli accordi di cui all'art. 49 del D. Lgs. 50/2016.
A tale gara partecipava anche la Karsan Otomotiv, una società turca, la quale veniva esclusa in quanto la stazione appaltante aveva correttamente rilevato che la Turchia non è né un Paese membro dell'Unione europea, né risulta firmataria del GPA o di altri accordi internazionali ex art. 49 del D. Lgs. 50/2016, come richiesto dalla *lex specialis*.
A seguito dell'esclusione, tale società comunicava alla stazione appaltante che, sebbene la Turchia non risultasse firmataria del GPA, la Turchia e l'Italia hanno firmato un accordo bilaterale per gli investimenti (Accordo tra il Governo della Repubblica di Turchia e il Governo della Repubblica Italiana sulla promozione

[31] Comunicazione della Commissione del 24 luglio 2019, "*Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE (2019/C 271/02)*")


ISSN 2036-7821

reciproca e la protezione degli investimenti: Accordo sugli investimenti) tutt'ora in vigore e che, in virtù di tale trattato, doveva essere ammessa a partecipare alla gara.
Tale accordo bilaterale per gli investimenti, tuttavia, non conteneva alcuna disposizione in materia di contratti pubblici e, pertanto, non poteva validamente costituire un accordo di apertura del mercato degli appalti pubblici ai sensi dell'art. 49 del D. Lgs. 50/2016.
Ciononostante, la stazione appaltante, con una decisione che sembra prestare il fianco a qualche critica, decideva di riammettere la Karsan Otomotiv. L'amministrazione, infatti, sebbene la Karsan Otomotiv fosse carente dei requisiti soggettivi di partecipazione previsti dalla *lex specialis* (la quale, giova ribadire, ammetteva la partecipazione degli operatori economici extracomunitari a condizione che il Paese di appartenenza fosse firmatario di un accordo ex art. 49 del codice dei contratti pubblici), revocava il provvedimento di esclusione e riammetteva alla gara tale impresa in applicazione dell'art. 137 del D. Lgs. 50/2016, che, come visto, non si riferisce ai requisiti di partecipazione dei concorrenti bensì alle condizioni di ammissibilità delle offerte.
All'esito della procedura, la Karsan Otomotiv si classificava al primo posto in graduatoria.
Avverso gli esiti della gara insorgeva la seconda classificata (un'impresa italiana) lamentando proprio la mancata esclusione dell'aggiudicataria.
In sintesi, secondo la tesi sostenuta dalla ricorrente, la Karsan Otomotiv non avrebbe potuto partecipare all'appalto in questione in quanto l'art. 49 del D. Lgs. 50/2016 permette la partecipazione di operatori economici extra-UE solamente a condizione di reciprocità, escludendo e vietando, quindi, la partecipazione di questi ultimi qualora il Paese di appartenenza non risulti firmatario del GPA o di altri accordi internazionali di apertura del mercato dei contratti pubblici con l'Italia o con l'Unione europea.
Sul punto il TAR Sardegna ha osservato che le censure sollevate dalla ricorrente, incentrate essenzialmente a denunciare l'illegittima applicazione dell'art. 49 del D. Lgs. 50/2016, erano inconferenti in quanto la stazione appaltante aveva riammesso la resistente alla gara non in forza dell'art. 49 citato, bensì in virtù dell'art. 137.
La sentenza muove dal presupposto che l'art. 137 del D. Lgs. 50/2016 risulta applicabile alla fattispecie *de qua* in quanto la gara in questione concerneva un appalto per la fornitura di automezzi, e non un appalto di lavori o servizi.
Tale norma, in particolare, stabilisce che "*qualora nell'offerta presentata la quota di prodotti originari dei Paesi terzi superi la soglia del 50% del valore totale la stazione appaltante dispone di un potere discrezionale in merito all'ammissione o all'esclusione dell'offerta*."


ISSN 2036-7821

Il suddetto potere, ribadisce il giudice amministrativo, si qualifica come "*una facoltà (e non già come un obbligo)*".
In applicazione di tale norma, dunque, la ricorrente "*avrebbe quindi dovuto contestare gli eventuali vizi dell'ammissione di Karsan – per esempio per violazione o falsa applicazione dell'art. 137 del d. lgs. n. 50/2016, oppure per l'eventuale inesistenza o l'erroneità della motivazione- entro i termini di decadenza per la proposizione del ricorso decorrenti dalla conoscenza*" dell'atto con il quale la controinteressata è stata riammessa alla gara.
Tali censure non erano state sollevate dalla ricorrente con il ricorso principale (incentrato essenzialmente sull'illegittima applicazione dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici), ma solamente con un successivo ricorso incidentale che, tuttavia, veniva dichiarato tardivo e pertanto non esaminato.
Anche alla luce di tali motivazioni, il TAR Sardegna respingeva il ricorso.

*7. Conclusioni.*
Al termine dell'esame della normativa e della più recente giurisprudenza in materia possono essere tratte le seguenti conclusioni.
Innanzitutto, a livello sistematico, l'insieme delle norme che regola le condizioni di partecipazione degli operatori economici stranieri alle gare pubbliche bandite in Italia risulta essere composto da fonti nazionali e sovranazionali.
In tale complesso sistema di norme, come anticipato in premessa, per individuare correttamente le disposizioni applicabili a ciascun concorrente straniero bisogna prendere in considerazione, in primo luogo, la sua nazionalità.
Infatti, l'appartenenza ad uno Stato piuttosto che ad un altro, influisce grandemente sul regime giuridico applicabile ai soggetti che intendono contrattare con la pubblica amministrazione.
Nel caso in cui si tratti di valutare la partecipazione ad una gara pubblica di un operatore economico appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea -è noto- non sorgono particolari problematiche: in base all'articolo 45 del codice dei contratti pubblici, infatti, tali operatori partecipano agli appalti banditi in Italia -automaticamente- in condizione di parità con gli operatori economici nazionali.
Eventuali misure che limitino la loro partecipazione, fondate sul solo presupposto della nazionalità, di conseguenza, dovrebbero essere considerate illegittime.
L'individuazione del regime giuridico applicabile agli operatori economici extracomunitari presenta invece alcune peculiarità.
A riguardo bisogna tenere distinte due ipotesi: da un lato, l'appartenenza ad uno Stato membro del Government Procurement Agreement o firmatario di un accordo internazionale di libero scambio e la contestuale riconducibilità della gara nell'ambito di applicazione oggettivo di suddetti trattati (volendo precisare, tale fattispecie implica la simultanea presenza di due requisiti, un requisito soggettivo


ISSN 2036-7821

relativo alla nazionalità del concorrente, ed un requisito oggettivo relativo alla collocazione della gara in questione nell'ambito di applicazione del diritto internazionale speciale); dall'altro, l'appartenenza ad uno Stato che non è membro del GPA, né firmatario di altri accordi internazionali in materia.

*7.1 L'ipotesi della partecipazione internazionale "garantita": presupposti e requisiti.*

Si prenda in considerazione la prima delle due ipotesi sopra individuate.

Se l'operatore economico appartiene ad uno Stato firmatario del Government Procurement Agreement o di un altro accordo internazionale che consente l'apertura del mercato dei contratti pubblici e la gara cui intende partecipare rientra in tali accordi, allora, in base al combinato disposto dell'articolo 49 del codice dei contratti pubblici nazionale e di quanto previsto nel trattato internazionale che viene in rilievo, la partecipazione di detto operatore economico sarà garantita ed egli otterrà un trattamento "*non meno favorevole*" di quello accordato alle imprese nazionali/italiane.

La decisione del TAR Piemonte sopra esaminata, a ben vedere, si occupa esattamente di tale prima fattispecie e nella parte in cui ammette la partecipazione della società inglese alla procedura di gara in oggetto, appare del tutto condivisibile.

Come correttamente evidenziato in sentenza, per valutare la legittimità della partecipazione alle gare d'appalto di operatori economici provenienti dal Regno Unito, ad oggi, bisogna fare riferimento all'articolo 49 del codice dei contratti pubblici che, a sua volta, rimanda all'esame delle disposizioni contenute nel *Government Procurement Agreement* e negli "*altri accordi internazionali a cui l'Unione è vincolata*", nel caso di specie l'Accordo sugli scambi e la cooperazione.

Ciò posto, così come precisato dalla pronuncia in esame, (facendo leva sul requisito oggettivo sopra individuato) possono verificarsi due ulteriori scenari

Se l'appalto in questione rientra nell'ambito di questi due accordi, allora, agli operatori economici del Regno Unito deve essere necessariamente garantito un trattamento non meno favorevole di quello riservato agli operatori nazionali (e comunitari), in applicazione del combinato disposto dell'articolo 49 del codice dei contratti pubblici, dell'articolo 4 del GPA e degli articoli 276 e 277 dell'ASC. Ciò significa, tra l'altro, che la stazione appaltante non può inserire negli atti di gara clausole che impediscano alle imprese inglesi di partecipare alla gara per il solo fatto di appartenere ad un Paese extra Ue.

Di contro, la circostanza che l'appalto non rientri nell'ambito degli accordi internazionali sopra individuati, non comporta *ex se* che l'accesso alla gara sia automaticamente e aprioristicamente precluso agli operatori economici del Regno Unito. La possibilità per tali imprese di partecipare alle gare bandite dalle amministrazioni italiane (nonché dell'Unione europea) è solamente "*non garantita*".


ISSN 2036-7821

In questi casi, secondo il TAR Piemonte, la stazione appaltante ha la "*facoltà*", non l'obbligo, di limitare o addirittura di vietare la partecipazione degli operatori economici del Regno Unito (e dei Paesi terzi che non hanno accordi di apertura del mercato dei contratti pubblici né con l'Italia né con l'Unione europea).
Dunque, qualora la gara non rientri nell'ambito di applicazione del *Government Procurement Agreement* o dell'Accordo sugli scambi e la cooperazione, bisognerà prestare particolare attenzione agli atti di gara che potranno legittimamente contenere previsioni volte a rendere più gravosa, ove non ad escludere del tutto, la partecipazione degli operatori economici extracomunitari, tra cui quelli del Regno Unito.
Nel caso di specie, tali previsioni non erano presenti nella *lex specialis* di gara, e il giudice amministrativo, di conseguenza, ha ritenuto legittima la partecipazione della società di diritto inglese ai sensi dell'articolo 49 del codice dei contratti pubblici.

*7.2 L'ipotesi della partecipazione internazionale "non garantita" e rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.*
La seconda delle due ipotesi prese in considerazione riguarda la partecipazione ad una gara pubblica di un operatore economico appartenente ad uno Stato che non è membro del Government Procurement Agreement né firmatario di altri accordi di libero scambio.
In questo caso, non potendosi applicare il trattamento non meno favorevole previsto dal codice dei contratti pubblici né altri trattamenti (di favore) specificamente previsti dai trattati internazionali, la partecipazione di tale operatore economico (non è vietata, ma) è solamente "non garantita".
Le condizioni di partecipazione di tali imprese, in ultima analisi, saranno decise dalla stazione appaltante che, nei documenti di gara, potrà decidere se lasciarle gareggiare in condizione di parità con le imprese nazionali/comunitarie o se introdurre requisiti e condizioni più stringenti.
Un caso rientrante in questa fattispecie, come visto, è stato recentemente deciso dal TAR Sardegna che è stato chiamato a valutare la legittimità dell'ammissione alla gara di una impresa extracomunitaria e -conseguentemente- a verificare se l'offerta di quest'ultima fosse ammissibile.
Tuttavia, il ragionamento seguito dal TAR Sardegna, nella parte in cui ammette la partecipazione alla gara dell'impresa extracomunitaria ai sensi dell'articolo 137 del codice dei contratti pubblici, non sembra pienamente condivisibile.
Come visto, infatti, la partecipazione degli operatori economici appartenenti a Paesi terzi alle gare pubbliche bandite in Italia deve pur sempre essere valutata secondo quanto previsto dall'art. 49 del D. Lgs. 50/2016.


ISSN 2036-7821

Tale disposizione, si è visto, stabilisce che se il Paese terzo non è firmatario né del GPA né di altro accordo internazionale che consenta l'apertura del mercato dei contratti pubblici, la stazione appaltante è libera di introdurre (o di non introdurre) requisiti di partecipazione più stringenti per le imprese di tale Paese terzo.
Pertanto, proprio in applicazione del citato art. 49, l'amministrazione -nel caso sottoposto al TAR Sardegna- ha inserito nella *lex specialis* una disposizione per cui gli operatori economici extracomunitari erano ammessi a partecipare alla gara solamente a condizione che il Paese di appartenenza fosse firmatario di accordi internazionali con l'Italia in materia di appalti pubblici.
Si tratta, in altre parole, di un ulteriore e specifico requisito soggettivo di partecipazione il cui possesso era necessario, ai fini della partecipazione, solamente per le imprese extracomunitarie e non anche per quelle nazionali e/o comunitarie.
Quindi, in virtù dell'art. 49 del D. Lgs. 50/2016 e in applicazione della *lex specialis* di gara, la società turca, essendo carente di tale requisito (poiché la Turchia non risulta firmataria né del GPA, né di accordi di reciproca partecipazione in materia di appalti con l'Italia), non avrebbe potuto partecipare alla gara in questione.
L'art. 137 del codice dei contratti pubblici -anche alla luce della ricostruzione della cornice normativa di riferimento- non sembra costituire, nel caso di specie, un parametro utile per valutare la legittimità della partecipazione degli operatori extracomunitari.
Quest'ultima norma, come visto, si applica esclusivamente alle "*offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi*" e non disciplina i requisiti soggettivi degli operatori economici, bensì i requisiti oggettivi afferenti alla fase di valutazione delle offerte.
Fatta questa doverosa precisazione, la sentenza, nella parte in cui applica l'art. 137 per valutare la legittimità dell'offerta presentata dall'impresa extracomunitaria, si fonda i principi già da tempo elaborati dalla giurisprudenza in materia e risulta pienamente condivisibile.
In primo luogo, infatti, il TAR Sardegna ha ritenuto l'art. 137 applicabile alla fattispecie in questione in quanto relativa ad un appalto per la fornitura di automezzi.
In secondo luogo, prosegue la sentenza, tale norma stabilisce che "*qualora nell'offerta presentata la quota di prodotti originaria dei Paesi terzi superi la soglia del 50% sul valore totale la stazione appaltante dispone di un potere discrezionale in merito all'ammissione o all'esclusione dell'offerta*" e non è sottoposta, come correttamente evidenziato dal TAR, ad un obbligo automatico di esclusione di tali offerte.
Infine, solo nel caso la stazione appaltante decida di ammettere tale offerta allora sarà tenuta a comunicare tale decisione all'ANAC fornendo, al contempo, adeguata motivazione.


ISSN 2036-7821

In conclusione, dunque, prescindendo dalle criticità sopra evidenziate in punto di partecipazione della concorrente extracomunitaria, è da condividere la decisione del giudice amministrativo nella parte in cui ha ritenuto legittima la scelta dell'amministrazione di ammettere l'offerta presentata dalla società turca, in quanto tale decisione si basava su valutazioni altamente discrezionali le quali, tra l'altro, non erano state tempestivamente contestate dalla ricorrente.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# "Fondazioni universitarie, riflessioni sulla natura giuridica ed applicabilità del codice dei contratti pubblici".

## di Claudio Vitale

(Avvocato)

## Abstract

The document intends to made remarks on the particular regulatory reality of university foundations established pursuant to art. 59, paragraph 3 of Law no. 388/2000 and regulated by the Presidential Decree n. 254 of 24.5.2001.
The article provides a series of operational indications to allow the correct identification of the legal nature of university foundations which cannot be generalized as it requires a case-by-case verification to get out of the maze of interpretations that confuse sector operators.
In particular, is highlighted the contrast, currently in force, both in Doctrine and in Jurisprudence on the legal nature of university foundations and on the applicability to them of Public Contracts Code.

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

Il fenomeno della costituzione *ex lege* di fondazioni in sostituzione di precedenti enti pubblici o di nuove realtà a supporto di enti pubblici esistenti si è affermato tra la fine del secolo scorso e l'inizio dell'attuale millennio.

Il fenomeno delle fondazioni legali è una caratteristica presente non solo nell'ordinamento italiano ma anche in altri ordinamenti europei (es. Germania, Francia, Portogallo, Norvegia, ecc.) così come risulta da una ricerca[1], che fotografa le varie tipologie di fondazioni esistenti in Europa. Altresì in uno studio del 1995[2], che opera una panoramica europea sulle fondazioni, vengono rintracciate diciotto tipologie fondazionali, raggruppate in quattro categorie: fondazione indipendenti, fondazioni di impresa, fondazioni pubbliche, fondazioni di comunità[3].

All'interno di questo variegato scenario, si pongono le fondazioni legali che intervengono in una pluralità di settori quali ad esempio nel campo dello spettacolo come le c.d. fondazioni liriche; in materia di gestione e valorizzazione dei beni e delle attività culturali; in settori nevralgici della assistenza e della ricerca sanitaria, con la previsione della possibilità di trasformazione in fondazioni degli IRCCS (istituto di ricovero e cura a carattere scientifico); nel campo della ricerca in ambito universitario come le c.d. fondazioni universitarie[4].

Queste ultime sono state costituite dalla legge finanziaria per il 2001 (art. 59, comma 3 della Legge n. 388/2000) e regolamentate dal D.P.R. n. 254 del 24.5.2001 il quale prevede che le università, per lo svolgimento delle attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca, possano costituire fondazioni di diritto privato con la partecipazione di enti, amministrazioni pubbliche e soggetti privati[5]. Dal punto di vista funzionale si tratta di enti che utilizzano le proprie disponibilità per realizzare direttamente attività coerenti con gli scopi statutari: "fondazioni operative"[6] che sono strumentali all'ente pubblico fondatore quale ente di riferimento (Università)[7], creando un'interfaccia più snella ed agevole tra il mondo accademico e le realtà economico-produttive[8].

---

[1] "Foundation in Europe, Berteksnabb Fundation, London, 2001" di A. Schulter – V. Then – P. Walkenhorst, p. 136.

[2] "Typology of Foundations in Europe", European Foundation Centre (EFC), Brussels, 1995.

[3] Sull'argomento e sulla possibilità di una nozione unitaria di fondazione nell'ordinamento comunitario "Le fondazioni nel sistema europeo" di Luigi Ferrara, in "Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche di Giuseppe Palma – Pierpaolo Forte, Giappichelli, Torino, 2008, p. 83 e ss.

[4] "Le fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato" Di Sandro De Götzen, Giuffré, Milano, 2001, p. 4-5.

[5] "Fondazioni universitarie: strumenti operativi di pubblica utilità" di E. Bellezza, in Terzo settore, 2001, n. 7/8.

[6] "La prelazione artistica. Riflessioni critiche sulla trasformazione in fondazione delle università" di Alessia Mignozzi in Obbl. e Contr., 2009, 5, 438.

[7] "Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole" di Giulio Napolitano in Dir. amm., fasc.3, 2006, pag. 573.

[8] "Problemi in tema di trattamento tributario degli enti non commerciali tra storia e prospettive di riforma" di Francesco Padovani in Riv. dir. trib., fasc.7-8, 2002, pag. 765.


ISSN 2036-7821

Le precitate fondazioni universitarie divergono dalle fondazioni previste dalla L. n. 133/2008 che ha individuato per le università statali la facoltà di trasformarsi in fondazioni di diritto privato, creando le "università-fondazione". La trasformazione comporta l'adozione del modello organizzativo codicistico, che si sostituisce a quello dell'ente pubblico. Le funzioni originarie rimangono inalterate e tutte nella titolarità della medesima figura soggettiva, che continua ad operare assumendo soltanto la diversa forma giuridica privatistica[9].

Le fondazioni universitarie costituite ex L. n. 388/2000 non devono essere confuse con le fondazioni disciplinate dal D.R. 31.8.1933, n. 1592, T.U. delle leggi dell'istruzione superiore, e dal D.R. 4.6.1938, n. 1269. Anche a questo tipo di fondazione, infatti, è attribuito comunemente il *nomen juris* di fondazione universitaria: il loro scopo, però, è limitato all'incremento degli studi superiori ed all'assistenza, nelle sue varie forme, agli studenti delle università e degli istituti d'istruzione superiore (art. 191 del D.R. 1592/1933).

Mentre per la seconda tipologia di fondazioni ("università-fondazione") ci sono, tutti gli indici di riconoscimento dell'organismo di diritto pubblico previsti dalla normativa comunitaria ed anche quelli dell'ente pubblico secondo la normativa italiana (es. la vigilanza sulle fondazioni universitarie è esercitata dal Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze; la Corte dei conti esercita il controllo sulle fondazioni, ecc.) non si può dire lo stesso per le "fondazioni operative" di cui alla prima tipologia[10], che esamineremo specificamente in questo articolo.

Infatti è discusso in Giurisprudenza se sussistano indici di riconoscimento[11] delle fondazioni universitarie (ex Legge n.388/2000) come organismo di diritto pubblico o di ente pubblico.

Parte della Giurisprudenza[12] ritiene che la fondazione universitaria rientri nell'ambito delle cd. fondazioni di partecipazione, in quanto non deriva dalla trasformazione in soggetto privato di un ente pubblico, ma dalla decisione di questo di esternalizzare alcune attività, costituendo appunto una nuova persona giuridica secondo uno schema privatistico.

Difatti essa, come tipicamente avviene nelle cd. fondazioni di partecipazione, è aperta alla partecipazione di soggetti pubblici e privati, e ciò la distingue dal modello codicistico della fondazione, essendovi l'elemento associativo della partecipazione

[9] "Associazioni e fondazioni con compiti di amministrazione pubblica" di Franco Sciarretta, in Giurisprudenza Commerciale, fasc.5, 2013, pag. 951.

[10] "Legge e autonomia nelle università" di Fabio Merusi in Dir. amm., fasc.4, 2008, pag. 739.

[11] Sugli indici di riconoscimento o indici "significativi" si è pronunciata anche la Dottrina, in particolare "Manuale di diritto amministrativo" di Aldo Mazzini Sandulli, Napoli, Jovene, 1989, p. 195 e ss. e "Le fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato, di Sandro de Gotzen, Giuffré, Milano, 2001, p. 339 e ss.

[12] T.A.R. Pescara, (Abruzzo) sez. I, 27/06/2016, (ud. 20/05/2016, dep. 27/06/2016), n.236.


ISSN 2036-7821

che incide anche sull'implementazione del patrimonio nella vita dell'Ente, oltre che sulla sua gestione.

In sostanza, la "fondazione di partecipazione" costituisce un modello atipico di persona giuridica privata, a causa mista, perché sintetizza l'elemento personale (che nelle fondazioni di partecipazione non viene reciso), tipico delle associazioni, e l'elemento patrimoniale, caratteristico delle fondazioni[13] .

Inoltre, anche se privi di fine di lucro (e quindi pur non essendo imprese pubbliche), tali enti di partecipazione, quando si rivolgono al mercato, devono essere considerati a tutti gli effetti come organismi di diritto pubblico[14].

Ciò chiarito, ne consegue non solo la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, ma anche l'applicabilità di quei principi fondamentali in materia di contratti pubblici[15].

Di pari avviso una pronuncia della Suprema Corte a sezioni unite [16], la quale prevede che la fondazione universitaria pur essendo ente di diritto privato (Legge n.388/2000) rientra tra gli organismi di diritto pubblico soggetti alle procedure di evidenza pubblica in materia di appalti e che la natura strumentale delle fondazioni universitarie impedisce ad essa di sottrarsi alle procedure pubblicistiche[17].

Inoltre parte della Dottrina[18] ritiene che la fondazione universitaria, pur essendo dalla legge qualificata come ente di diritto privato, presenti molti elementi sintomatici dell'ente pubblico, ad esempio le funzioni di indirizzo e riscontro dell'ente di riferimento (Università) sono esercitate (art. 1 comma 5, art. 12 D.P.R. 254/2001) in forma intermediata attraverso l'adozione di linee guida o con il potere di nomina dei membri del C.d.A. della fondazione universitaria.

Altra parte della Dottrina[19] e della Giurisprudenza[20] ritiene indubbio che la fondazione universitaria, avendo personalità giuridica di diritto privato come previsto dall'art. 1, comma 1, del D.P.R. n. 254/2001, sia espressamente qualificata come soggetto di diritto privato ed - il fatto che operi esclusivamente nell'interesse degli enti di riferimento - non scalfisce la natura privata della fondazione.

---

[13] Corte dei Conti, sez. Emilia Romagna, parere n. 654 del 2010; nonché Corte dei Conti, sez. Lombardia, parere n. 25 del 2013, in cui tali modelli vengono ritenuti meritevoli di tutela in quando rientranti nell'ambito delle "altre associazioni di carattere privato" di cui all'articolo 12 del codice civile.

[14] Tar Brescia, sentenza n. 831 del 2015.

[15] Tar Brescia, cit.

[16] Cassazione civile sez. un., 30/03/2018, (ud. 23/05/2017, dep. 30/03/2018), n.8037.

[17] "Osservatorio sulla giustizia amministrativa" di Maria Alessandra Sandulli in Foro Amministrativo (Il), fasc.3, 01/03/2018, pag. 361.

[18] "Le fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato" di Sandro De Götzen in Giuffrè, 2011, pp. 307 e ss; nello stesso senso "La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato" di Fabio Merusi in Dir. amm., 2004.

[19] "Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche" di Francesco Manganaro in Diritto Amministrativo, fasc.01-02, 2014, pag. 45.

[20] T.A.R. Catanzaro, (Calabria) sez. II, 12/06/2013, n.655.


ISSN 2036-7821

Infatti, è noto che il perseguimento di finalità di interesse pubblicistico non è condizione sufficiente per la qualificazione del soggetto quale ente pubblico, in quanto è necessaria la previsione legale di un regime giuridico "di spessore pubblicistico"[21], caratteristica che non sussisterebbe per la fondazione universitaria, in considerazione della disciplina introdotta dal D.P.R. n. 24 maggio 2001, n. 254. Ciò in forza della disciplina dettata dalla Legge 20 marzo 1975, n. 70, che prevede che la costituzione e il riconoscimento di enti pubblici può avvenire esclusivamente in forza di legge[22].

Nè è dirimente il riferimento al tema della vigilanza e dei controlli, cui la fondazione universitaria è sottoposta, atteso che anche le fondazioni di diritto comune sono soggette, ex art. 25 c.c., a penetranti controlli da parte dell'Autorità Pubblica[23].

Inoltre se in un primo momento[24] le fondazioni universitarie rientravano nell'elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, successivamente l'ISTAT ha escluso le fondazioni universitarie dal precitato elenco, stante la natura privatistica delle stesse.

Altresì la riprova di un ulteriore autonomia privatistica della fondazione rispetto al proprio ente di riferimento (Università) viene data con la riforma prevista dall'art.19 del D.L. n.76 del 16/07/2020, ove il presidente del collegio dei revisori della fondazione universitaria non è più nominato dall'Università ma dalla fondazione e stesso discorso dicasi per gli altri due componenti titolari del collegio non più designati dall'Ateneo di riferimento ma dalla fondazione.

Cionondimeno, la volontà legislativa di connotare in termini pubblicistici una persona giuridica può essere esplicata, oltre che con una qualificazione espressa, anche con la previsione di indici sintomatici rivelatori della matrice pubblicistica dell'ente[25].

La determinazione della natura pubblica o privata di un ente impone quindi una valutazione empirica circa le caratteristiche organizzative e strutturali dell'ente stesso, tenendo cioè conto delle concrete caratteristiche proprie delle istituzioni prese in considerazione e facendo ricorso ai criteri tradizionalmente indicati dalla giurisprudenza ai fini della distinzione tra enti pubblici e privati, a prescindere dalle denominazioni assunte e dalla stessa volontà degli organi direttivi[26].

Tradizionalmente[27] gli indici o criteri rivelatori vengono individuati:

---

[21] Consiglio di Stato, sez. V, 28/06/2012, n. 3820 e Consiglio di Stato, sez. VI, 11/09/1999, n. 1156.

[22] Consiglio di Stato sez. IV, 04/04/2019, (ud. 28/03/2019, dep. 04/04/2019), n.2217.

[23] Cassazione SS.UU., 23/11/1985, n. 5812.

[24] Comunicato dell'istituto nazionale di statistica del 31 luglio 2009 (in Gazz. Uff., 31 luglio, n. 176).

[25] Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 3820/2012 cit.

[26] Cassazione SS.UU., 06/05/2009, n. 10365.

[27] Cassazione civile, SS.UU, 07/04/2010, n. 8225. Analogamente la Cassazione Civile, SS.UU, 07/07/ 2011, n. 14958. "Enti Pubblici: sul riconoscimento della natura pubblica di una persona giuridica" di Ettore Nesi su


ISSN 2036-7821

a) dal punto di vista teleologico, nelle finalità di pubblico interesse perseguite dall'ente;
b) dal punto di vista genetico, nell'essere stato costituito l'ente per volontà di Stato, Regioni o di altri Enti pubblici;
c) la sottoposizione dell'ente a poteri di ingerenza, di vigilanza, di controllo da parte di Stato, Regioni o altri enti pubblici;
d) finanziamento pubblico.

Inoltre, la Corte Costituzionale[28] ha affermato che l'attribuzione della personalità giuridica di diritto privato ad una categoria di enti non è di per sé sufficiente ad escluderne la qualificazione in senso pubblicistico, osservando che nonostante l'acquisizione della veste giuridica formale di "fondazioni di diritto privato", tali soggetti possono avere una marcata impronta pubblicistica (es. per il caso delle fondazioni liriche).

Pertanto bisogna verificare, caso per caso, se e in quale misura siano applicabili le regole propriamente amministrative. In tale prospettiva, la riqualificazione pubblicistica di questi soggetti giuridici è ritenuta in contrasto con la volontà del legislatore di determinarne una trasformazione in senso privatistico, che, però, non preclude l'applicazione di norme ed istituti di diritto amministrativo giustificata dagli interessi in gioco[29].

Ciò viene confermato da una importante pronuncia del Consiglio di Stato[30] che riconosce che uno stesso soggetto giuridico possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica. Questa nozione "funzionale" di ente pubblico, consente di individuare un criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico che non è sempre uguale a sè stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della *ratio* ad esso sottesa. Occorre, in altri termini, di volta in volta domandarsi quale sia la funzione di un certo istituto, quale sia la *ratio* di un determinato regime amministrativo previsto dal legislatore, per poi verificare, tenendo conto delle caratteristiche sostanziali del soggetto della cui natura si

---

http://www.studiolegalepn.it/avv-ettore-nesi-nota-2013-07-22-enti-pubblici-riconoscimento-natura-pubblica-persona-giuridica/

[28] Corte Costituzionale sent. n. 153 del 21/04/2011.

[29] "Associazioni e fondazioni con compiti di amministrazione pubblica" di Franco Sciarretta in Giurisprudenza Commerciale, fasc.5, 2013, pag. 951. La definizione normativa di questi enti come fondazioni non risolve il problema della loro qualificazione in senso privatistico o pubblicistico. La figura della fondazione non è forma organizzativa esclusivamente privatistica, essendo rinvenibile sia nel diritto privato che nel diritto pubblico. Infatti il rilievo che la qualificazione di un ente come fondazione non ne comporta la qualificazione necessaria come persona giuridica privata si deve a Rescigno, voce Fondazione (dir. civ.), in Enc. dir., XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 790 ss., spec. 791.

[30] Consiglio di Stato sent. n. 2660 del 26/05/2015.


ISSN 2036-7821

controverte, se quella funzione o quella *ratio* richiedono l'inclusione di quell'ente nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica.

La Dottrina[31] tende ad escludere l'esistenza di una categoria intermedia a cui ascrivere soggetti giuridici a metà strada tra il privato ed il pubblico integranti una sorta di *tertium genus*, potendosi ragionare semmai sulle diverse gradazioni interne della natura giuridica (pubblica) di un ente.

Le fondazioni universitarie di fonte legale (Legge n. 388/2000), essendo dotate di capacità giuridica di diritto privato, realizzano attività di natura privatistica, ponendo in essere atti giuridici ed operazioni materiali propri dei rapporti intersoggettivi devoluti alla giurisdizione ordinaria ed i loro strumenti operativi sono quelli contemplati dal codice civile e dalle altre leggi civili.

La situazione muta quando le precitate fondazioni assolvono compiti di amministrazione pubblica, che comportano l'applicazione (compatibilmente con le singole discipline speciali) delle norme e dei principi generali del diritto pubblico.

La Dottrina[32] prevalente concorda sul fatto che l'ordinamento positivo induce a ritenere superata la regola per la quale gli atti di soggetti privati non possono essere assimilati a quelli propriamente amministrativi se non vi è un titolo che giustifichi il trasferimento dell'esercizio del potere nell'originaria competenza dell'amministrazione.

La conseguenza è che la giurisdizione prescinde dalla natura provvedimentale o negoziale, di diritto pubblico o di diritto privato, degli atti attraverso i quali l'attività funzionalizzata viene a manifestarsi e dalla forma organizzativa del soggetto da cui promanano. Indipendentemente dal fatto che vi sia un'amministrazione in senso soggettivo e, quindi, un atto amministrativo, si ritiene devoluta al sindacato del giudice amministrativo ogni scelta finalizzata *ex lege* all'interesse generale[33].

Le due grandi tipologie di attività che la fondazione universitaria può esercitare (l'acquisizione di beni e servizi alle migliori condizioni di mercato e lo svolgimento di attività strumentali e di supporto della didattica e della ricerca scientifica e

[31] "Le gradazioni della natura giuridica pubblica" di Giampaolo Rossi in Dir. amm., 2007, 685 ss. e Sandro de Gotzen, *op. cit*, 378-380.

[32] "Considerazioni in tema di attività procedimentali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche" di Andrea Maltoni in Dir. amm., 2011, 97 ss.; "Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica" di Francesca Trimarchi Banfi in Amministrare, 2008, n. 1-2, 5 ss.; "L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato" di Lucio Iannotta in Dir. amm., 2006, 353 ss.;" L'art. 1, 1º comma bis, l. n. 241 del 1990" di Francesca Trimarchi Banfi in Foro amm.-CdS, 2005, 947 ss.; "Rilievi critici in tema di attività amministrativa di diritto privato" di Francesco Gaspari in Giust. amm., 2007, 573 ss.; "Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali" di Vincenzo Cerulli Irelli in Dir. amm., 2003, 217 e ss.

[33] In tal senso, Franco Sciarretta op. cit.


ISSN 2036-7821

tecnologica) non sembrano idonee, in nessun caso, al perseguimento di un interesse, seppur *lato sensu*, di natura privata[34].

Alla luce di quanto sopra evidenziato occorre valutare se, al di là della qualificazione formale come ente di diritto privato, i requisiti sostanziali che caratterizzano ogni singola fondazione universitaria possano far ritenere che essa sia funzionalmente un organismo di diritto pubblico[35] e se sia applicabile o meno la normativa del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii).

Partendo proprio dal D.Lgs. n. 50/2016, in particolare dall'art. 3 comma 1 lett. d), bisogna accertare se la fondazione universitaria, nell'esercizio di una delle due grandi tipologie di attività sopra citate, abbia o meno i seguenti requisiti:

1) sia istituita per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

2) sia dotata di personalità giuridica;

3) l'attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Trasponendo nella realtà quotidiana questi principi di diritto è emerso, ad esempio, che il TAR Salerno[36] in una controversia insorta relativamente all'affidamento del servizio pulizie del Ateneo salernitano, si è pronunciato sulla natura di organismo di diritto pubblico della fondazione universitaria dell'Università di Salerno, proprio ai fini dell'applicazione della normativa sui contratti pubblici, in quanto sono state rinvenute nella stazione appaltante (fondazione) delle caratteristiche coincidenti con quelle proprie del cd. "organismo di diritto pubblico", benché permanga la sua natura privatistica.

Motiva il Tar[37] che l'individuazione della fondazione come organismo di diritto pubblico deriva dagli stessi atti costitutivi della fondazione appaltante, atteso che la stessa è stata costituita dagli enti pubblici indicati in sede statutaria (tra i quali ovviamente l'Università degli Studi di Salerno), in sintonia con l'art. 59, comma 3,

---

[34] "Le fondazioni universitarie - analisi del D.P.R. 24 maggio 2001, n. 254" di Giovanni Maria Riccio in Nuova Giur. Civ., 2002, 3, 141-160.

[35] Sulla qualificazione delle fondazioni legali quali enti formalmente privati ma sostanzialmente pubblici si è pronunciata la Dottrina vedi "Le basi del diritto amministrativo" di Sabino Cassese, Milano, Garzanti, 2003, p.231 e Sandro de Gotzen, *op. cit*, 373-374. In quest'ultima opera in particolare viene precisato che la fondazione universitaria, anche avendo personalità di diritto privato, si trova in un rapporto di strumentalità con l'ente pubblico Università e pertanto sembra possa essere qualificata, comunque, come organismo di diritto pubblico e quindi debba seguire la particolari procedure pubbliche nella scelta dei contratti di appalto di lavori o di servizi o di forniture e le relative controversie ricadono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

[36] TAR Salerno n. 2109 del 03/04/2008.

[37] Tar Salerno, cit.


ISSN 2036-7821

della l.n. 388/2000, a) per l'acquisto di beni e servizi alle migliori condizioni di mercato; b) per lo svolgimento di attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca (v. pag. 2 dello statuto). Si tratta quindi di attività di interesse dell'Università intese a consentire alla stessa il corretto espletamento del suo ruolo istituzionale, attività tra le quali espressamente rientra la pulizia dei locali. Al profilo teleologico si aggiungono quelli relativi al finanziamento (soprattutto di provenienza pubblica) e della personalità giuridica (acquisita con decreto prefettizio del 29.04.05).
Un ulteriore pronuncia importante è quella adottata dalla Cassazione pen. sez. VI, sent. n. 44667 del 31/10/2019, che pur riferendosi specificamente alla natura giuridica degli enti fieristici, indica dei criteri sostanziali applicabili anche alle fondazioni universitarie utili a poter distinguere l'attività di interesse pubblico da quella di natura privata. In particolare, per comprendere se le attività poste in essere dalle fondazioni universitarie possano avere o meno una rilevanza penale prevista dall'art. 358 c.p. per l'esercizio di un pubblico servizio, è necessario operare un discrimine oggettivo sull'attività svolta e il modo in cui la stessa si correla al perseguimento di interessi pubblici. Infatti ai fini della configurazione del reato di peculato, i soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di un ente di diritto privato possono essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, allorquando la ragione d'essere dell'ente risieda nel generale perseguimento di finalità connesse a servizi di interesse pubblico, a nulla rilevando che dette finalità siano realizzate con meri strumenti privatistici[38].
Pertanto nella nozione di servizio pubblico delineata dall'art. 358 c.p. assume rilevanza più che la connotazione soggettiva pubblica dell'ente, quella oggettiva della natura dell'attività svolta, e quindi va accertato se risultano o meno due requisiti essenziali: quello "teleologico" (della finalità di interesse generale dell'attività svolta) e quello "normativo" (della previsione di una disciplina di carattere imperativo che, in ragione della rilevanza di interesse generale dell'attività svolta, ne disciplini le modalità di svolgimento con stringenti limiti all'autonomia privata allo scopo di salvaguardare il prevalente interesse generale rispetto a quello privato).
Quindi è necessario verificare se l'attività posta in essere dalla fondazione universitaria risponda ad un interesse pubblico preminente rispetto a quello privato e se in forza di ciò la legge ne preveda l'assoggettamento ad una normativa di diritto pubblico.
L'esame di questi casi specifici comprova il fatto che bisogna prestare massima attenzione ad inquadrare la natura giuridica di una fondazione universitaria, in quanto è di palmare evidenza che non vi può essere un'opera di standardizzazione della natura delle fondazioni universitarie che invece vanno attentamente esaminate

[38] Cass. pen., sez. VI, n. 1327 del 7 luglio 2015; Cass. pen. sez. VI, n. 49759 del 27 novembre 2012; Cas. pen. sez. VI, n. 45908 del 16 ottobre 2013


ISSN 2036-7821

e studiate nello specifico, tenendo anche conto delle "coordinate di navigazione" fornite con il presente articolo.

Stante la "eterogeneità" della natura giuridica e la "polivalenza" delle attività delle fondazioni universitarie ci sarebbero ampi margini di intervento che consentano un maggior coinvolgimento[39] delle fondazioni non solo rispetto alle Università di riferimento ma anche in favore della società civile, così come avvenuto con il riconoscimento delle fondazioni universitarie quali organi abilitati alla certificazione dei contratti di lavoro (ex. art. 76 del Decreto legislativo n. 276/2003) o all'attività di mediazione, senza fini di lucro, tra domanda e offerta di lavoro (ex. art. 12 del Decreto ministeriale del 23/12/2003).

Pertanto, alla luce dell'inattività normativa di quasi venti anni, sarebbero auspicabili nuovi interventi normativi che possano implementare il raggio di azione e le aree di operatività delle fondazioni universitarie.

[39] Ad esempio nei bandi comunitari, governativi e degli enti pubblici territoriali e non territoriali, potrebbero essere inserite oltre le Università e gli enti di ricerca anche le fondazioni universitarie.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Per una nuova stabilità istituzionale nella ricostruzione post-sisma. Brevi riflessioni per un percorso *"unitario"* e *"unificante"* di *governance* pubblica.

## di Piero De Rosa

(Analista di supporto legale appalti presso Invitalia S.p.A.)

## Sommario

1. Per una attività "utile" della Pubblica Amministrazione. – 2. Instabilità dei modelli per la ricostruzione post-sisma. – 3. Semplificazione amministrativa negli interventi di ricostruzione. – 4. Conclusioni. – 5. Note bibliografiche.

## Abstract

The dramatic events that have occurred in 2016 in central Italy have urged the need for a debate on government issues raised by the earthquake, including the methods of post-seismic interventions, in order to obtain a holistic approach on methods, intervention strategies and operations.
In the aftermath, there were numerous voices from scholars, technicians and institutions who addressed the most urgent issues in support of the population and the damaged urban centers. The current territorial governance practices adopt an approach that is still inefficient, and the emergency plan seems to be one of the main evidences due to its technical and regulatory nature, exacerbating the internal contradictions in the cognitive and emergency processes.
The purpose of this article is, therefore, to offer a reflection on the procedures, methods, and criteria to guide the interventions of recovery, restoration and reconstruction of the inhabited areas damaged by the earthquake to cross-reference the many individual areas with the general objectives recognized by the government planning.

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


ISSN 2036-7821

*1. Per una attività "utile" della Pubblica Amministrazione.*

L'introduzione ai temi trattati nel presente contributo non può prescindere da un preliminare ragionamento sull'importanza che, oggi, riveste l'utilità dell'azione amministrativa innanzi alla complessità della società contemporanea e alle crisi che, da sempre, hanno caratterizzato il sistema italiano[1].

La Pubblica Amministrazione, infatti, si rapporta ormai ad un mondo sempre più globalizzato e interconnesso e i diversi condizionamenti esterni – tra cui il c.d. "fattore Europa"[2] – hanno imposto una capacità di riforma dei pubblici poteri che va oltre la *"buona gestione"* corrente dell'Amministrazione, dovendo quest'ultima adottare comportamenti sempre più virtuosi per il soddisfacimento dei molteplici interessi collettivi[3], rendendo ancora più complesso il *"fare amministrazione"*[4].

Il diritto amministrativo nazionale si apre così a vie di convergenza, in una circolazione orizzontale di istituti giuridici prima incomunicabili tra loro (si pensi, a titolo esemplificativo, alle *independent agencies* che avevano trovato il loro terreno di elezione nei paesi di *common law*).

A ciò si aggiunge che l'attuale modello di Stato non è più quello di tipo sovrano che si rapporta in via gerarchica ai cittadini, ma uno Stato c.d. "sistema" al cui interno si esplicano le singole soggettività e le diverse reti di aggregazione degli interessi[5].

Ciò è ulteriormente ribadito dalla constatazione che le riforme legislative degli ultimi anni continuano a replicare i propositi di una semplificazione delle regole e delle procedure amministrative, segno evidente di una difficoltà di superare un approccio di tipo formalistico che ancora resiste nell'azione dei pubblici poteri e nei suoi rapporti con i cittadini[6].

---

[1] La cultura giuridica dominante nel campo della Pubblica Amministrazione risulta incomprensibile senza tener conto dell'incessante mutamento del diritto amministrativo, caratterizzato in Italia come "fenomeno burocratico", moltiplicazione legislativa degli uffici, organi, ruoli e strutture. Sul punto, cfr. R. BETTINI, *Sociologia del Diritto Amministrativo*, Franco Angeli Editore, 2000.

[2] Cfr. A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Franco Angeli Edizioni, 2018.

[3] L'esistenza di molteplici gruppi sociali e politici, nessuno dei quali gode di una posizione di assoluta egemonia e preminenza, comporta che ciascuno di essi chieda la garanzia della propria esistenza e il mantenimento di condizioni di parità nella competizione politica.

[4] Sul punto, cfr. F. CORTESE M. MARCANTONI, R. SALOMONE, *Deontologia e buon andamento della pubblica amministrazione*, Franco Angeli Editore, 2014.

[5] In questo contesto è progressivamente maturata l'evoluzione dello Stato da *sovrano* a *sistema*, vale a dire da un sistema istituzionale forte e centralizzato, organizzato attorno ad una solida struttura di articolazione dei poteri e capacità di attuazione delle decisioni assunte a livello centrale, ad uno Stato che, al contrario, strutturandosi su logiche poliarchiche, è caratterizzata da una minore efficacia territoriale a livello centrale, intervenendo su specifiche richieste della collettività. Cfr. CENSIS, *Da Sovrano a Sistema. La metamorfosi dello Stato*, Franco Angeli Editore, 2009.

[6] Tra l'altro, l'efficienza necessita, fra i tanti supporti, della semplificazione dell'attività amministrativa che, d'altra parte, può essere idonea a rafforzare le garanzie degli amministrati.


ISSN 2036-7821

L'esigenza di riformare la Pubblica Amministrazione, infatti, costituisce, sul piano accademico, uno degli argomenti più discussi, in quanto, così come è strutturata attualmente, ci si interroga se sia idonea a soddisfare i bisogni dei cittadini e, soprattutto, se in condizioni emergenziali, sia in grado di fornire risposte celeri e adeguate[7].

Una ulteriore complicazione risiede, inoltre, nella complessità delle crisi del XXI secolo.

Le crisi moderne, infatti, non si presentano più come "lineari", ma tendono ad essere sistemiche e fuori contesto, sviluppandosi in scenari di maggiore instabilità e fragilità del sistema istituzionale chiamato a governarle e gestirle.

Le procedure, i modelli e gli schemi elaborati nel corso degli ultimi anni (la c.d. *"cassetta degli attrezzi"* del legislatore) non sono più in grado di rispondere efficacemente alle crisi del nuovo millennio e gli strumenti fino ad oggi adottati dalla Pubblica Amministrazione appaiono obsoleti e inadeguati nel rispondere a fenomeni estremamente dinamici e dai contorni mutevoli.

A questo nuovo scenario, di tipo non convenzionale, si aggiungono ulteriori cause strutturali (storiche, sociali, economiche e culturali) che caratterizzano la società contemporanea: la perdita di fiducia nelle istituzioni, la frammentazione delle Amministrazioni, l'incoerenza dei modelli amministrativi, la difettosa organizzazione dei rapporti tra Amministrazioni centrali e periferiche, l'assenza di una dirigenza autonoma assoggettata, attraverso lo *spoils system*, al perenne ricatto del *favor* politico[8].

Se ciò è vero, allora, si può dire che l'efficienza della Pubblica Amministrazione è uno dei requisiti indispensabili per il soddisfacimento degli interessi della collettività e, sotto questa lente di ingrandimento, diventa un problema giuridico non di poco conto.

L'attuale contesto normativo impone, infatti, una attività "funzionalizzata" della Pubblica Amministrazione, in quanto svolta per perseguire scopi e per tutelare interessi la cui determinazione esorbita dalla sfera del soggetto agente[9].

Affinché, infatti, l'azione amministrativa sia effettivamente efficiente, è necessario che detta attività sia attuata da una Amministrazione Pubblica parimenti sorretta, anche nella propria componente organizzativa, dai principi di imparzialità e buon andamento.

---

[7] Cfr. M. BEVILAQUA, *Ripensare l'amministrazione pubblica al servizio del cittadino: problemi e prospettive*, Orizzonti del diritto pubblico, 2022.

[8] Il cambio dei vertici dell'Amministrazione ad ogni cambiamento del Governo pone il problema della compatibilità con il principio di imparzialità dell'Amministrazione (art. 97), che ha come corollario quello secondo cui il funzionario pubblico è al servizio esclusivo della Nazione e non di una determinata parte politica.

[9] Cfr. art. 1, comma 1, L. n. 241 del 1990.


ISSN 2036-7821

In particolare, come è stato osservato[10], il principio di buon andamento deve essere inteso quale espressione tipica di "efficienza pubblica", ossia come necessità doverosa ed effettiva tutela di tutti gli interessi affidati alla cura di ciascun livello di governo.

Nello stesso senso si inserisce l'analisi di Antonio Amorth che, ricostruendo l'art. 97 Cost. in relazione ai principi organizzativi del potere amministrativo, individuava le regole di buona amministrazione quali criteri di massima a cui l'attività della stessa deve orientarsi[11].

In quest'ottica, infatti:

*"non rientra nel compito del giurista indagare circa il contenuto di questi criteri che egli deve piuttosto ricavare o desumere da altre regole."*[12]

Ne consegue che configurare le regole di buona amministrazione quali *standard* a cui deve essere orientata l'attività amministrativa prefigura un approccio sostanziale di legalità: gli *standard* si configurano cioè in una struttura identica a quella della norma legale ed è la stessa legge a che predetermina il modo in cui l'Amministrazione deve agire[13].

Sono questo profilo, tuttavia, si dimostra insufficiente il tentativo del legislatore di estendere generalmente le categorie del potere pubblico ad un concetto di "certezza giuridica" onnicomprensivo per cercare di rispondere alla complessità di fenomeni che non appartengono più ad un ordinamento di tipo simmetrico (inteso come rapporto tra potere regolatore e fenomeni regolati), bensì ad un problema di interdipendenza tra istituzioni politiche e sistemi socio-economici, sorretti da forme diverse di legittimazione[14].

Lo sforzo estremo di normare tutto e di dettagliare tutto, come se la norma fosse la risposta ad ogni genere di complessità, ha finito nel deresponsabilizzare la Pubblica Amministrazione nel raggiungimento del risultato finale che è l'obiettivo ultimo dell'*agere* amministrativo.

Pertanto, per fronteggiare le crisi e rilanciare la competitività del "sistema Paese", occorre investire e pianificare strategicamente sui territori, sulla trasformazione digitale e sull'innovazione, evitando quella "gabbia d'acciaio" burocratica di

---

[10] Cfr. M. R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. A. SANDULLI, Principi e regole dell'azione amministrativa, Milano, 2015.

[11] Cfr. A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1948, ora anche in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1999.

[12] Cfr. A. AMORTH, *Il merito amministrativo*, ora anche in *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 1999.

[13] Tutto ciò però non deve indurre a ritenere che l'Amministrazione sia completamente vincolata dal momento che essa effettua, il più delle volte, delle scelte tra diverse possibilità di azione, tutte riconducibili al modello legale.

[14] Lo Stato, sebbene formalmente libero di adottare gli indirizzi politici che ritiene più opportuni, è sostanzialmente costretto a sottostare al giudizio del mercato e, quindi, a seguire indirizzi politici compatibili con le esigenze della competizione internazionale.


ISSN 2036-7821

sovrabbondanza normativa che impediscono e ritardano al massimo ogni possibile mutamento[15].

Se, contestualmente ad una fase di emergenza, si presenta un piano di 269 pagine[16] e di 18 decreti attuativi[17] (che solitamente richiedono tempi biblici per la loro attuazione), allora vengono meno quelle esigenze di semplificazione amministrativa e burocratica, dove agli annunci corrispondono atti concreti che vanno nella direzione opposta.

Non è un caso che la maggior parte dei settori pubblici si caratterizza, oggi, da regole nuove e ripetutamente rinnovate che si muovono all'interno di una cornice statale sempre meno autoritaria: uno Stato che da sovrano si sta facendo sempre più sistema, dovendosi intendere diversamente la Pubblica Amministrazione e la sua azione.

La cura concreta degli interessi pubblici risulta così distribuita tra diversi soggetti e lo stesso interesse pubblico, percepito come punto di incontro e di sintesi di una molteplicità di interessi di vario ordine e valore, è chiamato a confrontare i diversi interessi coinvolti nella decisione.

La "buona amministrazione" non è, dunque, soltanto quella imparziale, integra e disinteressata nella puntuale esecuzione di indirizzi e direttive superiori, ma la sua efficienza viene misurata anche nella capacità di realizzare concretamente gli obiettivi istituzionali e strategici, ottenendo il massimo dalle (poche) risorse economiche a disposizione e valorizzando le competenze dei singoli operatori titolari di pubbliche funzioni.

La necessità di un cambio di paradigma, in particolare, nell'ambito dell'Amministrazione Pubblica appare allora opportuno per dirigere il processo di "giuridificazione" affinché questo sia guidato non soltanto da spinte politico-istituzionali, ma anche socio-culturali progressive delle quali la descrizione giuridica del fenomeno amministrativo deve tenere conto.

In questa prospettiva, come sostenuto da Dwight Waldo, viene avvalorata una idea di "efficienza tecnica" per una allocazione razionale delle risorse disponibili in base al contesto di riferimento:

*"The efficiency of administration is measured by the ratio of the effects actually obtained with the available resources to the maximum effects possible with the available resources."*[18]

---

[15] Cfr. A. PANEBIANCO, *La ripresa e i suoi avversari*, Corriere della Sera, 15 aprile 2020.

[16] https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf

[17] https://www.programmagoverno.gov.it/it/ricerca-provvedimenti/?numero=77&anno=2021&oggetto=

[18] Cfr. D. WALDO, *The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration*, 1948, https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1617


ISSN 2036-7821

Si tratta di un concetto che muove verso una direzione manageriale della Pubblica Amministrazione e che affonda le sue radici nella dottrina del secondo dopoguerra secondo cui l'ingegnerizzazione delle procedure e la divisione del lavoro rappresentano il parametro di valutazione dell'efficienza amministrativa in cui la massimizzazione del risultato dell'organizzazione pubblica coincide nella determinazione del fine dell'azione pubblica, quale momento autonomo e strategico per la sua realizzazione concreta[19].

Detto parametro orienta l'azione della burocrazia pubblica – anche secondo una interpretazione mirata delle teorie di Max Weber fondate sulla professionalità e sul riparto delle funzioni[20] – includendo una nozione tecnica di efficienza del potere amministrativo inteso quale pianificazione, organizzazione, direzione, coordinamento e controllo di ogni iniziativa[21].

Questa idea di efficienza tesa ad ottimizzare la produttività delle pubbliche funzioni diventa paradigma giuridico di una azione amministrativa orientata al risultato e all'efficienza: nell'analisi dei processi di riforma della Pubblica Amministrazione, l'efficienza è analizzata nella sua declinazione prescrittiva quale elemento per "misurare" il rendimento della struttura amministrativa e conformarne il ruolo in modo da essere utile e conforme alle esigenze dei cittadini.

In altri termini, l'accentuazione del parametro di produttività serve a costruire una Amministrazione in grado di investire bene e nei tempi le risorse che le sono affidate, concentrando la propria attenzione sui risultati e sulla *performance* della gestione più che sul rispetto di rigidi formalismi giuridici[22].

---

[19] Cfr. V. ANDRIKOPOULOS, A. IFANTI, *New Public Management and Governance: Quo Vadis?*, in Journal of Public Administration and Governance, 2020.

[20] La Pubblica Amministrazione impernia la propria esistenza sulla sua legislazione, secondo il modello di burocrazia elaborato nello scorso secolo da Max Weber. Weber, in un noto passo, sostiene che *"per Stato si deve intendere un'impresa istituzionale di carattere politico nella quale - e nella misura in cui – l'apparato amministrativo avanza con successo una pretesa di monopolio della coercizione fisica legittima, in vista dell'attuazione degli ordinamenti"*. Cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922; trad. it. 1974, Vol. I, pag. 53.

[21] La concezione della burocrazia di Weber si basa proprio sulla necessità di costruire una cultura organizzativa tesa al raggiungimento di determinati obiettivi al fine che il Governo assicuri scelte pubbliche eque e realizzate. Il potere legale-razionale poggia, cioè, sulla credenza nel diritto di comando di coloro che ottengono la titolarità del potere sulla base di procedure legali ed esercitano il potere medesimo con l'osservanza dei limiti stabiliti dal diritto. Il potere politico, pertanto, non agisce libero da vincoli giuridici, ma è esso stesso sottoposto al diritto con il fine di garantire la libertà del cittadino contro i pericoli dell'abuso da parte di chi detiene il potere. Cfr. E. A. KRAMER, *Le funzioni dei principi generali del diritto: tentativo di strutturazione*, in "Europa e diritto privato", 2002, n. 4.

[22] Si supera così il concetto di risultato individuale o di gruppo, tipico dei sistemi di valutazione del personale tradizionalmente inteso, e si introduce una visione ampia di risultato, all'interno di un ciclo continuo di programmazione e valutazione. La *performance*, in tal modo, assume un concetto articolato e molteplice, divenendo un insieme di efficienza, di efficacia ed economicità. In tale quadro, l'*efficacia*, intesa quale grado di raggiungimento degli obiettivi, l'*efficienza*, valutata in termini di rapporto tra prodotti e valore delle risorse impiegate, e l'*economicità*, come scelta dei mezzi meno onerosi per il conseguimento degli obiettivi programmati, costituiscono condizioni necessarie per poter qualificare una gestione come sana e corretta.


ISSN 2036-7821

Il problema, tuttavia, non è quello di eliminare, ridurre o contenere la burocrazia, ma, strano a dirsi, rafforzarla, vale a dire dare al Paese una Pubblica Amministrazione che funzioni e che, soprattutto, decida, liberandola dalle briglie della politica e riducendo a poche posizioni di vertice il meccanismo di ricambio dello *spoil system*[23].
L'emergenza del sisma del 2016 (nonché l'attuale crisi pandemica) offre l'occasione per una nuova stagione di riforma della Pubblica Amministrazione al fine di perseguire quella sua "utilità" nel perseguimento dell'interesse pubblico[24], anche mediante l'elaborazione di un programma chiaro e di obiettivi generali di progressiva attuazione, con tempi certi di realizzazione, risorse umane e economiche adeguate, valutazione costante e (eventuale) correzione dei risultati, attuando, al contempo, una massiccia delegificazione e semplificazione dei procedimenti e degli atti[25].
Certamente i modelli di *governance* pubblica e il ruolo delle comunità nella gestione dell'emergenza e della risposta al terremoto hanno avuto una grande influenza sulla effettiva efficacia dei processi di ricostruzione: il livello nazionale, infatti, può fornire le risorse, ma è generalmente distante dalle popolazioni colpite, non essendo in grado di acquisire le informazioni necessarie per la definizione delle priorità[26].
La scelta della strategia – messa in atto dal Commissario per la ricostruzione – che poggia sul ruolo centrale delle comunità locali che meglio possono valutare i bisogni delle popolazioni colpite, data la loro prossimità e vicinanza, ha permesso di capirne i bisogni e, al contempo, avere una visione di insieme, mobilitando le singole comunità, mantenendo il radicamento territoriale e garantendo, *in primis*, i servizi essenziali e il lavoro.
Tuttavia, a fronte delle diverse scelte attuate negli ultimi anni nella definizione dei programmi di ricostruzione, sorge spontanea la domanda su cosa effettivamente "fare" a seguito del sisma e quali indicazioni emergono dall'esperienza del terremoto, ovvero se le situazioni venutesi a creare possono rappresentare nuove

[23] Resta il problema, non di poco conto, di come avvicinare l'Amministrazione alle esigenze della collettività e non già a quelle del singolo amministrato.

[24] All'indomani del terremoto distruttivo del 2016, i Comuni del Cratere Sismico sono stati i più propositivi nell'aprire una interlocuzione con i soggetti istituzionali competenti al fine di intensificare e condividere obiettivi e prospettive nel processo di ricostruzione. L'obiettivo è stato quello di proporre progetti di ricostruzione capaci di coniugare la conservazione di quanto era ancora possibile con la necessità di metterlo in sicurezza per un riuso futuro.

[25] L'approccio alla ricostruzione adottato dal Commissario Straordinario per la ricostruzione post-sisma 2016 nelle aree del Cratere poggia su alcune scelte strategiche precise, sia per quanto attiene alla *governance* adottata, sia per quanto riguarda le priorità e le tempistiche definite per la ricostruzione, sia, infine, per quanto attiene alla tipologia di strumenti e incentivi introdotti. Tali scelte si sono dimostrate rilevanti ai fini della resilienza delle comunità locali e del sistema produttivo e strategiche rispetto al modello di *governance* adottato nel decidere le priorità della ricostruzione.

[26] Cfr. F. FOIS e G. FORINO, *The Self-Built Ecovillage in L'Aquila, Italy: Community Resilience as a Grassroots Response to Environmental Shock*, in "Disasters", 2014.


ISSN 2036-7821

opportunità per capire e gestire i processi di riorganizzazione territoriale e governare le dinamiche interne dei centri terremotati, prendendo spunto dalle occasioni indotte in punti strategici delle città, dalle distruzioni e dalle stesse ricostruzioni pregresse.

*2. Instabilità dei modelli per la ricostruzione post-sisma.*

Le premesse iniziali consentono di tornare al tema della ricostruzione post-sisma e alla necessità di individuare una logica di sistema all'indomani di un fenomeno caotico come il terremoto.

L'esigenza di stabilire un *logos* normativo anche nel caos distruttivo del sisma – che non è "anarchico", ma presenta una sua sostanziale dinamica – consente, infatti, di raggiungere nuove stabilità che, attraverso un intervento unitario, mirano, *ex post*, a ridurre la vulnerabilità urbana dei tessuti aggregati e, dall'altro, sulla base di un programma di ricostruzione unificante, si concentrano su una reinterpretazione morfologica dei tessuti degli aggregati storici[27].

Ne consegue che anche una decisione di piccola portata, come ricostruire o meno un edificio distrutto dal sisma, deve, dunque, essere valutata olisticamente, considerando le sue conseguenze in rapporto alle diverse scale di governo e avendo ben presente gli obiettivi da raggiungere nel medio-lungo periodo, concernendo non soltanto i temi urbanistici e territoriali, ma anche la centralità e la dispersione delle comunità locali, la strategia dei servizi pubblici e il rapporto tra spazio pubblico e privato[28].

Non è un caso che, immediatamente all'indomani del superamento della fase acuta dell'emergenza sismica che ha colpito la larghissima parte dei territori del Centro Italia, è risultato chiaro come il processo di ricostruzione dovesse interpretare non solo la necessaria speditezza della ripresa delle attività e della vita delle comunità, ma anche la possibilità che questo stesso processo riuscisse a superare alcune incongruenze insediative sedimentatesi nel corso del tempo.

L'enfasi è, dunque, da ricercare sul modello di ricostruzione che si intende adottare, considerato come esplorazione sia individuale che collettiva delle diverse prospettive e delle possibilità di ridefinizione della scena fisica urbana e delle sue potenzialità di utilizzo. Un progetto che viene interpretato come occasione di nuova vita nelle morfologie urbane preesistenti e come qualità di una progettazione capace di relazionarsi con il valore materiale e simbolico precedente facendone emergere nuovi valori e possibilità di riuso.

---

[27] A titolo esemplificativo, le rilocalizzazioni all'interno dei tessuti urbani e gli interventi adattativi delle previsioni urbanistiche vigenti che si confrontano con le nuove polarità che la stessa risposta all'emergenza produce. Oltre a ciò, vi è una grande attenzione ad una gestione dello spazio agricolo che, nella massima celerità e funzionalità del recupero produttivo, permetta un altrettanto rapido recupero della qualità paesaggistica.

[28] Cfr. G. CERFOGLI, B. GABRIELLI, R. GAMBINO, F. MANCUSO, N. RUSSI, R. SPAGNOLO, S. STORCHI, F. TOPPETTI, *Le forme della ricostruzione*, Altralinea Editrice, ANCSA, 2013.


ISSN 2036-7821

Tuttavia, volendo ripercorrere le diverse riflessioni e gli esercizi progettuali offerti a seguito del terremoto del 2016, ci si è trovati innanzi alla difficoltà di individuare un modello unico per la ricostruzione, nonché un unico soggetto istituzionale preposto a tale difficile compito. A ciò si aggiunge il ginepraio di norme, spesso contraddittorie tra loro, la bulimia legislativa, l'invasione dell'autonomia organizzativa e finanziaria dei Comuni che hanno ulteriormente aggrovigliato il problema, per cui si deve guardare ossessivamente alla forma della norma per essere in regola con ogni tipo di controllo, perdendo di vista il raggiungimento dell'obiettivo finale.

Tra l'altro, la sovrapposizione di funzioni e compiti tra i diversi livelli di governo rende ancora più difficile – e, di fatto, impossibile – il "rendere conto", vale a dire l'*accountability* dei diversi attori istituzionali coinvolti: è sempre necessario avere un quadro chiaro di "chi fa cosa", semplificando e riconoscendo ad ogni livello le responsabilità e le risorse economiche necessarie per espletare le funzioni pubbliche.

La ricostruzione dei nuclei abitati esistenti, allora, risulta possibile soltanto snellendo il corpo normativo ed elasticizzando le competenze dei soggetti pubblici coinvolti, non rivolgendo l'attenzione esclusivamente sulle norme tecniche di costruzione antisismica, bensì sulla semplificazione delle regole strumentali alla ricostruzione al fine di contrastare l'abbandono dei luoghi colpiti dal terremoto, incentivare il riuso e contrastare il consumo del suolo.

Tra l'altro, attualmente, in Italia, sono in corso almeno sette ricostruzioni post-sisma, ciascuna con le sue regole, le sue procedure e un proprio specifico modello di gestione.

Proprio al fine della definizione di un modello unico per la ricostruzione post-sisma e per superare la suddetta frammentazione normativa – che genera confusione e diseguaglianze nei diritti riconosciuti ai cittadini colpiti dalle catastrofi naturali –, il Consiglio dei Ministri del 21 gennaio 2022 ha recentemente elaborato un disegno di legge – che ha avuto un suo preciso percorso legislativo durato ben diciotto mesi – che delega il Governo a redigere il c.d. "Codice unico della ricostruzione"[29], vale a dire un corpo normativo che definisca un *framework* di regole uniforme per il coordinamento delle procedure e delle attività successive a quelle emergenziali della Protezione Civile nei territori colpiti dagli eventi sismici, tenendo in considerazione le loro singolarità.

L'obiettivo è quello di costruire un modello di *management* esportabile che assicuri non soltanto la stabilità, ma anche lo sviluppo dei luoghi colpiti dal disastro, evitando che, a causa dei lunghi tempi della ricostruzione, i territori subiscano un effetto di "spopolamento".

In particolare, il disegno di legge si articola in cinque punti principali: *i)* la predisposizione di un modello unico per le ricostruzioni post-sisma; *ii)* la

[29] Vedi https://aliautonomie.it/wp-content/uploads/2022/01/Legge-Delega-Codice-della-Ricostruzione-bozza.pdf


ISSN 2036-7821

riorganizzazione di funzioni e competenze mediante una *governance* multilivello; *iii)* l'istituzione di uno "stato di ricostruzione" (distinto dallo "stato di emergenza" disciplinato dal Codice della Protezione Civile); *iv)* l'istituzione, presso ogni Regione interessata, di un apposito ufficio denominato "*Ufficio speciale per la ricostruzione*" e di Conferenze di servizi speciali o permanenti e *v)* la conferma delle deroghe al D.lgs. n. 50/2016.

Si tratta di una operazione che presenta diverse criticità applicative, ma che si rende tuttavia necessaria per riordinare una materia caratterizzata da una complessità intrinseca data dai diversi livelli di produzione normativa.

In effetti, un maggiore coordinamento delle diverse procedure inerenti alla ricostruzione post-stima permetterebbe una omogeneità delle attività, uniformando a livello pianificatorio e organizzativo le ricostruzioni pubbliche e private[30].

Il nuovo modello, infatti, prevedendo l'attribuzione delle funzioni tra le diverse Amministrazioni coinvolte (Stato, Regioni, Province autonome ed enti locali), distingue fra funzioni di indirizzo politico e quelle di gestione amministrativa, differenziando le responsabilità, i compiti e i poteri.

L'organizzazione dei processi di ricostruzione dovrà, dunque, essere attuata attraverso una *governanc*e multilivello che operi a livello centrale, regionale e locale.

In via generale, si ribadisce che gli interventi di ricostruzione devono essere volti all'adeguamento o miglioramento sismico degli immobili e delle infrastrutture danneggiati e alla messa in sicurezza dei territori tramite interventi di mitigazione del rischio al fine di favorire la ripresa economico, sociale e culturale dei territori colpiti e lo sviluppo e il rilancio del tessuto economico e sociale.

In relazione alla ricostruzione pubblica, dovranno essere individuati gli interventi ritenuti prioritari definendo le modalità di pianificazione per la ricostruzione delle opere, degli edifici e degli immobili dichiarati di interesse storico-artistico sempre allo scopo di evitare di ritardare ulteriormente gli interventi di ricostruzione e di disperdere le risorse economiche stanziate a tal fine.

Considerata la vulnerabilità sismica del patrimonio edilizio esistente, per tutelarsi dai rischi economici connessi ai terremoti, il Governo potrà decidere di introdurre un sistema di indennizzi contro le conseguenze del sisma, mediante forme specifiche di assicurazione per gli immobili situati in zone caratterizzate da alto rischio sismico.

Viene, inoltre, introdotto un nuovo "*stato di ricostruzione di rilievo nazionale*", durante il quale è prevista la facoltà di attribuire al Capo della Struttura di missione o ai Commissari straordinari, se nominati, il potere di ordinanza da esplicarsi in deroga al Codice dei contratti, in osservanza però dei limiti imposti dai principi generali e da quelli comunitari. Per ogni "stato di ricostruzione" verrà istituita una Cabina di

[30] Sul punto, cfr. A. PALERMO, M. F. VIAPIANA, M. FRANCINI, *Il piano di emergenza nell'uso e nella gestione del territorio*, Franco Angeli Edizioni, 2020.


ISSN 2036-7821

coordinamento per la ricostruzione, presieduta dal Capo della struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri o del Commissario straordinario interessato (alla Cabina in parola partecipano, tra l'altro, il Capo del Dipartimento della Protezione Civile, i Presidenti delle regioni interessate, nonché un rappresentante dei comuni per ciascuna delle regioni, designato dall'ANCI regionale di riferimento).
Nello stato di ricostruzione dovranno essere disciplinati i termini e le procedure della cessazione dello stato di emergenza e il conseguente passaggio al regime ordinario, prevedendo la definizione delle attività che si potranno espletare in regime ordinario e la possibilità, per un periodo di tempo non superiore ai ventiquattro mesi, di mantenere le contabilità speciali.
Infine, è prevista l'istituzione, presso ogni regione interessata, di un apposito ufficio denominato "Ufficio speciale per la ricostruzione" e di indizione di conferenze di servizi speciali o permanenti per la definizione delle modalità per effettuare i controlli e i poteri sostitutivi e, eventualmente, sanzionatori in capo alla struttura della Presidenza del Consiglio. L'Ufficio speciale per la ricostruzione supporterà, quindi, i Comuni nella pianificazione urbanistica connessa alla ricostruzione e nell'istruttoria per la concessione di contributi e adempimenti per la ricostruzione privata, attuerà gli interventi di ricostruzione pubblica delle opere più rilevanti, esercitando la funzione di soggetto attuatore, e supporterà gli interventi volti alla ripresa economica nei territori interessati, assicurati dalla Regione o Provincia autonoma.
Al legislatore delegato si affida, inoltre, il compito di promuovere un programma di studi e di indagini idro-geognostiche sui dissesti e sui fenomeni franosi così da avere informazioni dettagliate per una effettiva e adeguata gestione del territorio.
A ciò aggiungasi che, allo scopo, di superare la frammentazione amministrativa, istituzionale ed economica nelle diverse Regioni colpite dal sisma, il Codice introduce alcuni principi nuovi ed importanti.
Innanzitutto, si prevede che i processi di ricostruzione non si limitino alla riparazione materiale dei danni, ma assicurino ai territori interessati anche il recupero del tessuto socio-economico (ad esempio, con lo stanziamento gli aiuti alle imprese locali). Inoltre, in caso di danni molto elevati e di situazioni complesse, è possibile attuare una ricostruzione pubblica dei centri urbani e storici dei Comuni più colpiti attraverso progetti unitari, prevedendo anche una semplificazione delle procedure e meccanismi di accelerazione, come l'obbligatorietà di utilizzare le centrali uniche di committenza.
Il modello appena delineato permetterebbe così di ripensare la ricostruzione post-sismica in una duplice direzione: da un lato, capire e gestire i processi di riorganizzazione territoriale che modificano le gerarchie e le reti di connessione e,


ISSN 2036-7821

quindi, i ruoli delle istituzioni sui diversi livelli di governo; dall'altro, per capire e governare le dinamiche interne dei centri interessati.
Conseguentemente, i processi di ricostruzione dovranno riguardare non soltanto il patrimonio abitativo pubblico e privato, ma anche lo sviluppo e il rilancio del tessuto economico e sociale dei territori interessati dagli eventi sismici.
Il contesto del terremoto del Centro Italia – considerato nella sua accezione ampia ed inclusiva delle differenti componenti fisiche, sociali, materiali e immateriali – assurge così a *spazio di sperimentazione istituzionale* per un dialogo sociale, politico, economico e spaziale.
Appare, dunque, prioritario assumere a fondamento i temi della continuità e della collaborazione, declinandoli sui diversi registri, mettendo a punto una strategia chiara e adattiva, improntata ad un piano di *governance* multilivello al fine di colmare e ridurre la frammentazione a livello istituzionale e territoriale[31].
Un buon piano di emergenza deve, anzitutto, farsi carico di tutti i rischi del territorio, singolarmente e nella loro interazione, dovendo valutare la rappresentazione di ogni aspetto, cercando di rilevare la capacità di comunicazione immediata del territorio e delle decisioni che devono orientare gli interventi.
L'approccio sarà, dunque, quello di considerare l'istituzione come "incaricata" dal governo della società, anziché come amministratrice nella sua dimensione materiale per non rischiare di sottovalutare gli aspetti relazionali e la fiducia che potrebbero rendere l'intervento inefficace.
Ciò necessariamente allo scopo di comprendere l'emergenza come emersione di elementi innati, da riconoscere e anticipare attraverso processi di dialogo e confronto effettivi con la popolazione, gli *stakeholders*, la storia locale e i saperi territoriali.

*3. Semplificazione amministrativa negli interventi di ricostruzione.*
Certamente, lo studio degli eventi sismici che hanno colpito il Centro Italia nel 2016 – e le loro ricadute sui relativi modelli di governo – si presenta di grande interesse per l'operatore giuridico, in quanto gli consente di confrontarsi con esperienze e con testimonianze che offrono angolature differenti rispetto a quella squisitamente giuridica del problema della ricostruzione post-terremoto[32]. Innanzi all'emergenza, infatti, il legislatore sperimenta molteplici innovazioni e differenti tentativi di accelerazione dei processi decisionali pubblici che riguardano il territorio[33].

[31] Nelle stesse questioni della *civitas* e della processualità troviamo la questione della partecipazione e del coinvolgimento. La strada della *governance* rappresenta, dunque, lo strumento sia per il percorso maestro per la pianificazione dell'emergenza, sia come vera pratica di integrazione nelle decisioni, nonché in ogni aspetto del percorso di pianificazione.
[32] Cfr. F. GIOVANETTI, M. ZAMPILLI, *Dopo il terremoto. Come agire? Giornata di lavoro sui recenti eventi sismici*, Roma Tre Press, 2018.
[33] Cfr. OECD, *L'azione delle politiche a seguito di disastri naturali. Aiutare le regioni a sviluppare resilienza – Il caso dell'Abruzzo post terremoto*, 2013.


ISSN 2036-7821

Tali sperimentazioni, tuttavia, si inseriscono in un momento che, se da un lato è caratterizzato dalla necessità di un particolare bisogno di interventi rapidi e tempestivi, dall'altro si scontra con una condizione di massima vulnerabilità.
È proprio in questo frangente che gli strumenti legislativi dovrebbero garantire quei principi di *tempestività* e di *efficienza* che caratterizzano l'azione amministrativa, ma, al contempo, non rinunciare a garantire i beni e i valori fondamentali implicati nelle vicende della ricostruzione.
Detti valori, evidenziati con propri linguaggi dalla convergenza dei diversi saperi, si identificano, a loro volta, con gli specifici interessi riconosciuti dall'ordinamento giuridico – il territorio, la comunità, il paesaggio, gli interessi storico-artistici – cui si affiancano gli interessi dei privati[34].
Questa pluralità di interessi deve, dunque, essere presa in considerazione nel sistema di accelerazione, semplificazione e deregolazione che si intende attuare negli interventi ricostruttivi, risultando, ancora oggi, faticoso districarsi nella cervellotica matassa burocratica e normativa[35].
La sfida che le Amministrazioni si trovano ad affrontare a seguito delle calamità naturali verte, allora, su come attuare una ricostruzione rapida, assicurando al contempo che il programma di investimenti rafforzi l'economia di lungo periodo nella regione interessata.
Purtroppo, in Italia, si tende a perdere la memoria delle cose positive a suo tempo realizzate e, in un certo senso, a "reinventare" procedure e tecniche, rifiutando di ripartire da una verifica di quanto è stato già fatto, sia pure per effettuarne, in modo corretto, un miglioramento, perdendo in tal modo esperienze scientifiche e procedurali consolidate[36].
La ricostruzione, allo stesso modo, offre però l'opportunità di agire al meglio nell'ottimizzare l'accesso ai servizi pubblici, potenziare le infrastrutture, migliorare l'efficientamento energetico e costruttivo degli edifici in conformità al preesistente e così via.
Nel Centro Italia, ha così assunto un ruolo determinante la pianificazione territoriale e urbanistica per guidare la ricostruzione post-sismica secondo una logica di *semplificazione* e *flessibilità* degli strumenti, tesa non soltanto a conservare e ripristinare, ma anche alla ripresa dell'efficienza del sistema urbano nel suo complesso, con attenzione allo sviluppo e al riuso in termini sociali ed economici.

---

[34] Si pone la necessità di un *approccio globale* che integri gli impegni di ricostruzione in una strategia coerente per lo sviluppo sociale ed economico, incentrato sul potenziale di lungo periodo e sulla creazione di occupazione nella regione interessata, nonché una nuova forma di *governance* al fine di mobilitare le comunità colpite e coordinare i soggetti provenienti da livelli e strutture diverse, oltre che dal settore pubblico e privato.

[35] Cfr. A. GIANGRANDE, *Disserviziopoli: la dittatura dei burocrati. Burocrazia e disservizi a pagamento*, 2016.

[36] Quando si riflette su come intervenire dopo un terremoto così disastroso che ha mietuto tante vittime e recato tanta distruzione, non si può non guardare alle esperienze del passato e ai risultati positivi che ne sono derivati anche in prospettiva storica.


ISSN 2036-7821

La partecipazione e la *governance* risultano, dunque, orientate non soltanto all'emergenza, ma anche alla rigenerazione e alla pianificazione, ponendosi tra le dimensioni di un approccio olistico posto al centro della ricostruzione[37].
Solo attraverso la condivisione partecipata del processo di ricostruzione si potrà, caso per caso, intervenire anche sul tessuto urbano per apportare le modifiche necessarie per migliorare l'identità, materiale e immateriale, che sta alla base dell'*humus culturale* e *spirituale* del luogo ferito dal sisma e che gli stessi cittadini devono, in primo luogo, riconoscere e condividere[38].
Non è un caso che le azioni compiute per far fronte alle esigenze del sisma sono state basate, fin dai primi giorni, su metodi di programmazione e pianificazione, preannunciate da specifiche ordinanze, immediatamente incardinate in una visione programmatoria che potesse, effettivamente, costituire il presupposto per il raggiungimento di alcune *best practices* nelle successive attività di intervento[39].
Le ordinanze in deroga, emanate con grande tempestività dal Commissario straordinario, sono state uno strumento fondamentale per rispondere alle esigenze che nascevano di volta in volta sui territori al fine di creare le condizioni per effettuare l'esecuzione di pronti interventi, per la predisposizione dei finanziamenti necessari e l'individuazione dei soggetti esecutori[40].
Proprio le ordinanze rappresentano uno strumento potente per la semplificazione degli interventi che ha portato ad un oggettivo mutamento nella *governance* territoriale: tale modello ha, infatti, portato a buoni risultati per il coordinamento delle azioni di ricostruzione delle aree interne (sia per quanto riguarda l'*urbs*, che per

[37] Cfr. R. GABRIELLI, B. NEROZZI, *L'approccio metodologico per la ricostruzione* in *"Ricostruzione e restauro: dossier"* a cura di M. ZUPPIROLI, 2014.

[38] Non sempre dove si è applicato il "metodo del consenso" i risultati sono stati ottimali. Tale approccio è stato sviluppato per raggiungere una condivisione nella interpretazione di concetti negoziabili, considerando le mappe cognitive degli attori utili per stabilire la riuscita (o meno) dei processi di partecipazione. Tuttavia, la non sovrapponibilità delle mappe non garantisce una reale comunicabilità e, quindi, una reale ed efficace collaborazione. Aiuta, semmai, a rappresentare la complessità del processo decisionale, la relazione fra componenti razionali ed emotive, le differenze, l'impossibilità di una *reductio ad unicum*. Se la missione della collettività è quella di "negoziare" il piano di emergenza, gli attori sono chiamati a fornire una loro personale visione del rischio, gli elementi più sensibili e le risorse utili a fronteggiarlo con le loro capacità e il loro impegno a contenerlo. Sul punto, cfr. K. E. WEICK, *Senso e significato nell'organizzazione*, Raffaello Cortina Editore, 1997.

[39] Il processo di crescita e di consapevolezza sulle tematiche di protezione civile passa anche attraverso l'analisi degli aspetti di natura tecnica, amministrativa e normativa che consentono di innescare un percorso di responsabilizzazione. Cfr. A. ANNECCHINI, F. COLA, D. SALVETTA, *Procedure di gestione dell'emergenza sismica*, EPC, 2019.

[40] Ai sensi dell'art. 9 del c.d. "D.L. Semplificazioni" (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76), tramite l'istituzione di Commissari straordinari *ad hoc* si è inteso accelerare il processo di realizzazione degli interventi infrastrutturali caratterizzati da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico-amministrative ovvero che comportano un rilevante impatto sul tessuto sociale ed economico del territorio.


ISSN 2036-7821

la *civitas*), operando in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici[41].

Resta fermo che i provvedimenti di natura regolatoria – ad esclusione di quelli di natura gestionale – adottati dai Commissari straordinari sono sottoposti a controllo preventivo della Corte dei conti e a controllo di legalità da parte dell'ANAC. In ogni caso, durante lo svolgimento della fase di controllo, lo stesso Commissario può, con espressa motivazione, dichiarare i predetti provvedimenti provvisoriamente efficaci, ai sensi degli articoli 21-*bis*, 21-*ter* e 21-*quater* della Legge n. 241/1990[42].

Alla luce di quanto rilevato, il vantaggio socio-economico che deriverebbe dalla scelta di commissariare un'opera consisterebbe in una più flessibile applicazione delle norme interne al fine di adattare il contratto a circostanze esterne non prevedibili, senza dovere ricorrere ad una nuova procedura di gara.

Le norme comunitarie, citate dallo stesso articolo 9 del "D.L. Semplificazioni" quale limite al potere derogatorio del Commissario, si configurerebbero così quale presupposto della liceità dell'azione amministrativa, finalizzata, in una ottica comparativa, ad assicurare, per un verso, la trasparenza e la concorrenza, e per un altro, la celere realizzazione dell'opera pubblica.

A questa logica di accelerazione e semplificazione dovrebbero, al contempo, ispirarsi le Stazioni Appaltanti che, in analogia alla disciplina comunitaria di riferimento, potrebbero stabilire procedure meno "burocratizzate", evitando che le rigidità previste dalla normazione primaria possano rivivere a livello regolamentare.

Per quanto sopra rappresentato, soltanto attraverso una lettura delle norme ispirata ad una semplificazione delle procedure, nei limiti previsti dall'ordinamento unionale, potrà essere concretamente raggiunto l'obiettivo di velocizzare la realizzazione commissariale delle opere pubbliche che, ad oggi, non può prescindere da uno sblocco dei cantieri attuato con le nuove risorse economiche provenienti dal PNRR[43], tramite una ragionevole e maggiore flessibilità della normativa, anche per la

[41] Fatto salvo il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del D.lgs. n. 50/2016, nonché delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al D.lgs. n. 159/2011 e dei vincoli inderogabili di appartenenza all'Unione Europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE e delle disposizioni in materia di subappalto.

[42] In altri termini, la nuova figura commissariale potrà, dunque, derogare alle norme interne del Codice in tema di "modifiche contrattuali" nel senso di applicare quelle stesse disposizioni, ma secondo una lettura maggiormente comunitaria e meno "appiattita" su alcune interpretazioni restrittive e non aderenti alla realtà dei lavori pubblici.

[43] La questione principale che attiene ai fondi del PNRR è quella di tipo *gestionale*, non già sotto il profilo delle risorse derivanti dall'Unione Europea, ma, invero, rispetto ai singoli ambiti delle riforme e degli investimenti programmati, dal momento che sussistono molteplici dubbi sull'adeguata separazione del potere politico dai processi propriamente decisionali. Ciò al fine di scongiurare che i "governi del futuro" possano stravolgere quanto già progettato in precedenza. Si tratta di un rischio che deriva da due ordini di fattori: da un lato, l'instabilità politica che caratterizza il nostro Paese; dall'altro, la *governance* dello stesso PNRR che prevede una cabina di regia politica quale unico punto di contatto con la Commissione europea.


ISSN 2036-7821

creazione di un *masterplan* che consenta la partecipazione dei cittadini alle scelte apicali[44].

*4. Conclusioni.*

In conlusione, quando si parla di riformare l'apparato burocratico, resta il problema che la nostra Pubblica Amministrazione è ancora caratterizzata da un coacervo di procedure farraginose e complesse, da una organizzazione dai tratti elefantiaci che si presenta lontana dai bisogni reali dei cittadini[45].

L'occasione emergenziale del terremoto che ha colpito l'Italia Centrale ha permesso certamente di avanzare alcune proposte di riforma in una prospettiva di accelerazione, semplificazione e riordino degli uffici, ma non si può pretendere di riformare l'ordinamento burocratico con un solo intervento legislativo[46].

Sette anni dopo il sisma, la ricostruzione è ancora impantanata in una poltiglia di regole e regolette cervellotiche che rendono difficile lo sgombero delle macerie e la posa di un mattone senza l'aiuto di una *equipe* di tecnici e di legali che devono sapersi muovere all'interno di una regolamentazione amministrativa soffocante.

A ciò aggiungasi che la classe politica attuale risulta priva di una visione chiara e lungimirante di come dovrà essere pensata la Pubblica Amministrazione del futuro, incidendo così negativamente sull'esigenza di rimuovere quegli ostacoli, economici e sociali, che impediscono di garantire l'uguaglianza formale e sostanziale di cui all'art. 3 della Costituzione[47].

---

[44] La partecipazione dei futuri abitati al processo decisionale è fondamentale per affrontare i problemi connessi alle dinamiche ricostruttive e per avviare una ricostruzione orientata a riannodare il filo della continuità con il passato.

[45] La "questione burocratica", accanto alla "questione industriale" e alla "questione organizzativa", si pone all'incrocio tra la sociologia politica e quella dell'organizzazione e, quindi, del controllo democratico sugli apparati democratici e della burocrazia come struttura governata non tanto da linee gerarchiche interne, ma dalle relazioni multilivello con l'ambiente esterno, nata per realizzare fini politici, ma poi capace di intenzionalità e azioni autonome. Ciò porta ad una naturale tensione tra la formale neutralità dell'Amministrazione e l'azione di indirizzo del potere politico, tra una burocrazia servente e una che, in virtù della sua stabilità, si pone come autonomo centro di potere organizzato. Al centro dell'analisi vi sono le interrelazioni tra burocrati e centri di interesse, le forze economiche e sociali e le organizzazioni politiche, e quindi le problematiche interazioni tra strumenti organizzativi dotati di loro autonomia e i fini da raggiungere. Sul punto, cfr. C. HOOD, *The tools of Government*, 1983.

[46] L'obiettivo resta, in ogni caso, il superamento delle strutture commissariali, della riforma degli enti di gestione e della loro abolizione quando è necessario e possibile. Sarebbe auspicabile, in tempi molto stretti, un superamento delle strutture straordinarie, semplificando la macchina amministrativa regionale. Strettamente correlata a questa fase è l'attuazione di un moderno ed efficace processo di riordino della organizzazione burocratica regionale, attraverso una qualificazione e aggiornamento delle procedure. Allo stesso modo, una maggiore stabilizzazione delle responsabilità dei dirigenti sarebbe, di per sé, garanzia di continuità e di competenza dei responsabili delle varie funzioni. Cfr. G. OSSORIO, *La Regione in salita*, Guida Editore, 2003.

[47] Il principio di uguaglianza resterebbe una mera enunciazione teorica se l'articolo 3 della Costituzione non prevedesse il concreto impegno politico, economico e sociale dello Stato finalizzato a ridurre le disparità giuridiche che, di diritto e di fatto, impediscono l'inserimento e la partecipazione di tutti alla vita del Paese.


ISSN 2036-7821

La riforma dell'apparato burocratico, allora, deve avere come punto di riferimento l'opportunità di garantire un diritto ad una *buona amministrazione* che, implicitamente, si ricava dalla lettura disposta dell'articolo 97 della Costituzione e dell'articolo 1 della Legge n. 241/1990, nonché dell'articolo 41 della Carta di Nizza.
Le menzionate disposizioni devono essere lette ed interpretate nell'ottica di assicurare una maggiore certezza ed efficienza nei rapporti con il cittadino, soprattutto nelle situazioni di emergenza, dal momento che la funzione pubblica assurge a ruolo di depositaria della fiducia degli amministrati nel rapporto Stato-cittadino.
I tentativi di riforma che si sono succeduti negli ultimi decenni hanno avuto sicuramente il merito di apportare un miglioramento alla macchina dello Stato[48], ma la riforma della Pubblica Amministrazione potrà essere realmente attuata soltanto introducendo elementi di *chiarezza* e *sistematicità* nell'ordinamento, intervenendo sulla quantità delle leggi e sulla qualità della regolazione.
Il nostro Paese si caratterizza ancora da una ricerca scientifica negletta, da una formazione professionale insufficiente e da una innovazione inesistente che rendono il nostro ordinamento un sistema farraginoso, confuso e, soprattutto, incomprensibile. Una "montagna di carta" che limita la libertà dei cittadini, scoraggia la competitività delle imprese, ritarda i tempi di decisione e di erogazione dei servizi[49].
La terapia secondo cui basta cambiare le caratteristiche sopra descritte per rilanciare il sistema economico, così da renderlo competitivo e in crescita, si è rivelato un ricettario, da tanti anni sempre uguale, di manovre politiche ed economiche[50].
La semplificazione imposta dal sisma ha imposto l'adozione di una visione strategica dell'*agere* amministrativo, sfruttando quella deregolamentazione e quella elasticità che, oggi, viene consegnata all'autoregolamentazione e all'autoresponsabilità degli

[48] Si pensi alla "riforma Bassanini" (1996-2001) che ha gettato le basi per una rivoluzione culturale nella Pubblica Amministrazione *performance-oriented*, sostituendo all'approccio giuridico-formale, in cui contano soltanto le regole e le procedure, il servizio al cittadino fruitore dell'attività amministrativa. O alla più recente "riforma Brunetta" del 2009 che ha recuperato i principi della *performance* e del merito per porli nel prisma della responsabilità dei funzionari. Infine, alla "riforma Madia" (2015-2017) che ha riordinato, mediante un approccio di codificazione particolarmente diffuso in Francia, l'organizzazione amministrativa.

[49] La semplificazione va, perciò, realizzata *ex post*, ossia eliminando, per quanto "possibile e sostenibile" gli intralci burocratici che appesantiscono l'agire delle Amministrazioni pubbliche, sì da renderle insopportabilmente complicate ed arcigne agli occhi dei cittadini per gli incombenti loro imposti, che inevitabilmente gravano sulla qualità della vita, in una logica ben lontana da quell'Amministrazione *friendly* così tanto auspicata dalla dottrina. Ma la semplificazione amministrativa va, altresì, ricercata *ex ante*, attraverso la predisposizione di un quadro normativo e istituzionale quanto più possibile snello, oltre che efficiente e funzionale, che investa l'attività e l'organizzazione degli apparati amministrativi. Cfr. A. GIUFFRIDA, *Il «diritto» ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Giappichelli Editore, 2012.

[50] Cfr. P. CIOCCA, *L'instabilità dell'economia*, Cap. VI, Einaudi, Torino, 1987.


ISSN 2036-7821

enti locali (prima) e di tutto il sistema istituzionale pubblico-privato (poi) che si trova ad operare nel processo di ricostruzione.
Per uscire dal groviglio burocratico di regole formali, allora, l'Amministrazione non necessita di essere "distrutta", ma di essere piuttosto "qualificata": non serve sostituire e semplificare, ma occorre integrare e rafforzare le competenze – anche tramite il contributo proveniente dagli ingenti mezzi finanziari del PNRR – al fine di garantire un'Amministrazione di qualità e per rinforzare la capacità amministrativa nelle relazioni con i cittadini, nello snellimento delle procedure, nell'accesso civico, nella digitalizzazione e nell'*assessment* delle competenze.
Tra l'altro, come anticipato dal Massimo Severo Giannini nel rapporto del 1979:

*"Questo per dire che revisioni tecniche, riordinamenti, ristrutturazioni, riforme di pubbliche amministrazioni, da sole non basteranno; occorrerà che siano accompagnate da modernizzazione delle leggi regolative dell'azione amministrativa: sono due le condizioni per riportare la pace tra pubbliche amministrazioni e cittadini. La pace, non la fiducia, perché questa non dipende dalle leggi"*[51].

[51] Cfr., M. S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della Amministrazione dello Stato*, 1979 http://www.tecnichenormative.it/RapportoGiannini.pdf


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# La saga delle concessioni balneari al crocevia tra interventi legislativi e precedenti giurisprudenziali

## di Federica Lorenzetti

(Dottoranda di ricerca in diritto amministrativo presso l'Unioversità degli Studi di Catania)

## Sommario

1. Premessa – 2. Il demanio e i beni pubblici – 3. La concessione amministrativa – 4. Il quadro normativo nazionale e sovranazionale in materia di concessioni demaniali marittime – 4.1. La natura giuridica delle concessioni demaniali marittime alla luce della direttiva Bolkestein – 4.2. La giurisprudenza europea e il caso Promoimpresa –5. Il dictum delle Plenarie e le ricadute sul piano giuridico – 6. Disapplicazione della legge anti-comunitaria e responsabilità penale dei concessionari demaniali: una divergenza di opinioni 7. Riflessioni conclusive e prospettive di riforma.

## Abstract

The maritime state-owned concessions for tourist-accommodation purposes represent a very important reality for our country, not only from an economic point of view, but also (and above all) for the repercussions they have on the coastal heritage. The nature of these concessions and their legal regime have been at the center of the debate between legal and non-law scholars for several years now, also in consideration of the importance of the topic. Currently, the bathing concessions in place amount to 27,335 and, in almost all cases, the owners of the same, against a negligible annual fee, have given life to a real business, also making huge investments.

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


ISSN 2036-7821

*1. Premessa.*

Le concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricettive rappresentano una realtà molto importante per il nostro paese, non soltanto dal punto di vista economico, ma anche (e soprattutto) per le ripercussioni che le stesse hanno sul patrimonio costiero. La natura di tali concessioni e il loro regime giuridico sono ormai da parecchi anni al centro del dibattito tra studiosi del diritto e non, anche in considerazione dell'importanza che il tema riveste. Attualmente, le concessioni balneari in essere ammontano a 27.335[1] e, nella quasi totalità dei casi i titolari delle stesse, a fronte di un canone annuo irrisorio, hanno dato vita a un vero e proprio business, effettuando anche ingenti investimenti.

Come è ormai arcinoto, con due sentenze di eguale contenuto (le n. 17 e 18 del 2021)[2], l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta sulla *vaexata quaestio* delle proroghe legali delle concessioni demaniali marittime, sancendo (si spera) definitivamente la loro incompatibilità con il diritto dell'unione europea, e, in particolare, con l'49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva CE n. 123 del 2006 (c.d. direttiva Bolkestein), la quale è stata ritenuta direttamente applicabile in quanto sufficientemente chiara, precisa e incondizionata. Tuttavia, l'operatività delle due pronunce é stata rinviata, con una tecnica di modulazione degli effetti che ha suscitato in dottrina non poche perplessità[3], al 1° gennaio 2024. Pertanto, il presente elaborato si pone come obiettivo quello di offrire una panoramica quanto più esauriente possibile del regime giuridico delle concessioni balneari, alla luce sia dei numerosi interventi legislativi che delle recentissime pronunce giurisprudenziali, tra cui si segnala, oltre alle Adunanze Plenarie n. 17 e 18 del 2021, anche la pronuncia della Corte di Cassazione, terza sezione penale, n. 15676 del 22 aprile 2022, con cui i giudici di legittimità sembrerebbero discostarsi da quanto affermato dal Consiglio di Stato in un *obiter dictum*. Infine, ci si soffermerà sulla imminente riforma delle concessioni balneari contenuta nel ddl concorrenza, approvato il 30 maggio al Senato

[1] cfr. Sistema informativo del demanio marittimo: dati.mit.gov.it/catalog/dataset/concessioni-demaniali-marittime.

[2] Per un primo commento delle sentenze si veda: E. Cannizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato*, in *Giustiziainsieme.it*; F.P. Bello, *Primissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; R. Rolli, D.Granata, *Concessioni demaniali marittime: la tutela della concorrenza quale Nemesi del legittimo affidamento*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.5, 2021, pag. 1624; A. M. Sandulli, *Sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; A. F. Di Sciascio, *Le concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative tra regime di proroga e (timida) apertura al mercato ed alla concorrenza*, in *Rivista Corte dei Conti*, n. 1 del 2022; M. Timo, *Concessioni balneari senza gara ... all'ultima spiaggia*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.5, 2021, pag. 1596; E. Zampetti, *Le concessioni balneari dopo le pronunce Ad. Plen. 17 e 18 2021. Definito il giudizio di rinvio innanzi al C.G.A.R.S.*, in *Giustiziainsieme.it*.

[3] A. Giannelli, G. Tropea, *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékon,* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5-6, 1 ottobre 2021, pag. 723.


ISSN 2036-7821

e attualmente in esame presso la Camera dei deputati, provando ad evidenziare alcune criticità.

2. *Il demanio e i beni pubblici.*

Prima di illustrare il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime appare opportuno esaminare preliminarmente il concetto di demanio pubblico. Il codice civile del 1942, come osservato in dottrina[4], non definisce la nozione di "proprietà pubblica", ma si limita ad enucleare il regime giuridico dei beni appartenenti all'amministrazione pubblica. Analogamente anche l'art. 42 della nostra Costituzione sancisce solennemente al primo comma che la proprietà "è pubblica o privata", lasciando quindi chiaramente intendere che, accanto ad uno regime privatistico della proprietà ve ne debba essere anche uno necessariamente pubblicistico, senza tuttavia definirlo.

In dottrina e in giurisprudenza la nozione di "bene pubblico"[5] si è andata definendo avuto riguardo principalmente a tre tesi. Per un primo indirizzo[6], minoritario, dovrebbe essere valorizzata la natura oggettiva del bene pubblico, in quanto funzionale al perseguimento di uno scopo pubblico ovvero di un interesse della collettività, a prescindere dalla sua appartenenza ad un soggetto pubblico o privato. All'opposto, i fautori della concezione soggettiva definiscono pubblico ogni bene che appartiene ad un ente pubblico.

Nessuna di queste due tesi, tuttavia, risulta essere pienamente convincente: da un lato, infatti, anche i beni privati possono realizzare interessi pubblici, dall'altro, invece, anche beni soggetti al regime privatistico possono appartenere ad enti pubblici.

Invero, si è sostenuto[7] sul punto che nel nostro ordinamento vige il principio di neutralità soggettiva, secondo cui la qualità del soggetto è neutra e non influisce sulla natura del bene. Conseguentemente, si è andata ad affermare una terza tesi, ad oggi prevalente, incentrata su un criterio di tipo "misto", in base alla quale un bene può essere definito pubblico se appartiene ad un ente pubblico ed è destinato al soddisfacimento di un interesse pubblico.

---

[4] Caringella, F. Mazzamuto, Morbidelli G., *I beni pubblici*, *Manuale di Diritto Amministrativo*, IX Ed., 2016, p. 869

[5] Sul tema cfr. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario*, in *dir. amm.*, 2007, 165 s.s.; Id., *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979; Cassarino, *La destinazione dei beni pubblici*, Milano 1962; Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969; Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; Della Cannanea, *I beni*, in Cassese (a cura di) *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 171; Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963; Guicciardi, *Il demanio*, Padova, 1934; A. Police (a cura di), *I beni pubblici*, 2008; Renna, *Beni pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, I, Milano, 2005, 714 ss.; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963.

[6] M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, 2004.

[7] F. Caringella, *Manuale ragionato di diritto Amministrativo*, 2020.


ISSN 2036-7821

Il regime giuridico dei beni pubblici è disciplinato sostanzialmente dal codice civile, il quale opera una bipartizione tra beni demaniali e beni del patrimonio indisponibile. Da queste due categorie devono invece essere tenuti distinti i beni facente parte del patrimonio disponibile in quanto quest'ultimi, diversamente dai primi, non sono funzionali al perseguimento di un interesse della collettività ma sono utilizzati dalla Pubblica Amministrazione, che ne è proprietaria, per finalità prettamente redditizie.

I beni demaniali, a loro volta, si distinguono in beni facente parte del demanio "necessario" e beni facente parte del demanio "accidentale". Mentre la prima categoria è composta dai beni immobili di esclusiva proprietà dello Stato, che non possono che appartenere ad esso, il demanio accidentale comprende beni immobili e universalità di beni mobili che possono ancora non essere di proprietà di enti pubblici territoriali ma, qualora lo siano, rientrano nella suddetta categoria e non già nei beni patrimoniali indisponibili.

Il demanio marittimo appartiene al demanio necessario e, al contempo, costituisce anche demanio c.d. "naturale" in quanto i beni che vi fanno parte esistono già in natura. Quest'ultimi, poi, sono elencati all'art. 28 cod. nav. (tradizionalmente considerato come una specificazione dell'art. 822 c.c[8].), il quale testualmente afferma che "Fanno parte del demanio marittimo: a) il lido, la spiaggia, i porti, le rade; b) le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno una parte dell'anno comunicano col mare; c) i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo". Si tratta di beni che, in virtù delle loro particolari caratteristiche, necessitano di essere adeguatamente tutelati sia da un punto di vista ambientale che paesaggistico.

Il problema che si pone, quindi, è quello di garantire un compromesso tra lo sfruttamento imprenditoriale degli stessi e la loro fruizione da parte della collettività, in modo tale da assicurarne una adeguata valorizzazione. A tal proposito occorre rilevare come la dottrina tradizionale fosse solita ricondurre lo sfruttamento dei beni demaniali marittimi ad un uso c.d. "speciale" dei beni pubblici, implicante la possibilità di sfruttare economicamente gli stessi compatibilmente con la loro destinazione pubblica[9]. Attraverso l'uso speciale, infatti, l'amministrazione accorda l'uso del bene a determinati soggetti prescrivendo loro l'adozione di determinate cautele volte a preservarne l'integrità[10]. Lo strumento principale utilizzato per

[8] Cfr. F. Francario, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità*, in *Giustiainsieme.it*. Si noti, inoltre, che per dottrina e giurisprudenza l'elencazione di cui all'art. 822 c.c. è da considerarsi tassativa. Cfr. ex multis Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 180 ss.

[9] Vedi V. Cerulli Irelli, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Annuario* AIPDA 2003, Milano, 2004, p. 24, che richiama, nella casistica variegata cui corrisponde il modello in questione, anche gli stabilimenti balneari e gli altri impianti turistici sulle spiagge demaniali; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 58.

[10] Cfr. Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, 2021.


ISSN 2036-7821

trasferire il diritto di uso del bene in capo ai privati è quello della concessione amministrativa e i vantaggi che l'adozione di questo modello può comportare sono principalmente due: da un lato l'agevolazione della fruizione da parte della collettività, dall'altro la remunerazione dell'amministrazione titolare del bene medesimo.

*3. La concessione amministrativa.*

Come anticipato sopra, la concessione amministrativa è il tradizionale provvedimento amministrativo con cui la pubblica amministrazione attribuisce diritti[11]. Da essa deve essere invece tenuta distinta la figura dell'autorizzazione, che ricorre quando la pubblica amministrazione rimuove un limite legale all'esercizio di un diritto di cui il privato è già titolare[12].

Più precisamente, mentre il potere concessorio comporta in capo all'amministrazione una notevole discrezionalità, dovendo quest'ultima verificare la vantaggiosità o quantomeno l'utilità che le potrebbe derivare dal conferimento al privato di un diritto o di un potere, il potere autorizzatorio implica invece una discrezionalità più limitata, essendo l'amministrazione chiamata essenzialmente a verificare l'assenza di profili pregiudizievoli. Inoltre, sebbene entrambe le figure appartengano al *genus* dei provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del destinatario, diversa è la loro struttura: infatti, mentre l'autorizzazione si esaurisce in un atto provvedimentale, il provvedimento concessorio è nella maggior parte dei casi accompagnato da una convenzione bilaterale, denominata concessione-contratto, volta a definire i rapporti tra l'amministrazione e il privato soprattutto da un punto di vista patrimoniale. La concessione amministrativa, poi, può essere costitutiva o traslativa, a seconda che la situazione giuridica attribuita sia del tutto nuova (come avviene nella concessione di onorificenze) ovvero appartenga già all'amministrazione, che ne è quindi titolare, come nel caso della concessione di un bene o di un servizio[13].

---

[11]Cfr. Mattarella, voce *Atto amministrativo*, tipologia, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di Clarich-Fonderico, Milano, 2007, p. 82; O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it*., 1894, 29, secondo cui la concessione amministrativa è incentrata sull'attribuzione di un nuovo diritto (in senso lato) «senza che questi ne abbia neppure il germe»; U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. It*, 1900.

[12] Sul punto si veda: Ranelletti, *op. cit*, 1898, 21; Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 318 ss.; Salvatore, voce *Autorizzazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988; Mattarella, voce *Atto amministrativo*, tipologia, in *Dizionario di diritto amministrativo*, op. cit., 2007, 82; Garofoli, Manuale di diritto amministrativo, 2021, p. 909; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 261, secondo cui «*carattere comune di tali provvedimenti è l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica*»; O. Rannelleti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma-Firenze, 1894; A.M. Sandulli, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubb*., 1957, 784 e ss.; M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, 614 e ss.

[13] D. D'Amico, *Natura giuridica e riparto di giurisdizione delle concessioni pubbliche: in particolare, delle concessioni di beni pubblici*, in *Dir. amm*., 2021, 5, 1; B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di*


ISSN 2036-7821

La natura giuridica della concessione è da sempre controversa: si tratta, invero, di un istituto a cavallo tra il diritto pubblico e il diritto privato. Sul punto sono state operate diverse ricostruzioni dogmatiche, dividendosi la dottrina principalmente tra i sostenitori della concezione c.d. pubblicistica (altrimenti detta tesi anti-contrattualistica), per i quali la concessione deve essere considerata alla stregua di un provvedimento amministrativo, e i sostenitori della concezione privatistica, i quali operano una contrattualizzazione dell'istituto. Più nel dettaglio, per un primo orientamento, la concessione amministrativa doveva essere ricondotta all'istituto del contratto[14]. La concessione nacque, infatti, nella prassi della pubblica amministrazione come negozio giuridico in grado di prevedere e regolare i reciproci adempimenti delle parti contraenti[15].

Tuttavia, alla fine del diciannovesimo secolo, mutarono radicalmente, sotto l'influsso dell'idealismo giuridico tedesco[16], la qualificazione dei rapporti tra le pubbliche amministrazioni e i loro interlocutori, con la conseguenza che si iniziò a ritenere il contratto – strumento privatistico per eccellenza – incompatibile con l'esercizio del potere pubblico.

Pertanto, si andò ad affermare un secondo orientamento[17], secondo cui la concessione amministrativa doveva essere intesa alla stregua di un provvedimento unilaterale ad effetti bilaterali. Si tratta della teoria c.d. unilateralistica, secondo cui l'unica fonte regolatoria del rapporto con il privato sarebbe costituita dal provvedimento concessorio e l'adesione di quest'ultimo non costituirebbe altro che un semplice presupposto del citato provvedimento ovvero una mera condizione di efficacia[18], asseconda che la stessa intervenga prima o dopo l'adozione dell'atto di concessione da parte della P.A.[19].

---

*pubblico servizio*, in *P.A. - Persona e Amministrazione*, 2018, 1, 114; A. Altieri, *Le concessioni amministrative, in Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 2020.

[14] Fino alla seconda metà dell'ottocento, infatti, i rapporti contrattuali tra la Pubblica amministrazione e i privati erano regolati e disciplinati dal diritto comune. In mancanza di una nozione precisa di concessione amministrativa, i giudici utilizzavano l'espressione "contratto di concessione" per definire la concessione a titolo oneroso, mentre i canoni pagati dal concessionario venivano qualificati quale semplice "fitto". Si veda, sul punto, L. Mannnor, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001; M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981; Id., *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur*., XVIII, Roma, 1988; G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; A. Botto, S, Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020.

[15] A. Altieri, *op. cit.*

[16] O. Mayer, *Zur lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag*, in *AöR*, 1888, secondo cui *"i contratti dello Stato nel campo del diritto pubblico non sono assolutamente concepibili":*

[17] Silvestri, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir*. VIII, Milano, 1961

[18] Cfr: A. Gemmi, *Il tramonto della concessione-contratto: la svolta pubblicistica della giurisprudenza,* in *P.A. - Persona e Amministrazione*, 2019, 1, 491; R. Rolli, D.Granata, *Concessioni demaniali marittime: la tutela della concorrenza quale Nemesi del legittimo affidamento*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.5, 2021, pag. 1625;

[19] La tesi della concessione quale provvedimento unilaterale è stata sottoposta a diverse critiche da parte della dottrina. Si è evidenziato, in particolare, la difficoltà nascente nel conciliare il motivo per cui il rapporto concessorio dovrebbe avere fonte in un provvedimento unilaterale con la necessità del consenso del privato al fine di poter dar vita al sinallagma concessorio. Sul punto, cfr. G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra*


ISSN 2036-7821

Per una terza tesi, invece, le concessioni dovrebbero essere ricondotte al novero dei contratti di diritto pubblico, costituendo una manifestazione dell'attività d'imperio della pubblica amministrazione in materie pubblicistiche[20]. A supporto di tale conclusione, i fautori di questa tesi hanno valorizzato l'art. 11 della legge n. 241 del 1990, riconducendo le concessioni agli accordi procedimentali c.d. facoltativi e finendo così per negare in toto la configurabilità di un rapporto paritetico tra le parti contrattuali[21]. Più precisamente, si è parlato in proposito di accordi "necessari", ovvero di "*quelle figure (concessione di pubblici servizi, convenzione di lottizzazione, convenzioni sanitarie, ecc.), che la legge ha strutturato in forma convenzionale e contrattuale, pur producendo effetti analoghi a quelli di un provvedimento amministrativo*".[22] Conseguentemente, poiché tali accordi sono funzionali alla cura di interessi pubblici, la disciplina concretamente applicabile non può che essere quella pubblicistica, restando l'applicazione del diritto privato del tutto residuale[23].

Un quarto orientamento, infine, si è andato ad affermare in giurisprudenza al fine di garantire una maggiore stabilità del rapporto concessorio, soprattutto per ciò che riguarda i profili patrimoniali dello stesso, ed è incentrato sulla teoria della c.d. concessione – contratto[24]. Più precisamente, secondo i sostenitori di questa tesi, la fattispecie concessoria risulterebbe dalla combinazione di due momenti giuridici distinti, uno autoritativo, identificabile nel provvedimento amministrativo con cui l'amministrazione conferisce la concessione, l'altro, paritetico, rappresentato dal contratto privatistico che disciplina gli obblighi e i diritti reciproci dell'ente concedente e del privato concessionario[25]. Quest'ultima teoria, in particolare, ha

---

*provvedimento e contratto*, in *Dir. amm*., 1999, 382, secondo cui: "*non risulta condivisibile, infatti, il pur recente e autorevole tentativo di ricostruire l'istituto in termini provvedimentali [...] quel che non si può condividere è la ricostruzione di un atto amministrativo, unilaterale e autoritativo (e, dunque provvedimentale), che, se concepito separatamente dall'accordo, convenzione o contratto, è privo di effetti autonomi e se concepito – come pare – quale contributo volitivo dell'Amministrazione nella formazione dell'accordo, perde i connotati dell'atto unilaterale, essendo unica la fonte del rapporto (appunto l'accordo o la convenzione), nel cui ambito confluisce anche la volontà del privato [...]. La convenzione, l'accordo o il contratto [...] non costituiscono, infatti, la sommatoria di due fonti distinte, ma un unico atto negoziale (bilaterale), a cui partecipano – sia pure sulla base di posizioni diverse – l'amministrazione e il privato*".

[20] Garofoli, *op. cit*., p. 917

[21] A. Gemmi, op. cit.; L. Monteferrante, *Il diritto dei contratti conquista gli accordi*, in *Urb. e app*., VIII, 2006, 955; M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Milano, 2008; S. D'Ancona, *La revoca e il recesso nelle concessioni amministrative,* in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di); B. Spampinato, *Accordi amministrativi, concessioni-contratto e giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dir. amm*., II, 1996, 517.

[22] G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, V ed., 2019

[23] G. Greco, *op. cit*. Sulla inapplicabilità del diritto privato ad accordi funzionalizzati, si veda anche A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubb*., 1939, 76.

[24] Per una analisi storica dell'istituto si veda M. D'Alberti, *Concessioni Amministrative*, in *Enc. del Dir*., Roma, vol. VII, 1988.

[25] È questa la tesi sostenuta dalla Cassazione nella sentenza 12 gennaio 1910 (in Riv. dir. Comm., 1910, 248, in cui si afferma testualmente che «*le dottrine sono non sicure e determinate e molto meno di accordo nella definizione giuridica dell'essenza di siffatte concessioni. Sembra che sia più conforme alla loro nozione considerare l'atto di concessione in due momenti giuridici. Nel primo momento può scorgersi la determinazione della volontà dello Stato che, sottraendo all'uso*


ISSN 2036-7821

ricevuto una notevole spinta grazie all'avvento della legislazione comunitaria e, ad oggi, rappresenta la qualificazione giuridica prevalente dei rapporti concessori, soprattutto per quelli concernenti il trasferimento d'uso di un bene pubblico.

*4. Il quadro normativo nazionale e sovranazionale in materia di concessioni demaniali marittime.*

Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo sono delle concessioni traslative aventi ad oggetto porzioni del demanio marittimo che vengono per lo più destinate alla gestione di stabilimenti balneari[26]. Esse hanno ad oggetto l'utilizzo di beni che, ai sensi dell'art. 822 c.c., appartengono al c.d. demanio necessario e, come è noto, sono disciplinate da una pluralità di fonti, non avendo mai potuto contare su una disciplina organica e unitaria[27].

Proprio per questo motivo appare opportuno, prima di soffermarsi sulle recenti pronunce giurisprudenziali intervenute sul tema, effettuare un rapido *excursus* delle modifiche legislative che si sono susseguite nel corso degli anni, al fine di poter offrire al lettore un quadro quanto più completo possibile della situazione.

Viene in rilievo, in primo luogo, il codice della navigazione, il quale all'art. 36, primo comma, dispone che "L' amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo". Si tratta, invero, di una concessione c.d. ad uso particolare, in quanto la *res* viene affidata a soggetti particolari specificatamente individuati nel provvedimento concessorio il quale, unitamente alle disposizioni normative, ne informa anche l'attività. Il primo comma del successivo articolo 37, invece, dispone che "*nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico*". Tuttavia, è con due specifici istituti che la disciplina italiana ha posto peculiari problemi di compatibilità con il diritto comunitario: si tratta del c.d. diritto di insistenza e del rinnovo

---

*pubblico un'area o una pertinenza demaniale, la concede, per uno spazio più o meno lungo di tempo, o ad uso di una industria marittima o per un uso industriale estraneo alle industrie marittime, a una qualunque industria privata; è un atto di sovranità dello Stato che si concreta nella concessione. Ma in un secondo momento l'amministrazione dello Stato, regolando il suo atto di concessione, entra in rapporti di obbligazione con il concessionario; e fra l'uno e l'altro si stabiliscono le condizioni, le modalità, il prezzo, si opera cioè una vera e propria stipulazione di contratto* […] *In questa seconda ipotesi, certamente, possono aver luogo vere e proprie violazioni contrattuali e azioni ex contractu per ripararle* […] *Sorgono obbligazioni e responsabilità, diritti e doveri giuridici le cui violazioni possono dar luogo ad azioni giudiziarie».*

[26]B. Caravita, G. Carlomagno, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 11 agosto 2021, 1 e ss.

[27] Cfr. B. Lageder, *La proroga delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in D. Granara (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti in fronte al mare,* Torino, 2019, 167 ss., e di A. Lazzaro, *Le concessioni demaniali marittime tra principi comunitari e ordinamento interno: gli attuali sviluppi normativi e giurisprudenziali. Quali prospettive?*, in *Dir. mar.*, 2021, 1, 21 ss.; M. Timo, *op. cit*.


ISSN 2036-7821

automatico, previsti rispettivamente dal secondo comma dell'art. 37 cod. nav. e dall'art. 1, comma 2, del d.l. n. 400 del 1993[28], come novellato dall'art. 10 della l. n.88 del 2001.

Il diritto di insistenza è una situazione giuridica soggettiva di cui può essere titolare un concessionario pubblico e consiste nella preferenza accordata agli attuali concessionari, rispetto agli altri concorrenti, nel momento in cui l'amministrazione, allo scadere della concessione, deve procedere ad una nuova assegnazione del bene.[29]

Diverse sono state, nel corso degli anni, le chiavi interpretative offerte di questo istituto. Secondo un primo orientamento, infatti, lo stesso doveva essere inteso alla stregua di un diritto soggettivo perfetto tutelato in modo incondizionato, secondo una diversa tesi, invece, il diritto di insistenza doveva essere inteso quale limite all'esercizio della discrezionalità dell'amministrazione[30]. Ne derivava, secondo queste letture improntate alla vincolatività dell'insistenza, l'onere del privato interessato a rimpiazzare il concessionario in carica di dimostrare di essere in grado di offrire maggiori garanzie sotto il profilo del più rilevante interesse pubblico[31]. Questa chiave di lettura, tuttavia, entrò in crisi con l'affermarsi dei principi di matrice comunitaria di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di trasparenza. Di conseguenza, il diritto di insistenza finì per essere fortemente ridimensionato, potendo operare lo stesso alla stregua di una prelazione civilistica e quindi solo a condizione che il concessionario uscente dimostrasse di poter offrire condizioni identiche a quelle degli altri concorrenti[32].

Tuttavia, neppure la lettura di tale istituto in chiave comunitaria riuscì a risparmiare all'Italia l'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione UE (n. 2008/4908)[33] con riferimento al diritto di insistenza previsto in materia di concessioni demaniali marittime dall'art. 37, comma 2, cod. nav. Si riteneva infatti che le concessioni *de quibus*, in quanto aventi ad oggetto beni economicamente

[28] Convertito in legge n. 494 del 1993.

[29] Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, 2021, p. 521.

[30] Il riferimento è S. Cassese, *Concessione di beni pubblici e "diritto d'insistenza"* (nota a Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 2002, n. n. 6764), in *Giornale dir. amm.*, 2003, 357. Cfr. altresì sul punto, Cons. St., Sez. IV, n. 817 del 1 ottobre 1993.

[31] G. Vosa, *Le concessioni balneari turistiche tra ordinamento degli stati e diritto dell'unione. Italia e Spagna: cammini diversi, soluzioni simili?*, in *Riv. trim. dir. pubbl*, fasc.1, 1 marzo 2022, pag. 49

[32] Caranta, *Concessioni di beni e regola della gara*, in Urb. e app., 2005, 337.

[33] Procedura di infrazione aperta su segnalazione dell'AGCM (AS481 del 20 ottobre 2008), effettuata ai sensi dell'art. 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287. In tale occasione, infatti, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva evidenziato come tanto il diritto di insistenza di cui al'art. 37 cod. nav. quanto la proroga automatica di cui al d.l. 400 del 1993 "appaiono suscettibili di produrre effetti restrittivi della concorrenza, tenuto conto che né il codice della navigazione né il relativo regolamento di attuazione prevedono come principio generale, per l'assegnazione di concessioni marittime1, quello dell'utilizzo di procedure concorsuali trasparenti, competitive e debitamente pubblicizzate né, infine, quello della ragionevole durata delle concessioni demaniali". Al riguardo, v. N. Mocenni, *La legittimazione a ricorrere dell'Antitrust e le concessioni demaniali marittime*, in <www.ilme-rito.org>, 28 luglio 2021.


ISSN 2036-7821

contendibili[34], dovessero essere sempre affidate tramite gara, in ossequio ai principi di concorrenzialità di derivazione comunitaria, atti a garantire la parità di chances tra i concorrenti. Pertanto lo Stato italiano, per far fronte alla procedura di infrazione nelle more di una riforma organica della materia, con l'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 30 dicembre 2009 ha provveduto ad abrogare il comma 2 dell'art. 37 cod. nav. Il rinnovo automatico, invece, è stato introdotto nel nostro ordinamento, come anticipato sopra, dall'art. 10 della legge n. 88 del 2001, il quale ha disposto, modificando l'art. 1 comma 2 del d.l. n. 400 del 1993, che "*le concessioni indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza*".

Prima della novella, invece, l'art. 1 comma 2 in esame fissava in 4 anni la durata delle concessioni balneari, a meno che gli interessati non avessero espressamente richiesto una diversa durata. Successivamente, il legislatore è nuovamente intervenuto con la legge n. 296 del 2006 (c.d. Legge Finanziaria 2007) modificando l'art. 3 del d.l. n. 400 del 1993 e prevedendo che le concessioni demaniali marittime dovessero avere una durata non inferiore ai 6 e non superiore ai 20 anni "*in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni*".

Era evidente quindi come il sistema normativo italiano, basato sul diritto di insistenza e sul rinnovo automatico delle concessioni, confliggesse de plano con la normativa europea e, in particolare, con l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 (cd. Direttiva Bolkeistein)[35].

Il legislatore, tuttavia, si è preoccupato soltanto di eliminare dal nostro ordinamento il diritto di insistenza del concessionario uscente, continuando invece ad intervenire con ripetute misure di proroga. Più precisamente nel 2009 era stata disposta una proroga delle concessioni in essere sino al 31 dicembre 2015 che nel 2012, con il d.l. n. 179, era stata estesa al 31 dicembre 2020. Successivamente, nel 2018, con la l. n. 145 del 30 dicembre 2018 (cd. legge di bilancio 2019), all'art. 1, comma 682, la durata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative veniva estesa fino al 2033[36].

Da ultimo, è intervenuto sul tema il d.l. n. 34 del 2020 (convertito nella l. n. 77/2020),

[34] Si consideri, peraltro, che l'attrattiva economica delle concessioni in esame è aumentata dalla possibilità di ricorrere alla sub-concessione. L'articolo 45-*bis* cod. nav. consente infatti al concessionario, previa autorizzazione dell'autorità competente, di affidare ad altri soggetti la gestione delle attività oggetto della concessione (o di attività secondarie nell'ambito della concessione stessa).

[35] G. Berardis, *La direttiva generale in materia di servizi*, in F. Bestagno, L.G. Radicati Di Bronzolo (a cura di), Il *Mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, 3.

[36] V. il contributo di L. Visone, *La proroga ope legis delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo*, in <www.treccani.it>, 20 dicembre 2019.


ISSN 2036-7821

c.d. Decreto Rilancio, con cui il Governo, oltre a ribadire la proroga delle concessioni balneari in essere sino al 2033, ha previsto all'art. 182, comma 2, la sospensione dei procedimenti amministrativi volti alla nuova assegnazione delle concessioni demaniali marittime o alla riacquisizione al patrimonio pubblico delle aree demaniali sino al termine previsto dalla legge di bilancio 2019.
Quest'ulteriore proroga legislativa della durata delle concessioni balneari, oltre a suscitare parecchie critiche, non è passata inosservata davanti alla Commissione UE che, come era ragionevole aspettarsi, ha inviato all'Italia il 3 dicembre 2020 una nuova lettera di messa in mora, contestando la violazione dell'art. 49 TFUE e dell'art. 12 della direttiva servizi[37].

*4.1 La natura giuridica delle concessioni demaniali marittime alla luce della direttiva Bolkestein.*
L'ordinamento europeo ha assunto, con riferimento alla *querelle* relativa alla natura giuridica delle concessioni, una decisa presa di posizione, affermandone la loro natura contrattuale[38].
A questo punto, però, non ci si può esimere dal chiedersi se la concessione di matrice europea possa essere sussunta nella concessione di stampo nazionale quale *species at genus* o se invece la stessa sia destinata ad assorbire tutti gli analoghi istituti di diritto interno. Sul punto, viene sicuramente in rilievo la direttiva 2006/123/CE, trasposta in Italia con il d.lgs. n. 59 del 26 marzo 2010. Quest'ultima, in particolare, ha innanzitutto previsto che l'istituzione o il mantenimento di regimi autorizzatori o concessori può essere giustificato solo dalla sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale, tra quelli indicati nella direttiva stessa, e purché il regime che regolamenta l'accesso al mercato di riferimento incida sulle libertà comunitarie in modo proporzionale all'obiettivo avuto di mira[39].
In secondo luogo, poi, ed è questo quello che rileva maggiormente ai nostri fini, sembrerebbe aver introdotto una nozione omnicomprensiva di "autorizzazione", suscettibile quindi di includere – oltre alle autorizzazioni in senso stretto – anche licenze, concessioni e approvazioni. Detto altrimenti, con la direttiva servizi e con il

[37] Nella lettera si legge che "*La Commissione ritiene che la normativa italiana, oltre a essere incompatibile con il diritto dell'UE, sia in contrasto con la sostanza della sentenza della CGUE sopra menzionata e crei incertezza giuridica per i servizi turistici balneari, scoraggi gli investimenti in un settore fondamentale per l'economia italiana e già duramente colpito dalla pandemia di coronavirus, causando nel contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità locali italiane*".

[38] Per completezza, tuttavia, si deve segnalare che la Comunicazione interpretativa sulle concessioni del 29 aprile 2000 (Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario 2000/C 121/02, in www. eur-lex.europa.eu) dimostrava una certa cautela in merito, parlando di "*ogni atto dello Stato, contrattuale o unilaterale, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche* […]", facendo riferimento agli "*atti riconducibili allo Stato per mezzo dei quali un'autorità pubblica affida a un soggetto, vuoi con un atto contrattuale, vuoi con un atto unilaterale che abbia ricevuto il consenso di tale soggetto* […]".

[39] Garofoli, op.cit, p. 922


ISSN 2036-7821

relativo decreto di attuazione si è andata a superare la distinzione imposta dal diritto nazionale tra autorizzazione e concessione. Per "regime di autorizzazione", infatti, in base a quanto previsto dall'art. 4 della direttiva in esame, si deve intendere "*qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio*".

A venire in rilievo in materia di concessioni demaniali marittime è però soprattutto l'art. 12 della medesima direttiva, il quale prescrive, al paragrafo 1, lo svolgimento di procedure imparziali e trasparenti qualora "*il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili*". Al paragrafo 2, poi, si puntualizza che l'autorizzazione deve essere rilasciata per una durata limitata adeguata e che la stessa non può né prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestare abbiano particolari legami. Dello stesso tenore, del resto, è l'art. 16 del d.lgs n. 59 del 2010, con cui il legislatore, all'indomani della soppressione del diritto di insistenza, si dichiarava pronto ad uniformarsi alla normativa europea.

Alla luce del quadro normativo appena delineato, sembrerebbe che le concessioni demaniali marittime rientrino nel *genus* delle autorizzazioni e, più precisamente, nella *species* di quelle relative allo svolgimento di attività che richiedano l'utilizzo di risorse scarse. Tale assunto sembrerebbe essere confermato dallo stesso considerando 57 della direttiva, il quale riconduce alla disciplina degli appalti pubblici solo la conclusione di contratti per la prestazione di un servizio particolare. Del resto, come osservato in dottrina[40], nel caso delle concessioni balneari oggetto del rapporto concessorio non è né la fornitura di un servizio né la costruzione di una infrastruttura, quanto piuttosto la gestione di un bene, nonostante alla fine quest'ultima attività finisca per implicare anche le prime.

### *4.2 La giurisprudenza europea e il caso Promoimpresa.*

Con la legge n. 217 del 2011 (c.d. legge comunitaria per il 2010) il legislatore aveva cercato di risolvere il problema delle concessioni balneari delegando al Governo il riordino della materia. Più precisamente il Governo, entro 15 mesi dalla data in vigore della legge, in ossequio ai principi e criteri direttivi indicati all'art. 11, avrebbe dovuto operare la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime.

Tra i principi e i criteri direttivi vi erano quelli che imponevano l'individuazione: a) di un termine minimo e massimo di durata; b) di criteri e modalità di affidamento

[40] M. Conticelli, *Il regime del demanio marittimo in concessione per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc.4, 1 dicembre 2020, p. 1069


ISSN 2036-7821

rispettosi dei principi di concorrenza e di libertà di stabilimento; c) di criteri per l'equo indennizzo del concessionario nei casi di revoca della concessione demaniale; d) delle ipotesi di costituzione del titolo di uso o di utilizzo delle aree del demanio marittimo; e) dei criteri per l'eventuale dichiarazione di decadenza delle concessioni, nonché criteri e modalità per il subingresso in caso di vendita o di affitto delle aziende. Tuttavia, nonostante i buoni propositi, la delega rimase inattuata e anzi, come anticipato sopra, con il d.l. 179 del 2012 fu disposta una nuova proroga dele concessioni fino al 31 dicembre 2020.

Conseguentemente, i giudici italiani iniziarono a domandarsi della legittimità di un tale operato e, nel 2016[41], sollevarono davanti alla Corte di Giustizia il quesito pregiudiziale sulla compatibilità di siffatta proroga con il diritto europeo e, in particolare, con gli artt. 49, 56 e 106 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 123/2006/CE. I Tribunali amministrativi regionali, infatti, iniziarono a mostrarsi parecchio critici verso l'impianto normativo predisposto dal legislatore italiano, sottolineando come a causa della perdurante vigenza delle disposizioni incriminate si finisse nella sostanza per continuare a "*consentire e riconoscere un sostanziale diritto di insistenza sulle concessioni demaniali marittime in essere*"[42].

Tali considerazioni critiche, del resto, finiranno poi per essere fatte proprie dall'Avvocato generale Maciej Szpunar il quale, nel prendere posizione sulla vicenda, non avrà dubbi nel ritenere incompatibile con il diritto dell'Unione il sistema di diritto interno basato sul rinnovo automatico. Quest'ultimo in particolare, dopo aver scartato la tesi dei ricorrenti secondo cui le concessioni demaniali marittime devono essere considerate alla stregua di locazioni commerciali, si sofferma sulla distinzione con le concessioni di servizi. Si tratta di una questione di estremo rilievo, posto che, in linea di principio, qualora si qualifichino le concessioni demaniali marittime in termini di "concessioni di servizi", esse rientrerebbero nell'ambito di applicazione della normativa sugli appalti pubblici[43]. Ad avviso dell'Avvocato generale, affinché un atto possa rientrare nella nozione di "concessione di servizi", è necessario il rispetto di due requisiti ovvero che la prestazione di servizi sia assoggettata al rispetto di specifici requisiti fissati dall'amministrazione aggiudicatrice e che il concessionario sia obbligato a prestare il servizio determinato, non potendovi rinunciare. Non rientrerebbero, invece, nella nozione di concessione le autorizzazioni e le licenze per le quali l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura di lavori e servizi, come del resto si evincerebbe dal considerando 14 della direttiva 2014/23[44].

[41] T.a.r. Lombardia-Milano, sez. IV, 26 settembre 2014, n. 2401 nonché T.a.r. Sardegna, sez. I, 28 gennaio 2015, n. 224

[42] T.a.r. Sardegna, sez. I, 28 gennaio 2015, n. 224, punto 27.

[43] Cfr. paragrafo 57 delle Conclusioni

[44] Cfr. paragrafo 64 delle Conclusioni


ISSN 2036-7821

Le concessioni demaniali marittime quindi, poiché hanno ad oggetto non già la prestazione di servizi determinati dall'ente aggiudicatore, bensì l'esercizio di attività economiche turistico-ricreative all'interno di una zona balneare che implica l'utilizzo esclusivo del demanio pubblico, rientrerebbero nell'ambito di applicazione della direttiva servizi. Tale *discrimen*, tuttavia, finisce alla fine per perdere rilevanza, posto che secondo l'Avvocato Generale anche qualora dovessero ritenersi applicabili le disposizioni previste in materia di appalti dovranno comunque applicarsi le regole fondamentali del Trattato e i principi che ne derivano, i quali peraltro finiscono per essere sostanzialmente analoghi a quelli previsti dalla direttiva servizi, posto che in ogni caso si tratterebbe di attività avente un interesse transfrontaliero certo. Una volta accertata l'applicabilità della direttiva Bolkestein, l'Avvocato generale si sofferma sull'interpretazione dell'art. 12, sostenendo l'incompatibilità con lo stesso delle disposizioni nazionali che prevedono una proroga automatica delle concessioni balneari in essere. Infatti, se da un lato è vero che l'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123/CE prevede che gli Stati membri possono tenere in considerazione "motivi imperativi di interesse generale" nello stabilire le regole della procedura di selezione dei beneficiari, dall'altro è anche vero che tale disposizione non consente agli stessi dall'esimersi dall'organizzare siffatta procedura.
La Corte di Giustizia, sulla scia di tali conclusioni, ha sancito con sentenza del 14 luglio 2016 – in cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa* – l'incompatibilità per contrasto con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 123/2006/CE delle disposizioni legislative nazionali che consentivano una proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricettive[45]. Innanzitutto, la Corte si sofferma sulla natura di tali concessioni, qualificandole come delle vere e proprie autorizzazioni ai sensi della direttiva Bolkestein, in quanto le stesse non riguardano la prestazione di servizi, bensì l'autorizzazione all'esercizio di un'attività di carattere economico su un bene demaniale[46].

[45] Tra i commenti alla sentenza, v. E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. e appalti*, 2016, 121; G. Bellitti, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giornale dir. amm.*, 2017, 62; E. Cogo, *Le concessioni demaniali marittime e lacuali per finalità turistico ricreative Corte di giustizia 14 luglio 2016 in causa C-458/2014*, in *www.ilnuovodirittoammini-strativo.it*; F. Sanchini, *Le concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo tra meccanismi normativi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della Corte di giustizia resa sul caso Promoimpresa-Melis*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2016; F. Ferraro, *Diritto dell'unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'adunanza plenaria?*, in *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, p. 359 ss.

[46] Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 48, over si afferma che "un'interpretazione siffatta è inoltre corroborata dal considerando 15 della direttiva 2014/23. Quest'ultimo precisa infatti che taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni, mediante i quali lo Stato fissa unicamente le condizioni generali d'uso dei beni o delle risorse in questione, senza acquisire lavori o servizi, non dovrebbero configurarsi come "concessione di servizi" ai sensi di tale direttiva".


ISSN 2036-7821

In secondo luogo, la Corte sottolinea come ai fini dell'applicazione della direttiva servizi spetti al giudice nazionale verificare se le concessioni demaniali marittime devono essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali[47].

Quanto all'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, i giudici di Lussemburgo non tardano ad uniformarsi alle conclusioni dell'Avvocato generale, affermando il principio per cui una normativa nazionale che prevede un regime di proroga *ex lege* della data di scadenza delle autorizzazioni equivale ad un loro rinnovo automatico. In aggiunta, posto che il rilascio delle autorizzazioni relative allo sfruttamento del demanio marittimo deve avvenire all'esito di una procedura di selezione tra i potenziali candidati trasparente e imparziale, la Corte evidenzia come la proroga automatica di tali autorizzazioni non consenta di organizzare una siffatta procedura di selezione.

Infatti, sebbene l'art. 12 della direttiva in questione consenta agli Stati membri di tenere conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di motivi imperativi di interesse generale, fra i quali vi potrebbe rientrare in astratto la tutela del legittimo affidamento dei titolari delle autorizzazioni di talché gli stessi possano ammortizzare gli investimenti effettuati, la Corte ritiene che tali considerazioni non possano comunque giustificare una proroga automatica qualora, al momento del rilascio iniziale dell'autorizzazione, non sia stata ancora organizzata alcuna procedura di selezione. Inoltre, come già rilevato dall'Avvocato generale, una giustificazione fondata sul principio dell'affidamento richiederebbe comunque una valutazione caso per caso, dovendosi dimostrare sia che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione, sia gli investimenti effettuati[48].

Successivamente, i giudici europei passano ad esaminare la seconda questione pregiudiziale, soffermandosi sull'eventualità che i giudici del rinvio ritengano non applicabile la direttiva servizi non riscontrando il carattere della "scarsità delle risorse".

Orbene, in questa seconda ipotesi, trattandosi di concessioni aventi per oggetto un diritto di stabilimento nell'area demaniale finalizzato allo sfruttamento economico per finalità turistico -ricreative, non potrà che trovare applicazione l'art. 49 T.F.U.E. Conseguentemente, qualora siffatta concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, la sua assegnazione in assenza di una procedura trasparente non può che determinare una disparità di trattamento vietata dall'art. 49 T.F.U.E[49]. Al fine poi di poter meglio "guidare" il giudice nazionale nell'individuazione della sussistenza di

[47] Cfr. Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 43.
[48] Cfr. Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 56.
[49] Cfr. Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 65.


ISSN 2036-7821

un tale interesse, i giudici europei si sono preoccupati di enucleare una serie di criteri alla luce dei quali condurre tale indagine, consistenti essenzialmente nella capacità della commessa pubblica di generare un profitto[50].
La sentenza della Corte di Giustizia ha certamente il merito di aver chiarito definitivamente cosa debba intendersi per autorizzazione ai sensi della direttiva servizi, avendo interpretato tale nozione in maniera omnicomprensiva[51]e avendovi pertanto ricompreso anche le concessioni amministrative *strictu sensu* denominate. Non si può fare a meno di notare, tuttavia, come nonostante la chiarezza espositiva della Corte di Lussemburgo nell'affermare l'incompatibilità della prassi italiana con il diritto dell'unione, il legislatore italiano non abbia desistito dall'adottare ulteriori disposizioni volte a prorogare ancora una volta il termine di scadenza delle concessioni balneari in essere[52].

*5. Il dictum delle Plenarie e le ricadute sul piano giuridico.*
Da ultimo il Presidente del Consiglio di Stato, preso atto del perdurante contrasto tra le disposizioni nazionali e i principi europei e del conflitto tra i giudici amministrativi[53], ha rimesso[54] d'ufficio ex art. 99, comma 2, c.p.a talune questioni all'Adunanza Plenaria, chiedendo a quest'ultima di chiarire: 1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative e, in caso di risposta affermativa, se tale attività spetti esclusivamente agli organi giurisdizionali o anche alle amministrazioni; 2) se, in conseguenza di tale obbligo disapplicativo, il provvedimento amministrativo che risulti contrario al diritto dell'Unione debba essere annullato d'ufficio dalla pubblica amministrazione ovvero sottoposto a riesame anche se coperto da giudicato; 3) se, in tale quadro, la proroga introdotta dall'art. 182, comma

[50] Cfr. Corte di giustizia, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, punto 66, ove si afferma che "*Per quanto riguarda, anzitutto, l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, occorre ricordare che quest'ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione*".

[51] Al riguardo, v. M.P. Chiti, *Le concessioni demaniali tra diritto europeo e codice dei contratti pubblici. Simmetrie ed asimmetrie,* in D. Granara (a cura di), *In litore maris. Poteri e diritti in fronte al mare*, Torino, Giappichelli, 193 ss., in particolare 198.

[52]Cfr, R. Mastroianni, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *eurojus*, 1, 2022.

[53] Cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 15 gennaio 2021, n. 73; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 29 giugno 2021, n. 981; contra, Tar Sicilia, Catania, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 504.

[54] Cfr. decreto n. 160 del 2021, con cui il Presidente del Consiglio di Stato ha ritenuto che la questione della disapplicazione delle proroghe legali costituisca "una questione di massima importanza"; Sul punto cfr. R. Mastroianni, *op. cit.*, il quale evidenzia che "*dall'analisi del Decreto emerge, in primo luogo, che nessun riferimento viene fatto alla necessità di "dirimere contrasti giurisprudenziali*". In effetti, quanto al merito della presenza di un conflitto tra le regole interne e quelle europee, è la stessa AP a ricordare che la conclusione raggiunta dalla Corte di giustizia nella sentenza Promoimpresa è stata "recepita da una copiosa giurisprudenza nazionale".


ISSN 2036-7821

2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, cosa debba intendersi per "aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto". L'Adunanza Plenaria, con le sentenze gemelle n. 17 e 18 del 2021, nel confermare la ricostruzione operata dalla Corte di Giustizia nel caso Promoimpresa sopra menzionato, si è definitivamente pronunciata sulla *vaexata quaestio* sancendo: 1)l'obbligo di gara e la conseguente disapplicazione di tutte le disposizioni nazionali che prevedevano una proroga automatica della durata delle concessioni balneari, in quanto in contrasto con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE; 2) la decadenza automatica dei provvedimenti amministrativi di proroga senza necessità di un provvedimento di secondo grado da parte dell'amministrazione e ancorché venga in rilievo l'esistenza di un giudicato. In aggiunta il supremo Consesso della giustizia amministrativa, preso atto del significativo impatto socio economico che deriverebbe da una decadenza automatica di tutte le concessioni in essere e dei tempi tecnici richiesti alle amministrazioni al fine di predisporre le procedure di gara richieste, ha operato una particolare modulazione degli effetti della propria pronuncia, disponendo che le concessioni demaniali per finalità turistico-ricettive già in essere continuino ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023.
La rilevanza dell'intervento della Plenaria emerge non solo dal forte dibattito che ne è scaturito, ma anche dal fatto che lo stesso Governo si è astenuto dal prendere una posizione in merito - nelle more della decisione - in sede di predisposizione delle disposizioni in materia di concorrenza nell'ambito degli obblighi derivanti dal PNRR[55].
In via preliminare i giudici amministrativi si sono soffermati sull'applicabilità, nel caso di specie, dell'art. 49 TFUE e dell'art. 12 della direttiva Bolkestein. Infatti, sebbene si tratti dello stesso tema già vagliato dalla Corte di Giustizia nel caso Promoimpresa e risolto nel senso della loro piena applicabilità, da più parti si continuava a negare l'obbligo di evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime. L'applicabilità dell'art. 49, infatti, veniva negata in base alla ritenuta insussistenza del requisito dell'interesse transfrontaliero certo. L'art. 12 della direttiva servizi, invece, veniva ritenuto non applicabile sotto un duplice punto di vista: da un lato, infatti, si sosteneva l'assenza della risorsa naturale scarsa (accertamento che, come si è avuto modo di vedere era stato domandato dalla Corte di Giustizia al giudice nazionale), dall'altro, invece, si escludeva la possibilità di ricondurre le concessioni demaniali marittime nelle autorizzazioni di cui alla direttiva 2006/123/CE, la quale peraltro veniva ritenuta non direttamente applicabile

[55] cfr. Ddl Concorrenza: dall'ambiente ai trasporti, tutte le misure. Salta la norma sui notai. Rinvio per balneari e ambulanti, in www.lastampa.it, 4 novembre 2021; M. Timo, *op. cit.*


ISSN 2036-7821

in quanto priva di quel livello di dettaglio e di specificità a tal fine necessario. Nessuna di queste obiezioni, tuttavia, è stata accolta dai giudici di palazzo Spada. Innanzitutto, con riferimento alla valutazione della sussistenza dell'interesse transfrontaliero, l'Adunanza Plenaria sembra compiere un accertamento "globale", adattando i criteri enucleati dalla giurisprudenza europea al settore delle concessioni balneari[56]. Si afferma, infatti, che l'oggetto di quest'ultime è costituito da un complesso di beni demaniali che, valutati unitariamente e complessivamente, costituiscono uno dei "patrimoni naturalistici" più rinomati e attrattivi del mondo. Il patrimonio costiero nazionale, pertanto, proprio in virtù delle sue caratteristiche (ubicazione, vocazione turistica, condizioni climatiche) costituisce senza dubbio oggetto di interesse transfrontaliero, che non può in alcun modo essere tenuto al riparo dalle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica.
Con riferimento invece alla ritenuta inapplicabilità dell'art. 12 della direttiva 20006/123/CE, si sottolinea in primo luogo come l'obiettivo di tale direttiva non fosse quello di "armonizzare" le discipline nazionali in un determinato settore, quanto piuttosto quello dell'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione dei prestatori. In secondo luogo, poi, l'Adunanza Plenaria avalla la giurisprudenza europea, ormai ampiamente consolidata, con riferimento alla qualificazione delle concessioni demaniali marittime in termini di "autorizzazioni" ai sensi della direttiva servizi. Infatti, a prescindere dalla loro qualificazione giuridica-formale, tali provvedimenti si caratterizzano per il procurare ai loro titolari "*vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi*"[57]e, di conseguenza, devono essere assegnati tramite gara. Quanto alla ritenuta insussistenza del requisito della scarsità naturale, l'Adunanza Plenaria interpreta quest'ultimo in termini relativi, non già assoluti, tenendo in considerazione sia la quantità del bene disponibile che i suoi aspetti qualitativi. Sotto quest'ultimo profilo, quindi, le coste italiane sarebbero "scarse" in quanto desiderabili da una pluralità di operatori economici in virtù della loro rilevanza turistica[58]. Da un punto di vista quantitativo, invece, la valutazione della scarsità della risorsa dipende dalla concreta disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle già oggetto di concessione. Orbene nel nostro paese, sottolineano i giudici amministrativi, quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%, senza considerare che, in molte di esse è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione, che nella maggior parte dei casi coincide con quella già assegnata. Appare evidente, dunque,

[56] M. Timo, *op. cit.*
[57] Cfr. Adunanza plenaria n. 17 del 2021
[58] A. Giannelli, G. Tropea, *op. cit.*


ISSN 2036-7821

come le aree attualmente date in concessione agli operatori economici risultino essere connotate dal requisito della scarsità, "*ancor più pronunciata se si considera l'ambito territoriale del comune concedente o comunque se si prendono a riferimento porzioni di costa ridotte rispetto alla complessiva estensione delle coste italiane*"[59].
Parimenti infondata, poi, sarebbe secondo l'Adunanza Plenaria la tesi volta a negare il carattere "*self-executing*" della direttiva servizi[60]. Quest'ultima, invero, viene data quasi per scontata, laddove i giudici riconducono livello di dettaglio necessario affinché la direttiva possa dirsi direttamente applicabile al risultato da quest'ultima perseguito. Nessuna indagine viene infatti compiuta sulla natura delle disposizioni in essa contenute, le quali per essere considerate direttamente applicabili non solo dovrebbero essere "sufficientemente chiare, precise e condizionate", ma dovrebbero altresì non contenere obblighi a carico dei singoli (c.d. effetto in *malam partem*)[61]. Alla luce di tali considerazioni, quindi, i giudici di palazzo Spada pervengono ad una disapplicazione generale di tutte le proroghe disposte non solo *ex lege* ma anche mediante provvedimenti amministrativi, in quanto ritenuti meramente ricognitivi di quest'ultima. Tuttavia, non si può fare a meno di notare come una simile disapplicazione appaia poco coerente con il *dictum* enunciato dalla Corte di Giustizia nel caso Promoimpresa, la quale auspicava più che altro una valutazione case by case.
Chiariti questi aspetti, l'Adunanza Plenaria passa poi ad esaminare gli altri quesiti, giungendo ad estendere l'obbligo di disapplicazione della legge in contrasto con il diritto dell'Unione anche all'apparato amministrativo, richiamando in particolare alcuni orientamenti della giurisprudenza interna[62] ed europea[63].
Non è stata quindi accolta la tesi – seppur suggestiva – prospettata dal TAR Lecce, secondo il quale il carattere eccezionale della direttiva *self executing* richiederebbe una complessa attività interpretativa che, ove rimessa ai singoli organi amministrativi, "*rischierebbe di legittimare non applicazioni della legge nazionale affidate a valutazioni soggettive ed opinabili del singolo funzionario, prive di riscontro in sede di giurisprudenza nazionale o europea*"[64].
Nel caso di specie, infatti, la natura *self executing* della direttiva servizi era stata già affermata dalla Corte di Giustizia nel caso Promoimpresa, a cui peraltro aveva fatto seguito una copiosa giurisprudenza nazionale.
A nulla rileverebbe, poi, la distinzione tra regolamenti (per loro natura direttamente applicabili) e direttive, le quali in linea di principio non possono produrre effetti

[59] Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17-18, punto 18.
[60] Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17-18, punto 26
[61] Cfr. G. STROZZI - R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, VIII ed., Giappichelli, 2020, p. 303 ss.
[62] Corte cost., 11 luglio 1989 n. 389, e Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 1991 n. 452.
[63] CGUE, 22 giugno 1989, in C-103/88.
[64] Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17-18, punto 33.


ISSN 2036-7821

diretti a meno che non siano direttamente applicabili. Diversamente opinando, infatti, si rischierebbe di creare artificiosamente una inedita categoria di norme europee direttamente applicabili – nei rapporti verticali – solo dal giudice e non anche dalla pubblica amministrazione, con un parziale disconoscimento dell'effetto utile. Inoltre, si finirebbe per costringere l'amministrazione ad adottare un atto illegittimo, destinato ad essere successivamente annullato in sede giurisdizionale e col rischio che, in caso di mancata impugnazione, tale violazione finisca ingiustificatamente per consolidarsi.

Sul punto, tuttavia, non possono non evidenziarsi alcune perplessità. La diretta applicabilità di una direttiva europea presuppone infatti non solo che la stessa debba essere "sufficientemente precisa, chiara e incondizionata", ma soprattutto che non vi siano profili di discrezionalità rimessi al legislatore nazionale in sede di recepimento e che lo Stato si sia dimostri inadempiente nel recepirla. Nel caso di specie, invero, tutto ciò non sembra essere avvenuto, in quanto la direttiva servizi è stata recepita nell'ordinamento interno con il d.lgs. n. 59 del 2010, il quale, all'art.16, riprende testualmente i contenuti dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Il conflitto quindi sembrerebbe essere non tanto tra l'art. 12 e le disposizioni nazionali di proroga, quanto piuttosto tra quest'ultime e la normativa italiana di recepimento della direttiva Bolkestein[65].

Una volta chiarito che l'obbligo della disapplicazione della normativa nazionale contrastante con una direttiva *self executing* grava anche sull'amministrazione, l'Adunanza Plenaria si sofferma sul relativo dovere dell'apparato amministrativo di annullare d'ufficio o comunque di riesaminare, ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, il provvedimento amministrativo emanato in contrasto con il diritto dell'unione, chiedendosi in particolare se a ciò possa ostare un giudicato favorevole intervenuto sul provvedimento medesimo.

Per rispondere a tale quesito, i giudici amministrativi prendono le mosse dalla qualificazione dell'atto di proroga, qualificando quest'ultimo alla stregua di una legge provvedimento poiché atto meramente ricognitivo[66] di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile. Tale

[65] Cfr. A. Giannelli, G. Tropea, *op. cit.*, secondo cui "il conflitto tra la norma nazionale del 2010 e le successive proroghe legislative […] dovrebbe indurre a riflettere sul proliferante rischio delle leggi provvedimento. È chiaro, infatti, che la proroga disposta in via amministrativa avrebbe scontato un evidente vizio di legittimità, per palese violazione della norma nazionale di recepimento della direttiva. La scelta di disporre la proroga *ex lege* garantisce, invece, alla decisione (sostanzialmente amministrativa ma formalmente legislativa) una peculiare stabilità, che è il frutto (avvelenato) dell'abrogazione derivante dalla successione delle leggi nel tempo. Sotto questo profilo merita, dunque, di essere ancora una volta messa in discussione la legittimità costituzionale delle c.d. leggi provvedimento, i cui profili di contrarietà rispetto al principio costituzionale del diritto alla difesa risiedono non solo nell'assenza di percorsi di impugnabilità diretta della decisione formalmente legislativa, ma anche nella "immunizzazione" della decisione dal vizio della violazione di legge.

[66] Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019 n. 7874


ISSN 2036-7821

atto, infatti, intervenendo su un numero delimitato di situazioni concrete, recepisce e "legifica", prorogandone il termine, le concessioni demaniali già rilasciate[67]. Ne deriva allora che "*se la proroga è direttamente disposta per legge ma la relativa norma che la prevede non poteva e non può essere applicata perché in contrasto con il diritto dell'Unione, ne discende, allora, che l'effetto della proroga deve considerarsi tamquam non esset, come se non si fosse mai prodotto*"[68]. Di conseguenza, l'amministrazione non deve esercitare alcun potere di autotutela in quanto, se l'effetto autoritativo è prodotto dalla legge – avente l'atto adottato dall'amministrazione una funzione meramente ricognitiva – la non applicabilità di quest'ultima impedisce il prodursi dell'effetto autoritativo della proroga.

Né dirimente in tal senso potrebbe essere, secondo la Plenaria, l'intervento di un giudicato favorevole al concessionario, in quanto quest'ultimo, incidendo su un rapporto di durata, è comunque esposto alle sopravvenienze normative a cui è equiparabile, per l'appunto, una sentenza interpretativa della Corte di Giustizia. Anche quest'ultime considerazioni, tuttavia, si apprestano a notevoli critiche, soprattutto laddove sembrano palesare una contraddittorietà intrinseca della motivazione. Infatti, come ben evidenziato, la qualificazione dei provvedimenti di proroga in termini di atti meramente ricognitivi – privi di autonoma efficacia – comporterebbe la loro non impugnabilità, il che avrebbe dovuto implicare, nel caso di specie, una pronuncia di rito ovvero di inammissibilità del ricorso[69]. Tale conclusione, inoltre, si pone in palese contrasto con quanto affermato nella medesima pronuncia con riferimento all'obbligo di disapplicazione – gravante sull'amministrazione – del provvedimento di proroga contrastante con il diritto dell'unione. Appare difficile, invero, negare efficacia costitutiva ai provvedimenti amministrativi con cui la pubblica amministrazione, decidendo se disapplicare o meno le disposizioni nazionali contrarie alla direttiva *self executing*, decida di concedere ovvero di negare la proroga al concessionario uscente. Quanto infine alla controversa modulazione degli effetti[70], posticipati come anticipato al 1 gennaio 2024[71], non può farsi a meno di evidenziare – in senso critico – come questo rinnovato

[67] Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17-18, punto 42
[68] Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17-18, punto 43
[69] Cfr. A. Giannelli, G. Tropea, *op. cit*.
[70] A cui l'Adunanza Plenaria perviene applicando i principi già espressi nella sentenza n. 13 del 2017, ove si afferma che la suddetta modulazione degli effetti può essere ammessa allorquando vi sia "*il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni*".
[71] Tale intervallo di tempo viene ritenuto congruo dai giudici amministrativi sotto un duplice aspetto: da un lato in considerazione del tempo necessario per organizzare l'affidamento, tramite gara, delle concessioni demaniali marittime, dall'altro in quanto consentirebbe al Governo e al Parlamento di approvare una normativa che possa finalmente riordinare la materia.


ISSN 2036-7821

uso della funzione nomofilattica finisca non soltanto per degenerare in una inammissibile sostituzione al legislatore, ma anche in qualche maniera per avvicinare il ruolo del Consiglio di Stato a quello, ben diverso, della Corte Costituzionale. Non a caso, la pronuncia in esame, è stata da taluni definita come una "inedita sentenza di monito"[72], tipologia ampiamente utilizzata nella giurisprudenza costituzionale ma che non si ritiene possa essere ricompresa tra le attribuzioni di un giudice di legittimità, neppure in sede nomofilattica.

Peraltro, non può non suscitare perplessità il fatto che la stessa Adunanza Plenaria, dopo aver ripetutamente dichiarato incompatibile con il diritto dell'Unione le disposizioni nazionali di proroga giunga anch'essa a disporre – con la suddetta modulazione degli effetti – un'ulteriore proroga (sebbene più breve di quelle disposte in passato in via legislativa) ponendosi così essa stessa in contrasto con il *dictum* dei giudici europei nella sentenza Promoimpresa.

Nella pronuncia in esame i giudici amministrativi – assunte le vesti del Legislatore – si sono fatti carico di una responsabilità di cui in realtà si sarebbe dovuto far carico il decisore politico.

La sensazione, tuttavia, è quella che l'operato del Consiglio di Stato, seppur ispirato dal notevole intento di garantire la certezza del diritto e di colmare un vuoto normativo causato dall'inerzia del legislatore, sia sfociato in una vera e propria opera di creazionismo normativo, finendo per alterare gli equilibri costituzionali dell'ordinamento.

Sintomatico, in tal senso, è uno degli ultimi passaggi della pronuncia, laddove i giudici affermano "*che eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, tamquamnon esset le concessioni in essere.*"[73]

*6. Disapplicazione della legge anti-comunitaria e responsabilità penale dei concessionari demaniali: una divergenza di opinioni.*

L'Adunanza Plenaria, nelle due sentenze gemelle sopra citate, si preoccupa di tranquillizzare il lettore sulle possibili ripercussioni che le proprie pronunce potrebbero avere sul piano della responsabilità penale dei concessionari demaniali. Per alcuni, infatti, venute meno le proroghe *ex lege*, i concessionari demaniali si troverebbero privi di titolo legittimante l'occupazione del suolo demaniale, così incorrendo nel reato di occupazione abusiva di spazio demaniale marittimo previsto

[72] M. timo, *op. cit.*; M. A. Sandulli, *op. cit.*

[73] Cfr. Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17-18, punto 48


ISSN 2036-7821

dall'art. 1161 cod. nav.
Secondo i giudici di palazzo Spada, invece, tale timore è privo di fondamento, atteso che ad una simile conclusione ostano incondizionatamente i principi costituzionali di riserva di legge statale e di irretroattività della legge penale. Detti principi infatti – come riconosciuto più volte anche dalla stessa Corte di Giustizia – fanno parte delle tradizioni costituzionali degli stati membri e come tali sono parte integrante dello stesso ordinamento comunitario. Di conseguenza, sostiene l'Adunanza Plenaria, la descritta operazione di non applicazione della legge anticomunitaria non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale, in quanto il diritto dell'unione non può mai produrre effetti penali diretti *in malam partem*[74].
Di diverso avviso è, invece, la giurisprudenza penale della Suprema Corte di Cassazione. Già nel 2019 infatti, ovvero due anni prima che si pronunciasse l'Adunanza Plenaria, i giudici di legittimità avevano ritenuto che, ai fini dell'integrazione della fattispecie di occupazione del demanio marittimo, sono soggette a disapplicazione le disposizioni normative che prevedono proroghe automatiche di concessioni demaniali marittime, in quanto violano l'art. 117 Cost., comma 1, per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza [75].
Inoltre, secondo la Corte, le disposizioni di proroga previste dall'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 30 dicembre 2009 riguarderebbero esclusivamente le concessioni sorte dopo la legge 88 del 2001, e comunque valide a prescindere dalla proroga automatica di cui al d.l. n. 400 del 1993, e non anche per i provvedimenti adottati prima di tale data[76].
La proroga legale sino al 31 dicembre 2020, quindi, non avrebbe potuto operare automaticamente, richiedendo al contrario una espressa istanza da parte del concessionario ed un provvedimento espresso da parte del Comune previa necessaria verifica, non solo della esistenza a monte di un titolo valido, ma anche del permanere dei requisiti in capo al concessionario.

---

[74] Cfr. Cons. St., ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17-18, punto 37

[75] Tale assunto, in realtà, si è andato consolidando nella giurisprudenza europea nel corso degli anni. Sul punto, cfr. Sez. III, n. 7267 del 09 gennaio 2014; Sez. III, n. 21281 del 16 marzo 2018.

[76] Più precisamente, i giudici di legittimità sono giunti a tale conclusione richiamando quanto affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 213 del 18 luglio 2011, la quale aveva rilevato che l'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009 *"ha carattere transitorio in attesa della revisione della legislazione in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento, sulla base di una intesa da raggiungere in sede di Conferenza Stato - Regioni, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui al citato art. 37 c.n., comma 2. La finalità del legislatore è stata, dunque, quella di rispettare gli obblighi comunitari in materia di libera concorrenza e di consentire ai titolari di stabilimenti balneari di completare l'ammortamento degli investimenti nelle more del riordino della materia, da definire in sede di Conferenza Stato-Regioni"*.


ISSN 2036-7821

Secondo i giudici di piazza Cavour tale soluzione interpretativa non darebbe luogo ad "*una questione di applicazione in malam partem della normativa comunitaria, non potendosi ipotizzare nè una violazione del principio di legalità, non vertendosi in ipotesi di introduzione di una fattispecie criminosa non prevista, nè di tassatività, essendo la norma penale incriminatrice completa nei suoi aspetti essenziali*"[77].

Di recente, la Suprema Corte di Cassazione è nuovamente intervenuta sul punto con una pronuncia, la n. 15676 del 22 aprile 2022, appartenente al medesimo filone di quella del 2019 sopra citata in quanto entrambe le sentenze traggono origine da medesima vicenda, ovvero da un provvedimento di sequestro preventivo su un tratto di arenile occupato da uno stabilimento balneare fondato sulla ritenuta sussistenza del reato di cui all'art. 1161 cod. nav.

Attraverso tale pronuncia i giudici di legittimità si sono soffermati su diverse questioni spinose e, in particolare, sugli effetti sul piano della responsabilità penale di quanto affermato con le Adunanze plenarie n. 17 e 18 del 2021.

Innanzitutto, la Corte ha ribadito ancora una volta che la proroga introdotta con il d.l. n. 194 del 2009 si applica solo alle concessioni "nuove". Di conseguenza, qualora il termine di efficacia della concessione sia già scaduto al momento di entrata in vigore di tale decreto, come è avvenuto nel caso di specie, la proroga delle concessioni demaniali in essere *rectius* la particolare modulazione degli effetti disposta dall'Adunanza Plenaria non potrà operare. Né alla stessa può essere attribuita valenza di elemento nuovo idoneo a superare la preclusione endoprocessuale determinatasi – nel caso *de qua* – dal giudicato cautelare. Detto altrimenti, la presa di posizione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che pur bocciando il regime di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere perché contrario al diritto comunitario ha rinviato al 31 dicembre 2023 la disapplicazione della normativa nazionale di proroga, produce effetti solo rispetto alle concessioni che hanno beneficiato di tali proroghe e non anche per quelle il cui termine sia già scaduto al momento di entrata in vigore del d.l. n. 194 del 2009.

Tale opzione ermeneutica, invero, è stata da taluni[78] criticata, in quanto ritenuta in contrasto con il principio enunciato dalle Sezioni Unite[79] in virtù del quale "*non è possibile che dalla disapplicazione di una norma interna per effetto del contrasto con la normativa comunitaria, sulla base del principio di preminenza del diritto comunitario, possano conseguire effetti pregiudizievoli per l'imputato*". Peraltro, secondo la stessa Corte

[77] Cfr. Cass. pen. n. 25993 del 6 marzo 2019, paragrafo 8. Sul punto, vedi G. Tropea, *Concessioni balneari e diritto europeo: nuovi "lati oscuri" della disapplicazione del giudice penale (nota a Cass. pen., sez. III, 12 giugno 2019, n. 25993)* in *Dirittifondamentali.it* - Fascicolo 1/2020.

[78] Sul punto vedi P. Otranto, *Illegittima proroga ex lege della concessione balneare e reato di "abusiva occupazione dello spazio demaniale". Cronaca di un finale annunciato (nota a Cass. pen. 22 aprile 2022, n. 15676)* in in *Giustiziainsieme.it*, 2022.

[79] Cfr. Cass. pen. Sez. Un. n. 22225 del 2012


ISSN 2036-7821

di giustizia, l'obbligo di interpretazione conforme non può giungere sino al punto che una direttiva, di per sé e indipendentemente da una legge nazionale di trasposizione, crei obblighi per i singoli ovvero determini o aggravi la responsabilità penale di coloro che trasgrediscono le sue disposizioni[80].
Sempre in senso critico, poi, si è evidenziato come la pronuncia in esame si ponga altresì in contrasto con il principio per cui gli effetti diretti di una direttiva non tempestivamente ovvero non correttamente trasposta possono essere fatti valere solo dal singolo nei confronti dello Stato (c.d. effetto diretto verticale)[81]. Tale riflessione, in realtà, non appare dirimente, soprattutto in considerazione del fatto che, come si è avuto modo di vedere, la direttiva servizi è stata trasposta nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 59 del 2010, il cui art. 16 riproduce pedissequamente il famigerato art. 12.
Quello che in verità più colpisce della pronuncia in esame non è tanto la ritenuta sussistenza dell'elemento oggettivo della fattispecie, quanto piuttosto la ritenuta sussistenza dell'elemento soggettivo. Più nel dettaglio secondo i giudici di legittimità, ai fini dell'esclusione dell'elemento soggettivo della colpa, non basta un comportamento meramente acquiescente dell'amministrazione, ma è necessario un fatto positivo di quest'ultima idoneo a determinare nel soggetto agente uno scusabile convincimento della liceità della condotta. In altri termini, la buona fede del concessionario non può essere desunta da un mero fatto negativo quale può essere l'acquiescenza della pubblica amministrazione nei suoi confronti.
Tale conclusione, tuttavia, non appare condivisibile, in quanto è innegabile che gli atti con cui le pubbliche amministrazioni hanno soventemente comunicato agli interessati le proroghe perfezionate a seguito delle riforme legislative possano aver ingenerato in quest'ultimi un legittimo affidamento. Forse, se l'Adunanza plenaria avesse attribuito a tali atti di proroga natura provvedimentale piuttosto che meramente ricognitiva, i profili di responsabilità penale del concessionario si sarebbero potuto attenuare valorizzando l'errore scusabile.
L'impressione, tuttavia, è che ancora una volta si sia cercato di scaricare ancora sui privati le colpe di un legislatore fin troppo inerte.

*7. Riflessioni conclusive e prospettive di riforma.*

Alla luce di questo lungo *excursus* normativo e giurisprudenziale, appare opportuno effettuare alcune considerazioni conclusive anche nell'ottica delle recenti prospettive di riforma.

[80] Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 5 luglio 2007, in causa C-321/05 Kofoed, paragrafo 45.
[81] Sul punto, cfr. E. Cannizzaro, Demanio Marittimo. *Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato*, 30 dicembre 2021.


ISSN 2036-7821

Il Parlamento infatti ha approvato in via definitiva lo scorso 2 agosto – dopo mesi di gestazione e lunghe discussioni interne alla maggioranza – il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021[82], i cui articoli 3 e 4 sono dedicati alla riforma delle concessioni balneari che, come è noto, ha costituito uno dei temi più divisivi[83]. La legge per il mercato e la concorrenza nel 2021 (ovvero legge n. 118 del 5 agosto 2022) è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 12 agosto 2022 ed è stata emanata in attuazione sia dell'art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione ( il quale attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato la materia della tutela della concorrenza), sia dell'art. 47 della legge n. 99 del 23 luglio 2009, che ha formalmente istituito la legge per la concorrenza nel nostro ordinamento. La legge in commento si compone di 36 articoli raccolti in 9 capi e, oltre a rappresentare una delle riforme indicate dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), è stata ricompresa – come peraltro indicato nella relazione di accompagnamento – tra i disegni di legge collegati alla manovra di bilancio 2022-2024. Il secondo capo della legge in esame, dedicato alla rimozione di barriere all'entrata dei mercati e ai regimi concessori, oltre a contenere modifiche alla legislazione vigente delega il Governo ad adottare una serie di decreti legislativi in materia di regimi concessori, enucleandone a tal fine i principi e i criteri direttivi da seguire.

Le concessioni demaniali marittime, tuttavia, non sono le sole tipologie di concessioni di cui si fa carico la legge delega: il tema delle concessioni infatti, proprio in considerazione della sua valenza strategica per l'economia nazionale, è affrontato in maniera ampia, come si evince dalla lettura dell'art. 2. Quest'ultima disposizione, infatti, delega il Governo ad adottare[84] – entro 6 mesi dall'entrata in vigore della legge delega – un decreto legislativo per l'istituzione di un sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici al fine di promuovere la massina pubblicità e trasparenza dei principali dati e delle informazioni relative a tutti i rapporti concessori, tenendo conto delle esigenze di difesa e sicurezza.

Con riferimento invece alle disposizioni dettate esclusivamente per le concessioni balneari, occorre dare atto di quanto previsto dall'art. 3, primo comma, il quale dispone che le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2023. Diversamente, le concessioni già affidate o rinnovate mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di

[82] La legge per la concorrenza è prevista nel nostro ordinamento dal 2009 (istituita dalla legge n. 99 del 2009) anche se è stata concretamente adottata per la prima volta nel 2017, con la legge n. 124. Si tratta di una legge annuale avente come finalità quelle di rimuovere gli ostacoli normativi o amministrativi all'apertura dei mercati, di sviluppare la concorrenza e di tutelare i consumatori (cfr. art. 47 della legge n. 99 del 2009). Come indicato nel PNRR, una prima parte di misure concorrenziali saranno previste dalla legge per il mercato e la concorrenza per il 2021, mentre le altre saranno considerate nelle leggi annuali degli anni successivi.

[83] Cfr. https://www.mondobalneare.com/balneari-ddl-concorrenza-senato-approva-gare-in-via-definitiva/

[84] Su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281,


ISSN 2036-7821

trasparenza continuano ad avere efficacia sino al termine previsto dal relativo titolo e comunque fino al 31 dicembre 2023 se il termine previsto è anteriore a tale data. Tuttavia, al comma 3 il provvedimento precisa che "*in presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024. Fino a tale data l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima anche in relazione all'articolo 1161 del codice della navigazione*". Tale ultima disposizione, tuttavia, suscita alcune perplessità, soprattutto laddove ammette un differimento del termine di scadenza al 2024. Dalla lettura delle Adunanze plenarie, infatti, emerge chiaramente che il termine del 31 dicembre 2023 da quest'ultima individuato debba considerarsi "ultimo", in quanto insuscettibile di subire ulteriori proroghe, dovendosi le stesse eventualmente ritenere in contrasto con il diritto europeo e dunque non applicabili.

Ulteriori criticità, poi, sembrerebbero emergere dall'ultimo periodo della disposizione sopra citata. Se infatti per la Suprema Corte di Cassazione la proroga disposta con il d.l. n. 194 del 2009 opera esclusivamente per le concessioni "nuove", ovvero per quelle sorte successivamente alla legge n. 88 del 2001, richiedendo in ogni caso che sia stata presentata apposita istanza da parte del concessionario e che vi sia stato un provvedimento espresso da parte dell'amministrazione, è chiaro che il reato di cui all'art. 1161 cod. nav. continuerà a configurarsi per le concessioni sorte anteriormente a tale data.

L'art. 4 invece delega il Governo ad adottare, sempre entro 6 mesi da quando entrerà in vigore la legge, uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, i quali peraltro dovranno attenersi ad una serie di principi e criteri direttivi puntualmente indicati. Tra questi, il disegno di legge prevede che i decreti attuativi dovranno individuare "*le aree suscettibili di affidamento in concessione, assicurando l'adeguato equilibrio tra le aree demaniali in concessione e le aree libere o libere attrezzate, nonché la costante presenza di varchi per il libero e gratuito accesso e transito per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione*". In aggiunta, si prevede che le concessioni dovranno essere affidate sulla base di procedure selettive rispettose dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, non discriminazione, e che le gare dovranno tenere in debita considerazione, tra le tante, gli investimenti, il valore aziendale dell'impresa, la protezione dell'ambiente e la salvaguardia del patrimonio culturale[85].

[85] Cfr. art 4, comma 2, lett. c) del disegno di legge sopra citato, consultabile sul sito del senato.


ISSN 2036-7821

Al fine poi di evitare che la concessione di ampie porzioni di spiaggia si concentri nelle mani di pochi grandi capitali, il disegno di legge delega rimanda ai decreti attuativi la definizione dei presupposti e dei casi per l'eventuale frazionamento in piccoli lotti delle aree demaniali da affidare in concessione e la definizione di una disciplina uniforme delle procedure selettive di affidamento delle concessioni. Si dovrà inoltre prevedere un numero massimo di concessioni di cui può essere titolare, in via diretta o indiretta, uno stesso concessionario a livello comunale, provinciale, regionale o nazionale, al fine di favorire l'accesso delle piccole e microimprese. In termini di accessibilità ed ecosostenibilità, poi, la riforma chiede ai decreti attuativi di tenere in debita considerazione, ai fini della scelta del concessionario, la qualità e le condizioni del servizio offerto agli utenti, "*alla luce del programma di interventi indicati dall'offerente per migliorare l'accessibilità e la fruibilità dell'area demaniale, anche da parte dei soggetti con disabilità, e dell'idoneità di tali interventi ad assicurare il minimo impatto sul paesaggio, sull'ambiente e sull'ecosistema, con preferenza per il programma di interventi che preveda attrezzature non fisse e completamente amovibili*". Tra i principi e criteri direttivi sono inoltre presenti una serie di requisiti premiali per i concessionari uscenti, oltre che una serie di previsioni volte a tutelare l'occupazione. Quello che però desta maggiori criticità è la mancata previsione di un termine finale di durata delle nuove concessioni. Il testo approvato in Parlamento, infatti, si limita genericamente ad affermare che tali titoli dovranno avere una durata non superiore "*a quanto necessario per garantire al concessionario l'ammortamento e l'equa remunerazione degli investimenti autorizzati dall'ente concedente in sede di assegnazione della concessione e comunque da determinare in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare, con divieto espresso di proroghe e rinnovi anche automatici*". Quanto alla *vaexata quaestio* degli indennizzi, la legge n. 118 del 2022 rimette ai decreti attuativi la definizione di criteri uniformi per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente posto a carico del concessionario subentrante. Si è quindi scelto, dopo settimane di discussione, di eliminare con un subemendamento ogni riferimento all'avviamento, al valore residuo dei beni immobili, a scritture contabili e perizia giurata, elementi contenuti invece nella proposta avanzata il 24 maggio dall'esecutivo[86]. Da quanto precede emerge chiaramente come quello approvato dal Parlamento sia uno schema di riforma fin troppo generico: troppe sono, infatti, le questioni rimesse ai decreti attuativi. L'impressione che si ha è che il legislatore abbia cercato, ancora una volta, di evitare di prendere una decisa presa di posizione sul tema. Vero è che trovare un

[86] Come è noto, infatti, il tema degli indennizzi che i subentranti dovranno riconoscere ai precedenti titolari, in seguito all'espletamento delle gare pubbliche, è stato oggetto di scontro tra coloro che proponevano di limitarli ai soli investimenti non ammortizzati, e coloro che invece propendevano per ricomprendervi l'intero valore aziendale delle imprese.


ISSN 2036-7821

accordo in tempi brevi su un tema così divisivo è stato sicuramente difficile, probabilmente però si poteva fare di meglio.

Infine occorre dare atto del contenuto dei decreti attuativi della legge annuale sulla concorrenza adottati dal Governo Draghi in *limine mortis*. Il primo, invero, esula dall'argomento delle concessioni demaniali marittime, in quanto riguarda la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Il secondo, invece, riguarda l'attuazione dell'art. 2 della legge delega per la mappatura e la trasparenza dei regimi concessori di beni pubblici, consta di 9 articoli e rappresenta il primo di una lunga serie di decreti che dovranno portare all'attuazione della riforma sulle concessioni balneari. Il provvedimento in esame infatti non va a disciplinare le gare pubbliche per riassegnare i titoli, compito questo evidentemente lasciato al nuovo esecutivo, ma mira ad effettuare una ricognizione delle concessioni attualmente in essere. All'art. 2 del decreto delegato si prevede infatti l'istituzione, presso il Ministero dell'economia e delle finanze, del sistema informativo di rilevazione delle concessioni di beni pubblici (SICONBEP), il cui fine ultimo è quello di operare una ricognizione totale di tutte le concessioni pubbliche di beni statali esistenti, incluse quelle del demanio marittimo. L'ambito oggettivo di applicazione della rilevazione comprende tutti i beni appartenenti al demanio e al patrimonio indisponibile di cui agli da articoli 822 a 830 del codice civile che formano oggetto di atti, contratti e convenzioni comportanti l'attribuzione a soggetti privati o pubblici dell'utilizzo in via esclusiva di tali beni.

A tal fine le pubbliche amministrazioni dovranno comunicare periodicamente un compendio di informazioni in loro possesso tra cui "la natura del bene oggetto di concessione; l'ente proprietario e, se diverso, l'ente gestore; le generalità del concessionario; la modalità di assegnazione della concessione; l'identificativo dell'atto che regola la concessione; la durata della concessione; i rinnovi in favore del medesimo concessionario; l'entità del canone concessorio"[87]. Le specifiche tecniche, le modalità e la tempistica per l'invio dei dati al SICONBEP da parte delle amministrazioni sono poi rimesse a delle linee guida del MEF che saranno pubblicate sul suo sito istituzionale, le quali provvederanno altresì ad individuare le categorie di beni pubblici distribuite "su classi omogenee".

Tra le criticità emergenti da questo decreto occorre *in primis* evidenziare l'assenza di qualsiasi riferimento ai tempi e alle modalità per l'istituzione del SICONBEP e per l'inserimento dei dati da parte delle amministrazioni. In secondo luogo, poi, non sono chiare le ragioni per cui si sia voluto procedere all'istituzione di un duplicato del Sid (Sistema informativo demanio- Portale del mare), esistente fin dal 1993 e già completo di tutti i dati richiesti per ciò che concerne le concessioni demaniali

[87] Si tratta di un compendio di informazioni che lo stesso decreto attuativo definisce come "minime" e che pertanto potranno essere oggetto di ulteriore implementazione.


ISSN 2036-7821

marittime e che poteva essere sul punto implementato. L'istituzione del SICONBEP, infatti, richiederà inevitabilmente l'esborso di ulteriori soldi pubblici con conseguente aggravio della spesa pubblica.

Da quanto sopra esposto emerge quindi un quadro normativo ancora in evoluzione, con una riforma sulle concessioni balneari ancora tutta da chiarire. Anche sul piano giurisprudenziale, tuttavia, si registra ancora qualche incertezza, di cui è indice la recentissima rimessione ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia, da parte del Tar Lecce[88], di ben 9 quesiti pregiudiziali riguardanti la questione dell'affidamento delle concessioni balneari alla luce della direttiva Bolkestein e del diritto dell'Unione[89]. La partita, a questo punto, é rimessa al nuovo Governo, il quale avrà il

[88] Tar Lecce, Sez. I, ord. 11 maggio 2022, n. 743. Più precisamente il Collegio con tale pronuncia, muovendo dall'impugnazione da parte dell'AGCM degli atti con cui il comune di Ginosa aveva preso atto della proroga delle concessioni balneari sino al 2033, ha ritenuto di non conformarsi al dictum delle Plenarie non condividendone le argomentazioni.

[89] I quesiti sollevati alla Corte di Giustizia con l'ordinanza sopra citata sono i seguenti: 1) Se la direttiva 2006/123 risulti valida e vincolante per gli Stati membri o se invece risulti invalida in quanto - trattandosi di direttiva di armonizzazione - adottata solo a maggioranza invece che all'unanimità, in violazione dell'art. 115 T.F.U.E.;

2) Se la direttiva 2006/123 c.d. Bolkestein presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile;

3) qualora ritenuta la direttiva 2006/123 non self-executing, se risulti compatibile con i principi di certezza del diritto l'effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale anche nell'ipotesi in cui non risulti possibile per il giudice nazionale il ricorso all'interpretazione conforme ovvero se invece, in siffatta ipotesi, non debba o possa trovare applicazione la legge nazionale, ferme restando le specifiche sanzioni previste dall'ordinamento unionale per l'inadempimento dello stato nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla adesione al trattato (art. 49), ovvero derivanti dalla mancata attuazione della direttiva (procedura di infrazione);

4) Se l'efficacia diretta dell'art. 12, paragrafi 1,2,3 della Direttiva 2006/123 equivalga al riconoscimento della natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva medesima ovvero se, nell'ambito di una direttiva di armonizzazione quale quella in esame ("si deve ritenere che gli artt. da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva ..." ex sentenza c.d. Promoimpresa), debba intendersi come prescrizione per lo stato nazionale di adottare misure di armonizzazione non generiche, ma vincolate nel loro contenuto;

5) Se la qualificazione di una direttiva come auto-esecutiva o meno e, nel primo caso, la disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale possa o debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice nazionale (al quale sono all'uopo attribuiti specifici strumenti di supporto interpretativo quali il ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ovvero al giudizio di legittimità costituzionale) ovvero anche del singolo funzionario o dirigente di un comune;

6) qualora invece ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, premesso che l'art. 49 TFUE risulta ostativo alla proroga automatica delle concessioni-autorizzazioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo solo "nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo", se la sussistenza di tale requisito costituisca o meno un presupposto necessario anche con riferimento all'applicazione dell'art. 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein;

7) Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito dell'interesse transfrontaliero certo riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale;


ISSN 2036-7821

duro compito di emanare i decreti attuativi a ridosso del termine "ultimo" indicato dalla Plenaria, sempre che non intervenga una pronuncia della Corte di Giustizia a ribaltare la questione.

8) Se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale;

9) qualora in astratto ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, se tale immediata applicabilità possa ritenersi sussistere anche in concreto in un contesto normativo - come quello italiano - nel quale vige l'art. 49 Codice della Navigazione (che prevede che all'atto di cessazione della concessione "tutte le opere non amovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso") e se tale conseguenza della ritenuta natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva in questione ( in particolare con riferimento a strutture in muratura debitamente autorizzate ovvero a concessioni demaniali funzionalmente collegate ad attività turistico ricettiva, come hotel o villaggio) risulti compatibile con la tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà, riconosciuti come meritevoli di tutela privilegiata nell'Ordinamento dell'U.E. e nella Carta dei Diritti Fondamentali.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Legge-provvedimento e difetto assoluto di giurisdizione per il giudice amministrativo. Il diritto di difesa nel sistema delle leggi-provvedimento tra orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

## di Camilla Della Giustina

(Dottoranda di ricerca presso Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

## Sommario

1. Introduzione; 2. Descrizione della vicenda e decisione del Consiglio di Stato; 2. Le leggi-provvedimento: tra profili storici e aspetti problematici; 3. Le leggi-provvedimento adottate al vaglio della Corte costituzionale: cenni; 4. Tutela giurisdizionale e leggi-provvedimento: quale soluzione?; 5. Le leggi-provvedimento tra Corte costituzionale italiana e Corte di Giustizia; 6. Conclusioni.

## Abstract

The Italian Administrative Supreme Court, in a recent ruling (No. 2409/2021, Chamber 4), has taken pain to analyse the judicial protection afforded to claimants in the micro-system of the so called administrative-laws. The dictum, in confirming the verdict of the first instance administrative Tribunal, namely the Calabria TAR (Catanzaro), lays down the principle of the absolute lack of jurisdiction of any administrative Court in relation to challenges of administrative acts endowed with legislative effectiveness (the "administrative laws" or "administrative decree-laws"). Against this background, the contribution discusses the peculiar Italian concept of administrative-laws also via the lenses of the legal history, to highlight the multifarious issues engendered by this "genre" of legislative instrument. Ultimately, the outcome of this perusal is that the right of defence vis-à-vis Courts results in being the major conundrum in the complex area of administrative-laws.

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


ISSN 2036-7821

*1. Introduzione.*

La tematica delle leggi-provvedimento ha da sempre rappresentato uno degli aspetti scientifico-disciplinari più affascinanti del diritto amministrativo proprio per la risalente elaborazione dottrinale nonché per la circostanza di intersecare lo studio del diritto costituzionale.

La prospettiva che si intende evidenziare attiene al secondo elemento menzionato: la riflessione costituzionalistica[1], infatti, diviene necessaria perché la legislazione attraverso atti provvedimentali investe il rapporto tra potere legislativo e funzione amministrativa nonché tra potere legislativo e potere giudiziario.

L'oggetto del presente contributo concerne l'analisi di una recente sentenza del Consiglio di Stato (n. 2409/2021) con la quale, ancora una volta, viene affrontato il problema dei rimedi esperibili dinnanzi alla asserita lesione di un bene della vita realizzata attraverso una legge provvedimento.

In altri termini, l'attenzione verrà riposta sulla necessità di apprestare una tutela effettiva al diritto costituzionalmente garantito di difesa nel momento in cui, un atto ,formalmente legislativo, possieda una natura "ibrida", cioè, l'essere, contemporaneamente, sia legge che provvedimento amministrativo.

Nonostante i numerosi contributi presenti in dottrina, si tratta di un fenomeno in continua crescita: il riferimento va al costante susseguirsi di situazioni, potenzialmente emergenziali, che vengono risolte attraverso l'istituto delle leggi-provvedimento[2].

---

* Si precisa che, nell'*abstract*, si è utilizzata l'espressione "administrative law" per indicare l'oggetto del presente contributo, appunto, le leggi provvedimento. Si è a conoscenza che, nella letteratura giuridica internazionale si fa ricorso all'espressione *taylor-made-laws*. Tuttavia si preferisce utilizzare "administrative law" secondo quanto sostenuto da P. de GIOIA CARABELLESE, C. DELLA GIUSTINA, *The Oxymoron of the Italian Legal System: The Administrative Law. From the Collapse of the Genoa Bridge to a Ruling of the Constitutional Court. (hearing 8.7.2020), 27.7.2020, no. 168 (Chairperson Cartabia, Drafter Barbera)*, in *European Business Law Review*, n. 3/2023 (in corso di pubblicazione, accettato).

In tema di *Taylor-made Law*, cfr. R. POMAHAČ, *Framework Regulation and Tailor-made Law as a Problem of Public Administration*, in *The Lawyer Quarterly* vol. 10/2020, 4 ss.; F. MORSTEIN MARX, *Comparative Administrative Law: the Continental Alternative*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 90/1942, 121 ss.; J. HANDRLICA, *Two faces of "tailor-made laws" in administrative law*, in *The Lawyer Quarterly*, vol. 10, n. 1/2020, 34 ss.

[1] Non si deve tralasciare come le leggi provvedimento coinvolgano, altresì, elementi attinenti non solamente alla teoria delle fonti del diritto ma, anche, le modalità del sindacato costituzionale sulle leggi. A. D'ALOIA, *La legge provvedimento tra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, n. straordinario 2022, 19 ss.

[2] Il riferimento, in altri termini, è al susseguirsi di situazioni emergenziali che vengono risolte con disposizioni normative che sono preordinate a risolvere la singola fattispecie. Di conseguenza, più che di legge generale e astratta, o di crisi della legge, si dovrebbe discorrere di legge-emergenza. La nuova problematica che viene posta da queste nuove leggi attiene alla possibilità di apprestare una effettiva tutela ai diritti dei singoli soggetti che, potenzialmente, possono essere lesi a seguito della loro applicazione concreta. Non si dimentica, soprattutto alla luce di una recente pubblicazione, che il fenomeno delle leggi provvedimento coinvolge anche il diritto del lavoro. Sul punto si rimanda al numero speciale del 2022 della Rivista *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*.


ISSN 2036-7821

A partire da codeste riflessioni, si analizzerà la pronuncia del Consiglio di Stato per poi analizzare l'istituto delle leggi provvedimento adottando, quale particolare canone interpretativo, quello della necessità di apprestare una tutela effettiva al diritto di difesa quale diritto fondamentale, costituzionalmente garantito e tutelato.

*2. Descrizione della vicenda e decisione del Consiglio di Stato*

La vicenda prende le mosse dalla censura avanzata da un comune calabrese dinnanzi al TAR Calabria circa le disposizioni contenute in una legge regionale[3] dirette a disporre la sostituzione del Comune a favore di una associazione ambientalista nella gestione di un'area naturalistica. Il ricorrente evidenziava che la scelta doveva essere ritenuta irragionevole e arbitraria, viziata da violazione di legge ed eccesso di potere per erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti. Ai profili appena menzionati, il ricorrente in primo grado evidenziava, altresì, la sussistenza di profili di illegittimità costituzionale per contrasto della disciplina contenuta nella l. reg. n. 45/2019 con gli artt. 3, 5 e 97 Cost[4].

Il TAR Calabria[5], precisando che l'ordinamento giuridico italiano fornisce un'adeguata tutela nell'ipotesi di leggi-provvedimento, posto che il sindacato su di esse viene svolto dalla Corte costituzionale, evidenziava che il *petitum*, ossia l'annullamento della legge provvedimento, del ricorso, coincide con quello del giudizio che dovrebbe essere devoluto alla Corte costituzionale. A ciò si aggiunge, in primo luogo, che la richiesta avanzata da parte ricorrente attiene all'esercizio di un potere che non potrebbe spettare al Tribunale Amministrativo. In secondo luogo, viene evidenziato che una eventuale pronuncia di accoglimento da parte della Corte costituzionale circa la prospettata questione di legittimità costituzionale si porrebbe in contrasto con la natura incidentale del giudizio costituzionale medesimo[6].

---

[3] Il riferimento è alla l. reg. n. 45/2019 con la quale è stato modificato l'art. 6 della legge regionale n. 41/2016 del 21 dicembre 2016, istitutiva di una Riserva Naturale Regionale, che ne demandava la gestione all'ente locale. La modifica introdotta ha novellato la norma prevedendo che la gestione della Riserva Naturale regionale in questione è demandata ad un'associazione riconosciuta a livello nazionale.

[4] Il ricorrente articola le censure nel modo seguente "*c1)* la relazione di accompagnamento alla legge non chiarirebbe per quali ragioni il Comune di Sersale sia stato sostituito dall'associazione nazionale Legambiente Calabria nella gestione della riserva; - *c2)* attraverso l'impugnata legge-provvedimento si affiderebbe un servizio di rilevanza economica ad un soggetto privato senza alcuna gara; - *c3)* vi sarebbe contraddittorietà tra le motivazioni addotte a sostegno della proposta di legge (gravi inefficienze dell'Ente locale nella gestione della riserva) e il contenuto della relazione di accompagnamento elaborata dalla competente Commissione consigliare (secondo cui la modifica servirebbe *"per snellire l'amministrazione della riserva"*); - *c4)* la decisione sarebbe frutto di un comportamento contraddittorio del relatore della proposta di legge, il quale risulta promotore dell'istituzione di altra area per cui si individua come Ente gestore proprio un Comune".

[5] Tar della Calabria, sede di Catanzaro, n. 602/2020.

[6] In tal senso, il Tar Catanzaro sancisce che, "nel caso di specie, però, il giudizio introdotto d'innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale ha un *petitum* (l'annullamento della legge provvedimento) coincidente con quello del giudizio che dovrebbe essere devoluto alla Corte costituzionale; inoltre, non solo si chiede a questo Tribunale una pronuncia demolitoria di una legge, e cioè l'esercizio di un potere che mai potrebbe spettargli, ma è


ISSN 2036-7821

Per le motivazioni esposte, di conseguenza, il ricorso veniva dichiarato inammissibile.

Avverso la sentenza di primo grado, il Comune proponeva ricorso in Consiglio di Stato deducendo, *in primis*, l'errore di diritto del Tar nel giudicare inammissibile il ricorso per mancanza di incidentalità nonché di identità del *petitum* del giudizio principale con quello dell'oggetto del giudizio incidentale[7], nonché la violazione e la mancata applicazione della l. n. 87/1953 per quanto attiene al sollevato profilo di legittimità costituzionale. *In secundis*, il provvedimento risulterebbe essere fortemente lacunoso nella parte motivazionale laddove limita l'esame al solo profilo della presunta identità del *petitum* tra giudizio principale e incidentale. Terza e ultima censura che viene svolta attiene alla considerazione secondo cui, il processo di legittimità costituzionale essendo un processo che si svolge per la tutela dell'interesse pubblico al rispetto delle norme della Costituzione, non è suscettibile di essere influenzato dalle vicende del rapporto o del processo dal quale ha ricevuto impulso.

Nonostante le censure avanzate, il Consiglio di Stato[8] conferma la sentenza di primo grado statuendo come la stessa risulti essere conforme alla giurisprudenza costituzionale formatasi in tema di leggi-provvedimento. La Corte costituzionale, al fine assicurare piena tutela alle situazioni giuridiche soggettive dei soggetti amministrati che si assumano essere lese da una norma di legge avente un contenuto sostanzialmente provvedimentale, possiede un approccio ampio per quanto attiene alla rilevanza delle questioni di costituzionalità. Alla luce di questo, di conseguenza, "deve escludersi l'impugnabilità diretta della legge provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, dovendo il giudizio di costituzionalità conservare il proprio carattere incidentale, e quindi muovere pur sempre dall'impugnazione di un atto amministrativo rispetto al quale la norma di legge si ponga quale presupposto[9]".

A contrario, nell'ipotesi in cui sia assente un atto applicativo, il ricorso che possieda quale oggetto immediato la legge provvedimento deve essere ritenuto

---

evidente che l'eventuale accoglimento – da parte della Corte costituzionale – della questione di legittimità costituzionale priverebbe l'odierno giudizio del suo oggetto, in contrasto con la natura eminentemente incidentale del giudizio costituzionale".

[7] Per quanto attiene a questo aspetto, il ricorrente ritiene che, "il giudicante ha redatto un provvedimento giurisdizionale decontestualizzato, valutando l'aspetto della rilevanza e incidentalità del sollevato giudizio di costituzionalità senza tener conto che, nel giudizio si è censurata una legge-provvedimento".

[8] Cons. Stato, sez. IV, n. 2409/2021.

[9] A titolo esemplificativo, il Comune avrebbe potuto impugnare un qualsiasi provvedimento emesso dall'Ente di gestione della riserva naturale quale provvedimento risultante dalla modifica apportata dalla l.r.n. 45/2019 ragionando sull'illegittimità costituzionale di essa.

Secondo un diverso orientamento, invece, non sarebbe possibile impugnare innanzi al giudice amministrativo il provvedimento amministrativo meramente attuativo di una legge provvedimento perché non censurabile sotto i profili di violazione di legge ed eccesso di potere. L'azione da esercitare sarebbe, dunque, quella di accertamento innanzi al giudice amministrativo nell'ambito della quale sollevare, poi, il giudizio di costituzionalità in via incidentale (Tar Lazio, Roma, 23 giugno 2015, n. 8608 e 24 giugno 2015, n. 8678).


ISSN 2036-7821

"inammissibile, per difetto assoluto di giurisdizione del giudice amministrativo, a prescindere dal fatto che l'atto impugnato sia caratterizzato dalla presenza di un contenuto particolare e concreto e, dunque, idoneo a incidere sulla sfera giuridica soggettiva dei destinatari".
Viene evidenziato come sia proprio la formulazione della domanda avanzata in primo grado a fondare un giudizio di inammissibilità dato che viene richiesto l'annullamento di un provvedimento che, da un punto di vista formale, possiede rango legislativo esulando, quindi, dalle attribuzioni del giudice amministrativo[10].
Sebbene la pronuncia del Consiglio di Stato sia conforme e coerente con quella formatasi in precedenza, non è possibile ignorare il fatto che "qualora la legge assuma i caratteri del concreto provvedere, ossia contenga prescrizioni che si riferiscono a soggetti determinati e a situazioni concrete, sussiste un rischio non trascurabile di elusione non soltanto delle garanzie sostanziali che offre la disciplina del procedimento amministrativo, ma anche – e soprattutto – di quelle garanzie processuali che contraddistinguono il sistema di giustizia amministrativa e che non possono, in egual misura, essere assicurate nel processo costituzionale"[11].
A partire da questa riflessione, si provvederà a introdurre il dibattito in materia di legge provvedimento[12] ripercorrendo i tratti tipici dell'istituto nonché le problematiche che la dottrina ha ritenuto essere sussistenti.

*2. Le leggi-provvedimento: tra profili storici e aspetti problematici.*
Se ci si approccia alla nozione di legge, da una prospettiva storica-giuridica, è possibile scorgere due concezioni. La prima affonda le radici nell'ideologia rivoluzionaria del Settecento[13] secondo cui la legge è espressione della volontà

[10] In altri termini, i Giudici di Palazzo Spada evidenziano come sia stata errata l'individuazione dell'organo giudiziario cui è stata rivolta la domanda: esso è stato individuato sul mero contenuto sostanziale del provvedimento e non sull'aspetto formale.

[11] A. D'AMICO, *Legge-provvedimento: il Consiglio di Stato esclude l'impugnabilità diretta dinnanzi al giudice amministrativo per difetto assoluto di giurisdizione*, in *Il Diritto Amministrativo*. A contrari, vedasi P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento…cerca casa*, in *Giur. cost*., 2011, 21; ID., *I diritti, la legge, e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano. Piccolo* divertissement *su alcune questioni di natura definitoria*, in *Scritti* in *onore* di A. PACE, Napoli, 2012, III, 1927 ss.

[12] Parte della dottrina ha fornito la seguente definizione: "atto formato e reso efficace dal Parlamento secondo le *procedure* prescritte dagli artt. 70 e ss Cost. e dai regolamenti parlamentari, e tuttavia avente un contenuto *concreto (id est: non normativo).* A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, n. 7/2007, 215.
Per completezza si segnala che, in dottrina, si discorre, altresì, di "amministrativizzazione della legge" per indicare, all'interno del panorama del mutamento dell'ordinamento giuridico, "una sostituzione del legislatore all'amministrazione in forza della quale si assiste all'esercizio della funzione amministrativa tramite la legislazione". P. SCARLATTI, *Il regime delle leggi-provvedimento regionali nella trasformazione dell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1/2019, 561.

[13] Il riferimento va, ovviamente, a Montesquieu, Diderot, D'alembert, Rousseau nonostante già nell'Etica Nicomachea di Aristotele vi sia l'idea che la legge debba possedere un contenuto generale: precisamente egli


ISSN 2036-7821

generale e per questo deve essere generale e astratta[14]. La seconda, tipica dell'Ottocento[15] e dell'ambiente monarchico, intende la legge in un'accezione materiale[16] quale norma idonea a modificare l'ordinamento giuridico e a incidere sullo *status* dei cittadini[17]. I due approcci sono fondati su due differenti ideologie: il primo trova la propria fonte nel principio di uguaglianza mentre, il secondo risulta essere funzionale a garantire l'autonomia del potere esecutivo dalle ingerenze parlamentari. Con l'avvento della Rivoluzione francese, si assiste a una soppressione delle categorie che connotavano l'ordine antico lasciando il posto all'emersione sia del concetto di organizzazione sia di attività qualificabili come "amministrative in senso proprio[18]". Il periodo rivoluzionario, infatti, ha avuto quale caratteristica peculiare quella di provvedere a cancellare gli organi intermedi che avevano governato la società fino a quel momento affidando al pubblico potere il monopolio dell'esercizio del potere scisso, a sua volta, in legislativo, esecutivo e giudiziario[19].
Era compito dell'amministrazione eseguire la legge "astenendovi rigorosamente dall'aggiungervi qualsiasi obbligazione ulteriore[20]" secondo una integrale applicazione del principio di separazione dei poteri[21] in forza del quale, il potere legislativo deve delimitare l'esercizio del potere esecutivo. In questa cornice compito del potere giudiziario è quello di assicurare l'osservanza circa il rapporto che si viene a instaurare nell'esercizio di questi due poteri[22].

---

sosteneva che caratteristica naturale della legge fosse che la stessa "dicesse in termini universali". ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, Rizzoli, Milano, IX ed., 2001, 379-380, 14; Id., *Politica*, III, Rizzoli, Milano, III ed., 2008, 301.

[14] R. CARRE DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Parigi, 1931, 20 ss.

[15] Il riferimento è alla elaborazione attinente alla tematica del diritto del bilancio e della teoria generale dello Stato di P. LABAND, *Il diritto del bilancio* (1971), trad.ita Milano, 2007; G. JELLINK, *La dottrina generale del diritto dello Stato* (1900), trad.ita, Milano, 1949.

[16] C. SCHMITT, *Legalitat und legitimitat*, trad. it., di P. SCHIERA, *Legalità e legittimità*, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 229 ss.; D. DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale*, già in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, ripubblicata negli *Scritti di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1966, 45 ss.

[17] E. FORSTHOFF, *Über Maßnahme-Gesetze*, trad. it. *Le leggi provvedimento*, in ID., *Rechtsstaat im Wandel*, trad. it. *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, 105 ss.

[18] G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814.

[19] A. DE TOCQUEVILLE, *Political and social condition of France*, *The London and Westminster review*, 1836.

[20] L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001.

[21] Ai fini del presente lavoro si tratta di separazione cd. orizzontale. Con l'espressione "separazione dei poteri" si fa riferimento a "una formula organizzativa, un modello di spiegazione, attinente all'articolazione ed al funzionamento degli apparati pubblici titolari del potere legale". A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, n. 7/2007, 201.

Cfr. F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1966, 472 ss. e G. SLVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, voce in *Enc. Dir.*, Giuffit, Milano, 1985, 670 ss.); A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. Giur.*, Istituto Poligrafico Zecca di Stato, Roma, 1990, 1 ss. *(ad vocem)*; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Giuffre, Milano, 2001; M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell 'interpretazione, in Analisi e diritto 2004*, Giappichelli, Torino, 2005.

[22] F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1965, 60 ss.

Si tratta di un principio secondo cui all'Assemblea rappresentativa del popolo viene conferito il potere di legiferare; a presidio del corretto esercizio dei poteri è predisposto quello giudiziario il cui compito è quello di


ISSN 2036-7821

A partire da questa concezione, il fenomeno della legge provvedimento viene interpretato come violazione del principio di uguaglianza[23] nonché quale sintomo dell'ampio fenomeno riguardante la "crisi della legge[24]".

Si fa ricorso all'espressione legge provvedimento per indicare un atto che è formalmente legislativo ma concretamente amministrativo[25]: si tratta di un atto che, proprio in quanto legge, risulta essere generale e astratto ma, in realtà, assume il contenuto di un atto amministrativo posto che provvede in modo concreto[26].

L'utilizzo del ricorso all'espressione legge provvedimento si deve a Federico

---

accertare l'esatta applicazione della legge mediante l'applicazione della legge stessa "altrimenti legislatore dopo l'approvazione della legge esige anche di applicarla, sottraendo al giudice l'essenziale funzione di controllare l'esercizio del potere sulla base della legge". G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime*, in Relazione al 53° convegno di Varenna, 2007, pubblicato successivamente in *Diritto pubblico*, n. 2/2007, 321.

Autorevole dottrina ha sostenuto che, la differenza intercorrente tra il potere legislativo e quello esecutivo attiene alla differenza che sussiste tra il "prevedere" del primo e il "provvedere" del secondo proprio in aderenza al principio di separazione dei poteri. V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo,* in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 238 ss. Dottrina contrapposta è arrivata a sostenere che la Costituzione, dato che non contiene alcuna riserva in favore dell'Amministrazione, conferirebbe al legislatore la libertà di graduare il proprio intervento anche mediante l'adozione di atti aventi contenuto puntuale e specifico. M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 682 ss.

[23] La violazione del principio di uguaglianza sarebbe da riferire alla assenza di generalità e non di astrattezza. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009; B. CARAVITA, *Sub art. 3*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990.

[24] F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 13. R. GAROFOLI, *Tutela giurisdizionale avverso leggi-provvedimento intervenute ad approvare un atto amministrativo adottato in violazione delle regole procedimentali. Leggi provvedimento e principio comunitario e principio comunitario della tutela dell'affidamento*, in *Neldirittoeditore.it*, 2008, 1. S. STAIANO, *Crisi della legge e legislazione periodica*. Napoli, Jovene, 2003. E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. Pubbl*. 1994; F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)* in *Osservatorio sulle fonti*, n.2/2010; A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994.

Si tratta di un'espressione che viene utilizzata per alludere all' "inflazione normativa, alla sciatteria della tecnica legislativa, [d]ai processi di decodificazione e negoziazione alla generale amministrativizzazione della legge, [d]alla ambiguità, vaghezza ed oscurità dei contenuti prescrittivi alla imprevedibilità e contraddittorietà delle decisioni giurisdizionali". Quanto appena descritto fa sì che il nostro ordinamento sia "deprecato, ipertrofico e disordinato come pochi altri". G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia (ovvero considerazioni critiche su una peculiare lettura del principio iura novit curia operata dal Consiglio di Stato)* in *www.giurcost.org;* S. AMATO, *La riqualificazione giudiziale del provvedimento amministrativo gravato*, in *Foro Amministrativo* (II), fasc. 7-8/2016, not. 61.

Altra parte della dottrina ha evidenziato che, allo stato attuale, si assiste a una trasformazione della legge che ha portato a trattare di "decodificazione del diritto". Le principali manifestazioni di codesto fenomeno sono "l'elefantiasi legislativa, l'amministrativizzazione e polverizzazione della legge". G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Annali,* V. 2012, p. 702; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999.

[25] G. ARCONZO, *Contributo allo studio della funzione legislativa provvedimentale*, Milano, 2013, 68.

"La legge-provvedimento, la quale, essendo nella sostanza un atto amministrativo, può essere costituzionalmente illegittima, in quanto contenga una valutazione di un interesse concreto (o comunque di una situazione parti colare) e un provvedimento conseguenziale, contrastanti con la Costituzione". G. CHIARELLI, *Processo costituzionale e teoria dell'interpretazione,* in *Il Foro Italiano*, vol. 90, n. 4/1967, 26.

[26] H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Milano, 1966. A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento,* in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 4 ss.; V. E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1913.


ISSN 2036-7821

Cammeo[27] il quale, studiando le funzioni amministrative del Parlamento italiano, provvede a compiere una sistematizzazione di tutte le leggi che non contengono "un comando generale accompagnato da sanzione" ma "un comando individuale non contrario al diritto vigente[28]". Si tratta, quindi, di atti definibili come atipici - infatti non sono generali - che risultano essere validi solamente a condizione che sussista un fondamento giuridico generale che attribuisca al Parlamento questa facoltà[29] stabilendo, altresì, le linee di attività che devono essere seguite.

A seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, il dibattito relativo alle leggi provvedimento assume nuovi contorni: la Carta costituzionale, entrata in vigore il primo gennaio del 1948, prevede che la Repubblica italiana sia uno Stato democratico con una forma di governo parlamentare caratterizzato da un rapporto di fiducia tra Governo e Parlamento[30]. Ulteriore elemento tipico concerne il principio secondo cui, le attività amministrative devono rinvenire il proprio fondamento e il proprio limite[31] nella legge. Sulla scorta dell'attuazione del principio di legalità[32], le

---

[27] F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà nel campo del diritto amministrativo,* Società editrice libraria, 1901, 94.

[28] F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 1914, rist. con note e prefazione di G. Miele, Padova, 1960.

[29] "In tal modo, atti legislativi a contenuto amministrativo attribuiti al Parlamento sono le leggi di classificazione dei monumenti nazionali e di opere pubbliche, concessioni di opere pubbliche e concessione dell'esercizio delle ferrovie, leggi attraverso le quali è ordinata un'inchiesta, leggi che approvano atti amministrativi di qualunque natura, i quali importino spesa nuova straordinaria, leggi che approvano contratti, leggi che fissano la dotazione della corona, l'appannaggio dei principi, la dote delle principesse e il dovario delle regine, le leggi sulla leva annuale militare e marittima, leggi di "naturalizzazione", che ordinano la tumulazione in una chiesa di un uomo benemerito dalla patria, leggi che 'importino variazioni di circoscrizioni comunali, circondariali e provinciali". *Ivi*, 31.

SANTI ROMANO, *Saggio di una teoria delle leggi di approvazione*, 1898, in *Scritti Minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, a cura di A. ZANOBINI, Milano, 1950.

In un momento successivo, autorevole dottrina farà ricorso alla distinzione tra legge in senso materiale e legge in senso formale al fine di identificare leggi che hanno per contenuto un precetto giuridico o un complesso di precetti da quelle che possiedono quale contenuto un ordine amministrativo. F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1921, 101. D. DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale*, *op., cit*., 48.

[30] La formazione della decisione statale attiene all'indirizzo politico del momento e viene identificato "non come attuazione della Costituzione, ma come una scelta politica sui contenuti" a cui si aggiunge che tutte le forme tramite le quali si manifesta l'indirizzo politico, nonché tutte le forme dell'ordinamento giuridico devono essere valutate alla luce delle prescrizioni costituzionali. N. DOGLIANI, *Indirizzo politico*. *Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, 112. P. PINNA, *L'errata distinzione tra l'indirizzo politico e la garanzia costituzionale*, in *Diritto e questione pubbliche*, n.11/2011, 360-361.

[31] SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1946; id, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1961; G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Scritti di diritto pubblico,* Milano, 1955, 205 e 212; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, *op., cit*., 130; id., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993, p. 64 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1966, 315; V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967, 223; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1967, 27 ss.; S. FOIS, *Legalità (principio di),* in *En. Giur. dir*., vol. XVIII, Milano, 1975, 659 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e legalità*, in *La cultura della legalità*. Prima sessione della conferenza nazionale permanente (Roma- luglio1991), Roma, 1992, 131; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di*), in *Enc. Giur*., vol. XVIII, Roma, 1993, 1 ss.; R GUASTINI, *Legalità (principio di*), in *Dig. Disc. pubbl*., vol.


ISSN 2036-7821

vicende che riguardano e coinvolgono le situazioni giuridiche soggettive possono fare capo a un organo di esecuzione[33]. A quest'ultimo è riconosciuta la possibilità di rendere concreto il precetto contenuto nella disposizione astratta a condizione che, l'attività appena descritta sia conforme alla legge[34].

È stato sostenuto che il ricorso all'adozione di leggi provvedimento sia stato determinato dalla combinazione di differenti elementi. In primo luogo, centrale

---

IX, Torino, Utet, 1994; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2001, *passim*; A. LUCARELLI, *Ripensare al principio di legalità nell'evoluzione della forma di Stato. Il potere regolamentare regionale*, in S. Labriola (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, 2003, 591 ss.; M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003; F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2007, 1 ss.

[32] Il principio di legalità vincola la pubblica amministrazione al rispetto della legge durante l'esercizio delle sue funzioni: il fondamento costituzionale del principio di legalità si rinviene negli artt. 24 e 113 Cost. Si tratta di disposizioni che garantiscono la tutela giurisdizionale a qualunque soggetto che si ritenga leso da una iniziativa dell'amministrazione. Affinché questo avvenga è necessario che sussista una disposizione legislativa attributiva di un potere la cui esecuzione, in violazione della norma, ha determinato l'evento lesivo. Ulteriore disposizione è l'art. 23 Cost. ai sensi del quale "nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge" dove, "in base alla legge" deve essere interpretato "in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale", che qualsivoglia prescrizione di natura patrimoniale o personale del potere amministrativo deve essere disciplinato dalla legge in modo dettagliato. M. D'ONOFRIO, P*ubblica amministrazione, poteri impliciti e principio di legalit*à, in *Altalex*, 2015, 2. Corte cost, n. 4/1957.

Altra disposizione costituzionale in materia di pubblica amministrazione è l'art. 97 Cost. ai sensi del quale "i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione". Da questo deriva che, il legislatore determina i fondamenti della organizzazione della pubblica amministrazione e la disciplina di dettaglio sarà determinata dai regolamenti di organizzazione; questo vale sia per la struttura organizzativa sia per l'attività della pubblica amministrazione. Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 789/1979.

Per quanto attiene all'interpretazione del principio di legalità, si segnala che lo stesso può essere interpretato secondo intensità differenti: in senso debole, formale e sostanziale. Nella prima accezione, la legalità si limita a imporre all'amministrazione di non contrastare il precetto legislativo durante lo svolgimento della propria attività. Per legalità formale si intende che l'amministrazione non solamente non deve contraddire la norma di legge ma deve rinvenire il fondamento del proprio potere nella fonte primaria. Infine, il significato sostanziale del principio di legalità allude alla necessità che la legge attribuisca il potere e che delimiti altresì le modalità di esercizio: in questa ipotesi la norma non solamente attribuisce il potere ma regola il potere stesso. Codesta nozione di legalità viene sancita dall'art. 4 delle Preleggi al Codice Civile secondo cui "i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge". G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.* 1995,284; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, 50 ss.

Per la giurisprudenza della Corte costituzionale "la Costituzione indirizza il principio di legalità prima ancora che all'amministrazione al legislatore" sottolineando che compito del legislatore è quello di definire le modalità di esercizio del potere attribuito all'amministrazione in maniera dettagliata. Corte cost., n. 115/2011.

Infine, per completezza, si segnala che la dottrina recente ha fatto ricorso ad un concetto di principio di legalità in senso fortissimo ispirandosi alla giurisprudenza della Corte EDU secondo cui affinché possa dirsi rispettato il principio di legalità è necessario che la legge, diretta a delimitare il potere della pubblica amministrazione, possieda quali caratteristiche quelle di essere chiara, prevedibile e accessibile. Corte EDU, Carbonara e Ventura c. Italia, sent. del 11 dicembre 2003, Scordino c. Italia, sentenza del 10 luglio 2004.

[33] S. PAJNO, *Considerazioni sul principio democratico e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2005, 469

[34] F. FOSTHOFF, *Rechtsstaat imm wandel*, Stuttgart, 1964, trad. it. C. AMIRANTE e L. RIEGERT, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, 105.


ISSN 2036-7821

risulta essere l'affermazione dello Stato contemporaneo e il superamento del tradizionale modello dello Stato-di-diritto (*Rechtstaat*) a seguito del quale si è andata sempre più incrinando l'idea che la legge dovesse essere intesa come norma generale e astratta. In secondo luogo, la trasformazione della società e del mercato hanno imposto il ricorso all'adozione di misure sempre più singolari e urgenti, oppure complesse, con una conseguente alterazione del concetto di legge[35]. Infine, la natura multi-livello dell'ordinamento giuridico conduce a una complessa dinamica che attiene alle fonti di diritto europeo, a quelle nazionali e regionali[36].

Autorevole dottrina contrappone alla legge generale e astratta la legge provvedimento[37]: quest'ultima, si differenzia dalla prima per l'assenza, appunto dei requisiti della generalità e dell'astrattezza venendo identificata come tale solo in base al suo contenuto[38]. A partire da ciò è possibile rintracciare una scissione all'interno dell'insieme delle leggi provvedimento distinguendo tra leggi che dispongono in esecuzione di precedenti leggi generali, che vengono definite da parte della dottrina come leggi in luogo di provvedimento[39], e, infine, quelle che innovano l'ordinamento intervenendo per disciplinare singoli rapporti, denominate leggi provvedimento innovative[40].

Ulteriore classificazione[41] distingue tra leggi che recepiscono un atto amministrativo già adottato e leggi in sostituzione di provvedimento. Alla prima categoria

---

[35] Il riferimento va alla legge finanziaria, alla legge di bilancio, ai testi legislativi *omnibus*.

[36] L. R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 3/2019, 1021 ss.

[37] "Nella giurisprudenza costituzionale sono state definite leggi provvedimento quelle che «contengono disposizioni dirette a destinatari determinati», ovvero «incidono su un numero determinato e limitato di destinatari», che hanno «contenuto particolare e concreto», «anche in quanto ispirate da particolari esigenze», e che comportano l'attrazione alla sfera legislativa «della disciplina di oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa»". Corte cost. n. 154/2013, 137/2009, 2/1997, 94/2009, 20/2012, 270/2010, 137 /2009, 241/2008, 267/2007, 2/1997, 94/2009, 241/2008.

[38] C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 70.

[39] Autorevole dottrina ha fatto ricorso a questa espressione ritenendo che la perifrasi "leggi che amministrano in luogo dell'amministrazione" alludeva al criterio della concretezza del contenuto. Di conseguenza, non può essere ritenuta esauriente nel momento in cui ci si riferisce ad atti che definiscono un particolare rapporto ed esaminano una situazione concreta che dovrebbe essere realizzata da parte dell'amministrazione. C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana, Saggi*, Milano, 1954, 26; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 148. A. FRANCO, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento* (in *margine all'innovativa sent. n. 143 del 1989 della Corte Costituzionale*) in *Giur. cost.*, 1989, II, 1056. R. DICKMANN, *La legge in luogo del provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 917 ss.

[40] G.U. RESCIGNO, *Dalla sentenza n. 137/2009 della Corte costituzionale a riflessioni più generali sulle leggi provvedimento*, in *Giur. it.*, n.3/2010, 531 ss.; si v. anche R. DICHMANN, *Corte costituzionale e leggi in luogo di provvedimento (nota a Corte cost., 8 maggio 2009 n.137),* in *Federalismi.it*, n. 11/2009.

[41] Attualmente risulta essere difficoltoso fornire una definizione stringente di legge provvedimento posto che, secondo la dottrina maggioritaria, essa sarebbe espressione non di un fenomeno unitario ma di una realtà eterogenea e multiforme. Alla luce di questo, le diverse indagini che vengono condotte per individuare l'aspetto che dovrebbe fungere da minimo comune denominatore delle leggi provvedimento ha lasciato spazio allo studio delle differenti *species* di legge provvedimento, ossia leggi di sanatoria, leggi di interpretazione autentica, leggi


ISSN 2036-7821

appartengono le leggi di approvazione[42]: esse possiedono quale tratto tipico quello di sovrapporsi all'atto amministrativo assorbendone, di conseguenza, i vizi procedurali e provvedimentali[43]. In codesta particolare categoria di leggi si realizza una relazione giuridica tra atto amministrativo presupposto e atto legislativo successivo: si assiste, in altri termini, a quella che può essere definita come una "legificazione dell'atto amministrativo" in quanto a esso viene attribuita la forza e l'efficacia della legge[44]. In questa ipotesi peculiare, la Corte costituzionale, con riferimento alle leggi regionali di approvazione di piano territoriali, ha ritenuto sussistente un doppio sindacato: del giudice amministrativo in rapporto alla fase amministrativa e della Consulta per quanto attiene alla legge successiva[45]. Il doppio livello risulta essere funzionale a garantire una protezione maggiormente ampia ai destinatari del precetto contenuto nell'atto solo formalmente legislativo.

Alla luce di quanto esposto, autorevole dottrina ha rilevato, nell'istituto della legge provvedimento, un sintomo patologico circa l'esercizio della funzione legislativa[46]: il

---

auto-applicative oppure meramente esecutive di altre leggi. Di conseguenza, il concetto di legge provvedimento si è modellato sulle diverse tipologie legislative aventi carattere provvedimentale perdendo, quindi, la propria funzione esplicativa. G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Giuffrè, Milano, 2013, 84 ss.

Per un approfondimento sulle diverse tipologie di leggi-provvedimento G. BERNABEI, *Legge provvedimento e tutela giurisdizionale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4/2015, 1305 ss.

[42] S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007: l'Autrice evidenzia che "la denominazione si giustifica sul rilievo che queste leggi seguono un iter procedimentale che integra una fattispecie a formazione progressiva; in particolare esse intervengono su atti amministrativi presupposti".

[43] Tra l'atto legislativo e il provvedimento amministrativo che viene approvato si instaurerebbe "un vincolo funzionale" suscettibile di determinare "un concorso della volontà legislativa con quella amministrativa nella definizione del contenuto dispositivo sostanziale definitivamente descritto nella legge"; a ciò si deve aggiungere che per quanto attiene al rapporto degli effetti prodotti dai due atti si realizzerebbe "un assorbimento dell'atto approvato nella legge che lo approva, dalla quale acquista il valore e la forza formali e sostanziali". Cons. Stato, 20 gennaio 2004, n. 1559.

[44] Un esempio sono le leggi di approvazione di atti di pianificazione e di programmazione, oppure le leggi di approvazione di piani paesaggistici, di piani urbanistici provinciali e di piani sanitari.

[45] Corte cost., 7 giugno 1999, n. 225. Corte cost., 7-11 giugno 1999, n. 226. Cfr. G. MANFREDI, *Approvazione "ex lege" di piani territoriali e leggi provvedimento,* in *Urb e app.*, 1999, 1184 ss. E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza: (ed altri scritti sulla cosa giudicata),* ristampa, Milano, 1962.

[46] Più recentemente, è stato osservato che "la questione odierna è tuttavia quella dell'incapacità di fare sintesi tra interessi e, più in generale ed auspicabilmente, tra scopi di lungo periodo e visioni contrapposte della società. Ciò comporta che, come si premetteva, la sede delle decisioni si sposti altrove – e questo è ormai noto – ma – e invece questo non sempre viene sottolineato – si continua a rendere obbligato omaggio alla «forma» legislativa. Di talché il Parlamento viene prima svuotato del potere decisionale, e poi costretto a far assumere la veste di «suo» atto al prodotto di tale decisione: esso risulta quindi, quale istituzione, responsabile di un prodotto che non del tutto gli è proprio mentre il decisore occulto (o, se si vuole, semplicemente fuori da procedimenti formali) rimane al di fuori del ciclo dell'*accountability* (…) data appunto la prospettiva per la quale il Parlamento debba in qualche modo «contendersi» la posizione di supremazia in un contesto globale nel quale i decisori abbondano, e in tale contesto sia costretto a farlo «con le sue forze», può essere un'opzione rilevante per il suo futuro quella di trovare – appunto – armi per combattere sullo stesso terreno. Tuttavia, com'è ovvio, una simile opzione non dovrebbe andare a detrimento dell'essenza di una funzione legislativa (o comunque normativa) del Parlamento stesso; anzi come si è premesso, l'auspicio è proprio quello di un suo recupero di spazio effettivo nei processi decisionali, in


ISSN 2036-7821

punto di origine attiene alla considerazione secondo cui, la norma dispone proprio poiché connotata dai requisiti della generalità e dell'astrattezza, mentre, le leggi-provvedimento possiedono un contenuto concreto[47] e specifico[48] facendo sorgere nell'interprete dei dubbi di legittimità costituzionale quali, ad esempio, violazione del principio della separazione dei poteri[49] e di riserva di giurisdizione.
Sebbene questa sia la posizione dottrinaria, quella giurisprudenziale, sia essa costituzionale che amministrativa, fornisce una differente interpretazione del fenomeno. La giurisprudenza fa propria la teoria di legge in senso formale[50] in base alla quale "qualifica l'atto legislativo sulla base di criteri formali, cioè, la promulgazione da parte dell'organo titolare della funzione legislativa di un atto formato mediante il procedimento legislativo e avente forza di legge anche se a contenuto sostanzialmente legislativo[51]". Si ritiene, dunque, legittima la legge che

primo luogo di quelli normativi. Ciò implica, quindi, che il ruolo del Parlamento debba essere necessariamente pensato in sinergia con la separata autorità «esecutiva» che in ogni sistema costituzionale strutturato lo affianca". F. PACINI, *Dall'autorità della legge all'autorevolezza delle Assemblee*, in *Quaderni Costituzionali*, fasc. 1/2015, 12-13.

[47] La contrapposizione tra astrattezza e concretezza, riferibili, rispettivamente, alla legge e al provvedimento amministrativo, risale alla concezione secondo cui, nello stato di diritto la supremazia della legge ordinaria, formulata in modo impersonale e permanente – da intendersi come generale e astratta – era garanzia nei confronti degli abusi che potevano essere perpetrati dal potere Esecutivo. La logica conseguenza concerneva l'applicazione del diritto: se la legge fosse stata generale e astratta, l'applicazione del diritto sarebbe stata imparziale e certa.

[48] V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 927 ss.

[49] P. CARETTI, *La "crisi" della legge parlamentare*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2010, *passim*.

[50] È possibile muovere una critica a questa impostazione sulla scorta della considerazione secondo cui "l'idea che la funzione legislativa che l'art. 70 Cost. attribuisce alle Camere possa ridursi al potere di fare leggi, senza alcuna indicazione sul loro contenuto, non appare, alla luce del complessivo disegno costituzionale, del tutto giustificata". F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano, op., cit..*, 116.

Altra parte della dottrina ritiene che, la lege avente contenuto amministrativo, a contrario, a causa del fatto che rinverrebbe la propria fonte nell'art. 97 Cost. sarebbe suscettibile di indebolire le garanzie giurisdizionali che sarebbero salvaguardate dall'interpretazione congiunta degli artt. 97 e 113 Cost. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 65 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 29 ss.

In altri termini, è stato evidenziato che la Corte costituzionale sembra aderire a una concezione deontica delle fonti primarie, contrapposta alla accezione teoretica, secondo cui la legge non è tale poiché generale, astratta e innovativa, ma quale esito di uno specifico procedimento, adottata da un organo costituzionale individuato come competente. Sulla scorta di detta premessa, una legge è conforme al dettato costituzionale anche nell'ipotesi in cui possieda un contenuto particolare e concreto.

È stato rilevato che, "una legge che provvedesse a recare una disciplina per un singolo caso (c.d. legge-provvedimento), non sarebbe fonte agli occhi del teoretico (che considera fonti gli atti che hanno contenuto normativo quello generale- astratto- ripetibile); lo sarebbe, invece, per il dogmatico, se siamo in un ordinamento in cui l'atto-legge (indipendentemente dal suo contenuto) è annoverato tra le fonti del diritto". F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, quarta edizione, Torino, 2019, 137.

[51] S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, 100 ss.

Per quanto attiene alla locuzione "emanazione" essa deve essere riferita solamente alle fonti primarie differenti dalla legge ordinaria, rispetto a quest'ultima deve essere utilizzata l'espressione promulgazione. Circa le differenze tra questi due istituti cfr. F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana*, vol. IV, Il Mulino, 2018, 3332- 3337; S.M. CICONETTI, *Promulgazione e pubblicazione delle leggi*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, 1988, 121; P. CARNEVALE, *Emanare, promulgare e rifiutare. In margine a talune*


ISSN 2036-7821

contiene una disposizione concreta. L'unica condizione che viene richiesta attiene al rispetto del procedimento previsto dall'art. 72 Cost.

Si deve ricordare come questa interpretazione di origine giurisprudenziale possieda un riscontro anche da una parte della dottrina. Essa, prendendo le mosse dal fatto che al termine legge possono essere accostati differenti aggettivazioni (statale, regionale, ordinaria, costituzionale[52]), evidenzia che nell'ipotesi delle leggi-provvedimento al termine "legge" viene affiancato un altro sostantivo, ossia provvedimento. L'accostamento appena menzionato possiede, quindi, la funzione di definire il contenuto della legge medesima. Da qui, la legge provvedimento rappresenta il "provvedere" che assume la forma della legge arrivando a realizzare una anomalia rispetto alla nozione classica di legge[53].

---

*considerazioni svolte da Massimo Luciani (Seminario di Astrid: Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro)* Roma, 5 marzo 2009.

[52] G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime*, in Relazione al 53° convegno di Varenna, 2007, pubblicato successivamente in *Diritto pubblico*, n. 2/2007, 1-2.

[53] *Ivi*, 321 : "L'espressione «legge non provvedimentale» è chiaramente una mia invenzione linguistica dettata dalla necessità di nominare in qualche modo, in opposizione alle leggi-provvedimento, tutte quelle altre leggi che appunto non sono leggi-provvedimento. Alla legge-provvedimento si oppone la legge senza aggettivazioni, a ricordare, secondo una opinione diffusa anche se in generale molto confusa, che la legge-provvedimento viene sentita in qualche modo come una anomalia, una deviazione rispetto al concetto e alla natura della legge senza aggettivi. Detto diversamente: esiste la legge secondo il concetto di legge ed esiste una legge che devia rispetto al concetto, e per questa ragione viene chiamata legge-provvedimento, come qualcosa che unisce insieme due caratteri che in principio stanno separati (i caratteri, tutti o alcuni, della legge e quelli, tutti o alcuni, tipici di un atto ben diverso che appunto nel linguaggio giuridico corrente si chiama provvedimento)".

In questo senso i criteri di generalità ed astrattezza devono essere graduati: "se riteniamo che per "generalità" si definisce l'insieme *aperto* di tutti quei soggetti che rivestono e rivestiranno nel tempo le qualità indicate dalla norma e per "astrattezza" si definisce il comportamento *tipo*, che potrà essere nel tempo realizzato dai destinatari una volta, innumerevoli volte, o anche mai, ben può verificarsi il caso di una legge che disciplinando un determinato evento si configuri come legge-provvedimento, e ciò nonostante sia generale, perché destinata a tutti quei soggetti che si trovino o si potrebbero trovare nelle condizioni previste dalla norma, ed astratta perché definisce un comportamento tipo, che potrà essere tenuto da tutti o da nessun consociato, e che venga pertanto specificata in base al contenuto".

N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto, op., cit.* 148 ss. A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, 270.

Da questo deve essere distinto il caso della legge che si riferisce a singoli individui conferendo al singolo dei vantaggi sulla scorta di una previsione generale e astratta ma, allo stesso tempo, sostituendosi all'attività dell'amministrazione che dovrebbe fornire attuazione alla legge. Nell'ipotesi appena descritta, si assisterebbe una illegittimità costituzionale in quanto l'amministrazione andrebbe oltre le competenze che le sono attribuite dal legislatore. A ciò si aggiunga che, nel momento in cui una legge attribuisce svantaggi a singoli individui, la Costituzione italiana prescrive sia la riserva di legge che di giurisdizione della legge penale: ogni volta che la legge prevede obblighi o divieti o svantaggi per gli individui deve essere generale ed astratta spettando la sua applicazione al giudice e non ad un atto amministrativo. Alla luce di ciò, è possibile sostenere che leggi-provvedimento in materia penale sono incostituzionali. S. FOIS, *La «riserva di legge». Lineamenti storici e problemi attuali*, 1963, 22 ss.

"Per ricordare un caso importante e discusso: la legge 25 gennaio 1982 n. 17 sulle associazioni segrete in una prima parte dice che cosa deve intendersi per associazione segrete e stabilisce in generale chi e come accerta tale situazione e quali conseguenze negative derivano dall'accertamento compiuto; ma in una seconda parte scioglie essa stessa una associazione, la loggia massonica chiamata P2, e cioè esegue (pretende di eseguire ed in pratica è


ISSN 2036-7821

Con una legge che possiede un contenuto amministrativo, ossia effetti giuridici suscettibili di modificare, estinguere un rapporto giuridico, il legislatore persegue un risultato che dovrebbe, in linea di massima, essere proprio del provvedimento amministrativo posto che, caratteristica peculiare di esso, è la produzione immediata di effetti[54]. La produzione di effetti giuridici, nel caso specifico delle leggi-provvedimento, può essere ricondotta a due modelli[55]. Il primo prende le mosse dal brocardo "ex facto oritur ius" arrivando a sostenere che il diritto è sicuramente la norma intesa quale regola di condotta ma, allo stesso tempo, anche norma di valutazione per quanto attiene all'analisi della situazione *ex post*. In base alla regolamentazione del fatto da parte della norma, può sorgere sia un diritto che un obbligo rientrando nello schema norma-fatto. Il secondo approccio allude alla ricostruzione che fa discendere dalla norma l'attribuzione del potere di regolare il fatto dando vita allo schema norma-potere-fatto: si assiste, di conseguenza, all'emersione di un terzo elemento[56].

Le leggi provvedimento dovrebbero essere ricondotte allo schema norma-fatto poiché non vi è il ricorso a ulteriori soggetti, oltre al legislatore, per la regolamentazione del caso concreto[57].

Ulteriore definizione, che è stata fornita a questa particolare *species* di leggi, è quella di auto-applicative[58] alludendo alla capacità di codesti atti legislativi di "produrre l'effetto giuridico della trasformazione di situazioni giuridiche soggettive, prescindendo dall'esercizio del potere amministrativo[59]".

---

riuscita ad eseguire) per un caso concreto (rispetto a quella specifica associazione composta da quegli specifici associati) la sua stessa normazione generale e astratta. A mio parere questa seconda parte, alla luce delle cose ora dette, era e resta incostituzionale. Se però lo scioglimento della loggia P2 fosse stato deliberato, in assenza di una legge generale e astratta sul punto, con decreto-legge, la cosa sarebbe stata ammissibile perché è la stessa Costituzione a prevedere che in casi di necessità e urgenza il Governo possa adottare provvedimenti con forza di legge (e se ne capisce bene la ratio, se c'è necessità e urgenza)". F. ZAMMARTINO, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle Corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, in *RivistaAIC*, n. 4/2017, 10.

G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 327.

[54] B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo,* Parte generale, Tomo I, (a cura di) S. CASSESE, Milano, 2003, *passim*.

[55] E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, 236.

[56] *Ivi.*

[57] Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 861/1997; Cons. Stato, sez. VI, sent., n. 173/1999.

[58] S. CASSESE, *Legge di riserva e art. 43 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1960, 1132 ss.; A. CERRI, *Brevi note sulle leggi auto-applicative, valore di legge regionale e principio di divisione dei poteri*, in *Le Regioni*, 1992, 1039 ss.; F. SALMONI, *Prime note in tema di dissociazione tra forma e valore di legge nelle leggi-provvedimento regionali autoapplicative*, in *Riv. Giur. amb.*, 1999, 870 ss.; A. CARDONE, *Le leggi-provvedimento e le leggi autoapplicative,* in R. ROMBOLI (a cura di) *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 387 ss.

[59] S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge, op., cit.*, 153.

È doveroso distinguere, altresì, quella particolare tipologia di leggi che vengono qualificate come leggi provvedimento di valutazione discrezionale amministrativa le quali, a contrario, rinviano l'efficacia costitutiva di


ISSN 2036-7821

Nonostante per unanime giurisprudenza costituzionale le leggi-provvedimento siano sempre state ritenute ammissibili[60], esse non sono mai state qualificate come equivalenti rispetto a una legge avente un contenuto particolare e concreto o a un provvedimento amministrativo. Al tempo stesso, non è mai stato ritenuto irrilevante che, per quanto attiene all'esercizio della funzione amministrativa attiva, si occupasse il legislatore o la Pubblica Amministrazione[61]. Da qui l'idea che, l'istituto della legge provvedimento dovesse essere considerato un istituto eccezionale[62] mai oggetto di precisa esplicazione al punto che non vennero mai circoscritte le condizioni che avrebbero legittimato il legislatore a esercitare la funzione di amministrazione attiva. Si tratta di una funzione che, in linea generale, non apparterebbe al novero delle sue prerogative. In tale direzione, è possibile rilevare, infatti, che dalla giurisprudenza costituzionale non si evincono regole da applicare per valutare la legittimità e la validità degli interventi di natura provvedimentale del legislatore[63] posto che, il Giudice delle Leggi ha sempre condotto il proprio sindacato caso per caso[64]. A ciò si deve aggiungere come non si riscontrino elementi dai quali

situazioni giuridiche soggettive al momento dell'adozione di un provvedimento amministrativo. E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo, op., cit.*

[60] In relazione alle leggi-provvedimento, la Corte ha sostenuto che esse rappresentano l'esercizio di un potere che, "in linea di principio questa Corte ha sempre ritenuto non contrario alla Costituzione, sul presupposto che le leggi-provvedimento non sono incompatibili, in sé e per sé, con l'assetto dei poteri in essa stabilito (sentenze n. 181 del 2019 e n. 85 del 2013); esse devono però soggiacere ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale (*ex plurimis*, sentenze n. 182 del 2017, n. 85 del 2013 e n. 20 del 2012). La loro legittimità costituzionale «deve essere "valutata in relazione al loro specifico contenuto" (sentenze n. 275 del 2013, n. 154 del 2013 e n. 270 del 2010), "essenzialmente sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta del legislatore (sentenza n. 288 del 2008)"» (sentenza n. 181 del 2019)". Corte cost. n. 116/2020.

[61] In tal senso, "la diversità delle garanzie offerte dall'ordinamento nei confronti degli atti amministrativi e di quelli legislativi rendano tutt'altro che irrilevante il fatto che un atto obiettivamente amministrativo venga adottato nell'una o nell'altra forma". Corte cost. n. 59/1957, n. 69/1957.

[62] C. DI MARTINO, *Considerazioni sull'ammissibilità delle leggi-provvedimento: il caso del finanziamento del «Teatro Eliseo» al vaglio della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 22/2021.

[63] In dottrina è stato sostenuto che "la scelta se adottare una legge oppure un atto amministrativo per disciplinare una data materia rientra nell'ampia discrezionalità del legislatore. Così il piano sanitario regionale non necessariamente deve essere assunto con atto amministrativo, potendo anche essere approvato con legge, e, di converso, gli interventi da attuarsi con norme regionali sui meccanismi di distribuzione dei farmaci non devono essere introdotti inevitabilmente per legge, essendo l'espressione "norme regionali" "idonea a ricomprendere ogni sorta di disciplina che regoli in via di generalità la materia ... disciplina che può essere così posta anche con atto regolamentare o con atto generale a contenuto programmatico". M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1-2/2013, 67.

La giurisprudenza costituzionale ha confermato questo orientamento pervenendo a sancire che, "legittimamente la legge dello Stato, nell'esercizio di una competenza che le è riservata in via esclusiva, può vietare che la funzione amministrativa regionale venga esercitata in via legislativa". Pertanto, "il legislatore nazionale ha titolo per imporre alle Regioni di provvedere nella forma dell'atto amministrativo, anziché in quella della legge". Corte cost. n. 20/2012.

[64] Sembra essersi realizzata la previsione secondo cui è "facilmente prevedibile […] che tale carenza continuerà a manifestarsi in avvenire, dato che la nostra Corte […] non vuole irrigidire nulla in questo campo, ma intende al


ISSN 2036-7821

dedurre l'utilizzo delle leggi-provvedimento a ipotesi straordinarie posto che, l'eccezionalità della legge *de qua* verrebbe desunta dallo "spirito dell'ordinamento costituzionale[65]".

Da un punto di vista generale, con l'adozione di una leggi-provvedimento, il titolare della funzione legislativa pone in essere una "invasione di campo" circa le competenze di un altro organo costituzionale, nel caso di specie il Governo nella sua declinazione di pubblica amministrazione[66]. In modo maggiormente specifico, la frizione attiene all'adozione di leggi che non possiedono un contenuto normativo poiché, nella sostanza sono provvedimenti amministrativi, ma, da un punto di vista formale, sono delle leggi[67].

Se quanto appena esposto attiene alle leggi-provvedimento nazionali, la giurisprudenza costituzionale è arrivata ad ammettere la possibilità, anche per il legislatore regionale, di esercitare delle funzioni di amministrazione attiva senza però scordare i principi che presiedono il sistema delle leggi-provvedimento, ossia: concezione formale delle fonti primarie, assenza di una riserva costituzionale di amministrazione, esistenza di un giudice competente ad accordare tutela ai privati in ipotesi di approvazione di previsioni legislative singolari e concrete.

Il fondamento della posizione esposta veniva rinvenuto nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento nazionale contenuto nell'originaria formulazione dell'art. 117 co. 1 Cost. nel novero dei quali veniva fatto rientrare anche il principio del giusto procedimento amministrativo[68]. A seguito dell'entrata in vigore della l. cost. n.

---

contrario esser libera di decidere caso per caso, secondo le specifiche esigenze della situazione e del momento". L. PALADIN, *La legge come norma e come provvedimento, in Giur. cost.*, 1969, 897.

[65] È stato evidenziato in dottrina che, "con il tempo, la consapevolezza della strutturale diversità tra leggi-provvedimento e provvedimenti amministrativi ha acquisito maggiore consistenza ed in quest'ottica [nella convinzione, cioè, che la procedimentalizzazione dell'agire amministrativo della Pubblica amministrazione potesse fungere da limite all'ammissibilità delle leggi-provvedimento], ha preso avvio quel filone giurisprudenziale della Corte costituzionale teso ad individuare specifiche ipotesi nelle quali l'adozione di un provvedimento amministrativo non avrebbe potuto legittimamente essere sostituita dall'approvazione di una legge dal contenuto particolare e concreto".

[66] A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, *op. cit.*, 216.

[67] A contrario, è stato sottolineato che in alcune ipotesi è "ammessa e non concessa (…) l'esistenza di una norma «generale» che attribuisca al Governo-pubblica amministrazione la funzione esecutivo-amministrativa". In tali circostanze "sarebbe in ogni caso possibile utilizzare il criterio ermeneutico della *lex specialis* per cui sarebbero sicuri esempi (tra gli altri) di leggi aventi contenuto *non normativo*, sia quelle d'autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali *ex* art. 80 Cost., sia quelle d'approvazione del rendiconto consuntivo e del bilancio preventivo dello Stato *ex* art. 81 comma 1 Cost.".

[68] Nell'impostazione che veniva seguita dalla Corte costituzionale, tutte le volte che il legislatore nazionale avesse provveduto a disciplinare il procedimento amministrativo da seguire per la gestione amministrativa di una determinata materia, avrebbe impedito l'approvazione di leggi-provvedimento regionali posto che quest'ultima avrebbe determinato un esercizio della funzione amministrativa in violazione della sequenza di atti che era stata prescritta dal legislatore nazionale oltre a realizzare un illegittimo spostamento di competenze dall'amministrazione regionale al Consiglio regionale. Si tratta di un'interpretazione che prese le mosse con la sentenza n. 13/1962.


ISSN 2036-7821

3/2001, venne eliminato il riferimento ai principi generali dell'ordinamento giuridico quale limite all'esercizio della funzione legislativa regionale. Da ciò discende, di conseguenza, l'ammissione della leggi-provvedimento regionali[69] alla luce del nuovo assetto costituzionale che dirime il riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni[70].

*3. Le leggi-provvedimento adottate al vaglio della Corte costituzionale: cenni.*

Se questa è la ricostruzione storico-giuridica dell'istituto delle leggi-provvedimento, una parte della dottrina ha rinvenuto in esse la tendenza a possedere quale unico obiettivo la sottrazione "al controllo del giudice l'atto incidente sulle posizioni giuridiche soggettive[71]". Deve essere aggiunto il fatto che, se inizialmente l'amministrazione per legge era circoscritta all'attività statale del Governo, essa si è progressivamente diffusa in ambito regionale realizzando "una progressiva fuga dalla sede amministrativa verso la sede legislativa con conseguente traslazione del sindacato giurisdizionale dal giudice amministrativo alla Corte costituzionale[72]". Si tratta di un elemento che ha posto l'interrogativo circa il possibile *deficit* di tutela alle

[69] P. SCARLATTI, *Aggiornamenti in tema di limiti alle leggi-provvedimento regionali: luci e ombre della sentenza n. 28 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2019, 360 ss. P. VIPIANA, *La recente giurisprudenza costituzionale in tema di leggi-provvedimento delle regioni*, in *Quad. reg.*, n. 3/2009, 898 ss. F. FERRARI, *Riserva di amministrazione o giudizio comparativo tra atti? Sul rapporto tra leggi-provvedimento regionali e atti amministrativi*, in *Le Regioni*, n. 3/2020, 457 ss. C. CHIOLA, *La legge-provvedimento sul calendario venatorio*, in *Federalismi.it*, n. 11/2012, 2 ss.

[70] Posto che ai sensi dell'art. 117 Cost. allo Stato viene riconosciuta la possibilità di legiferare in maniera esclusiva in talune materie, si assisterebbe a un implicito riconoscimento per il legislatore statale di vedersi attribuita la gestione amministrativa degli stessi settori disciplinari. Di conseguenza, in modo implicito viene imposto un divieto al legislatore regionale di adottare leggi-provvedimento nelle materie di esclusiva competenza statale. In altri termini il "nuovo" art. 117 Cost. consentirebbe alla legge statale di porre una riserva di amministrazione, di rango primario, per quanto concerne le materie oggetto di potestà esclusiva statale idonea a vincolare il legislatore regionale in base al principio della competenza. "La compatibilità delle leggi-provvedimento con l'assetto dei poteri riconosciuto dalla Costituzione (*ex multis* sentenze n. 114 del 2017, n. 275 del 2013 e n. 270 del 2010), anche se adottate dalle Regioni (sentenze n. 289 del 2010, n. 94 del 2009 e n. 241 del 2008); ma ha anche evidenziato che allo Stato, nelle materie rientranti nella propria competenza legislativa esclusiva, spetta il potere di stabilire la forma e il contenuto della funzione attribuita alla Regione e, in particolare, di vietare che «la funzione amministrativa regionale venga esercitata in via legislativa» (*ex multis* sentenza n. 20 del 2012; nello stesso senso, sentenza n. 44 del 2010)". Corte cost. 173/2017.

"Quando il legislatore statale prescrive l'adozione di una "procedura", comprendendovi la partecipazione degli interessati e l'acquisizione di pareri tecnici, intende realizzare un procedimento amministrativo, al termine del quale la Regione è tenuta a provvedere nella forma che naturalmente ne consegue», e «nei casi in cui la legislazione statale, nelle materie di competenza esclusiva, conformi l'attività amministrativa all'osservanza di criteri tecnico-scientifici, lo slittamento della fattispecie verso una fonte primaria regionale fa emergere un sospetto di illegittimità". Corte cost. n. 28/2019.

[71] G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano, 2013, 251.

È stato altresì sostenuto che, in alcune ipotesi, interventi legislativi puntuali e concreti, non solamente non sono vietati ma possono essere ritenuti auspicabili dalla Costituzione alla luce del perseguimento di finalità di giustizia sostanziale tipiche dell'ordinamento democratico. E. FORSTHOFF, *Über Maßnahme-Gesetze*, trad. it. *Le leggi provvedimento*, *op., cit.*

[72] G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi provvedimenti*, in *Federalismi.it*, n. 22/2017, 20.


ISSN 2036-7821

situazioni giuridiche soggettive. Come in precedenza evidenziato, l'aspetto peculiare dell'istituto oggetto della presente trattazione è il possedere un "corpo" legislativo ma "un'anima" di natura amministrativa[73].

Nel corso del tempo, si è assistito a un passaggio dalla amministrazione per legge a una amministrazione per atti aventi forza di legge, con un ricorso considerevole allo strumento del decreto-legge[74]. Un esempio è dato dal caso Ilva[75]: in esso il Governo italiano intervenne con il dl. n. 207/2012 al fine di permettere la prosecuzione delle attività produttive dello stabilimento, qualificato come di interesse strategico nazionale, nonostante il sequestro degli impianti disposto dall'autorità giudiziaria al fine di tutelare l'ambiente[76].

---

[73] "Calato nell'ordinamento costituzionale, l'atto legislativo a carattere provvedimentale genera il sospetto che dietro l'intervento legislativo si nascondano arbitrarie discriminazioni, oppure si celi un pregiudizio per il diritto individuale alla tutela giurisdizionale". M. LOSANA, *Questioni ambientali e "amministrazione per (atti aventi forza di) legge" (nota a Tar Campania, sentenza n. 1471/2016),* in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

Si deve aggiungere la riflessione secondo la quale la degenerazione in senso provvedimentale della legge è in grado di vanificare i rimedi giurisdizionali sanciti, dall'art. 113 Cost., per i normali provvedimenti amministrativi. V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 134.

Le leggi-provvedimento, nel momento in cui incidono in maniera diretta sulle situazioni giuridiche soggettive individuali dei destinatari, presentano i seguenti elementi distorsivi: 1) sottrazione a responsabilità giuridiche organi amministrativi e di governo ponendo gli stessi al riparo da azioni risarcitorie; 2) viene evitato il controllo della Corte dei Conti; 3) si assiste all'eliminazione delle garanzie tipiche del procedimento amministrativo; 4) preclusione dell'annullamento dell'atto da parte del giudice amministrativo.

Sempre nella medesima direzione, altra parte della dottrina ha evidenziato che, con il fenomeno delle leggi-provvedimento, la "legge-norma lascia il passo alla legge-provvedimento, che, anziché disciplinare in astratto, provvede in concreto. Ma soprattutto - ed è ciò che più conta ai fini del nostro discorso - anche le leggi-norma possono arrecare un immediato pregiudizio giuridico, poiché una legge statale che invade illegittimamente la sfera di competenza legislativa regionale (e viceversa) ben potrebbe, in assenza di sospensione, causare degli effetti dannosi che difficilmente risulterebbero sanati dall'eventuale declaratoria d'incostituzionalità". F. DRAGO, *I ricorsi in via d'azione tra attuazione del Titolo V e giurisprudenza costituzionale (Il giudizio in via principale delle leggi dopo i problemi legali allo jus superveniens)* in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6/2004, 4802-4803.

[74] In altri termini "la prassi dell'amministrazione per legge esce dal parlamento per caratterizzare in modo sempre più incisivo l'azione del Governo". M. LOSANA, *Leggi Provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2015, 70.

[75] R. BIN, *L'Ilva e il soldato Baldini*, in *Dir. pen. contem.*, 2013, 5 ss.. G. ARCONZO, *Note critiche sul decreto legge ad Ilvam tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati,* in *Dir. pen. cont.*, 2013, 16-20. È stato precisato da autorevole dottina che il caso Ilva "costituisce oggetto del più noto caso di legislazione provvedimentalòe che abbia avuto un impatto giuslavoristico", G. PROIA, Leggi provvedimrnto e leggi singolari (partendo dal diritto del lavoro), in Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro, numero straordinario, 2022, 186.

[76] V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013,* in *Rivista AIC*, n. 3/2013. A. MARCHETTI, *Il "decreto Ilva": profili di costituzionalità di una legge-provvedimento*, in *www.federalismi.it*, 2013.

Vedasi Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85.

Attenta dottrina ha sostenuto che "le leggi-provvedimento non si limitano ad introdurre discipline discriminatorie prive di giustificazione nella trama dei principi costituzionali, ma intervengono «al prevalente scopo di eludere i condizionamenti formali che ne contraddistinguono l'ordinario regime giuridico, quindi anche per precludere la possibilità di attivare la tutela giurisdizionale contro le misure da esse recate, nel caso di violazione di situazioni giuridiche soggettive dei destinatari»". A. MORELLI, *Il decreto Ilva: un drammatico*


ISSN 2036-7821

Altro esempio concerne il caso Bagnoli rispetto al quale, con dl. n. 133/2014, il Governo italiano introdusse alcune disposizioni finalizzate alla bonifica ambientale e alla rigenerazione urbana dell'area Bagnoli quale area rilevante di interesse nazionale[77].

Un'importante pronuncia, definita innovativa da parte della dottrina[78], attiene al sindacato svolto dalla Corte sull'art. 34-*bis* del dl. n. 50/2017 come convertito con modificazioni in l. n. 96/2017. La disposizione era diretta ad approvare il programma operativo straordinario (POS) per la Regione Molise per il triennio 2015-2018, allegato all'Accordo sancito nella seduta della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano del 3 agosto 2016 e recepito con decreto del commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro del disavanzo sanitario della Regione Molise n. 52 del 12 settembre 2016.

Con sentenza ulteriore e successiva, ossia la n. 116/2020[79], i Giudici costituzionali hanno rilevato l'illegittimità dell'agire provvedimentale in forma di legge qualora esso possieda, quale unico obiettivo, quello di "legificare" un precedente

---

*bilanciamento tra principi costituzionali*, in *DirittoPenaleContemporaneo*, n. 1/2013, 8. R. DICKMANN, *Corte costituzionale e leggi in luogo di provvedimento (nota a Corte cost., 8 maggio 2009, n. 137)*, in *Federalismi.it*, n. 11/2009, 4.

Per quanto attiene all'ipotesi di "decreto-legge provvedimentale", la dottrina ha evidenziato che "più il decreto legge è "cucito" su un caso concreto che giustifica l'intervento emergenziale, più il contenuto del decreto sarà omogeneo. Pretendere omogeneità significa, dunque, pretendere provvedimenti concreti, il più possibile aderenti alle circostanze emergenziali che reclamano un intervento normativo con forza di legge. In questa prospettiva, il carattere provvedimentale del decreto legge ben può rappresentare un indice della sussistenza, in concreto, dei presupposti legittimanti il decreto. D'altra parte, il "problema costituzionale" che si cela spesso dietro i decreti legge – come una consolidata giurisprudenza costituzionale insegna – non è il loro contenuto provvedimentale, bensì l'abuso dello strumento e dunque l'utilizzo del medesimo oltre le ipotesi indicate dalla Costituzione". M. LOSANNA, *Le leggi provvedimento: un tentativo di sistematizzazione*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2021, 511.

[77] L'art. 33 dl. n. 133/2014 intervenne con una disciplina estremamente dettagliata e diretta a: 1) dettare regole per il procedimento di delimitazione dell'area in questione, 2) individuare i soggetti preposti alla redazione ed attuazione del programma di risanamento ambientale e del documento di indirizzo strategico per la rigenerazione urbana, 3) indicare il procedimento per la nomina, tramite Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Commissario Straordinario del Governo nonché dei compiti assegnati al soggetto medesimo.

Il Comune di Napoli impugna codesto ed altri provvedimenti dinnanzi al Tar Campania per illegittimità derivata: dall'illegittimità costituzionale della disciplina introdotta dall'art. 33, ritenuto in contrasto con altre disposizioni costituzionali, deriverebbe l'illegittimità dei provvedimenti amministrativi di attuazione. Il Tar Campania rigetta il ricorso presentato dal Comune ritenendo innegabile il degrado ambientale dell'area Bagnoli affermando, in modo consequenziale, la ragionevolezza del fenomeno dell'amministrazione per legge. Esso, infatti, deve essere valutato in rapporto alle caratteristiche peculiari della fattispecie che avrebbero reso legittimo e ragionevole l'intervento straordinario del Governo. Tar Campania, 22 marzo 2016, n. 1471. Cfr. M. LOSANNA, *Questioni ambientali e "amministrazione per (atti aventi forza di) legge" (nota a Tar Campania, sentenza n. 1471/2016)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016; F. ZAMMARTINO, *Brevi note sulle leggi provvedimento*, in *Scienze e ricerche*, n. 45/2017, 49 ss.

[78] La novità, secondo questo approccio dottrinale, attiene al fatto che la pronuncia della Consulta abbia proiettato "sulla legge statale un complesso di limiti fino ad ora riservato alle leggi-provvedimento regionali". F. FERRARI, *Il giudizio comparativo tra atti colpisce anche la fonte primaria statale: ancora su riserva di amministrazione e leggi-provvedimento (nota a C. cost. n. 116 del 2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n.3/2020, 140.

[79] Sul punto si rimanda a B.G. DI MAURO, *Una nuova stagione per le leggi provvedimento? Le leggi provvedimento nel panorama sociale e giuridico italiano dalla prospettiva dei diritti: dall'erosione del sindacato stretto di costituzionalità alla slatentizzazione della riserva di amministrazione?* In *PA Persona e Amministrazione*, n. 2/2021, 276-277.


ISSN 2036-7821

procedimento amministrativo provocando, in sostanza, una *deminutio* di tutela delle situazioni giuridiche soggettive rispetto alle quali sia intervenuta l'amministrazione medesima[80].

Ulteriore caso posto all'attenzione della Corte costituzionale, attinente all'adozione di una legge provvedimento, concerne il cd. Ponte Morandi[81]. La decisione risulta essere di nevralgica importanza poiché esplicita la differenza che intercorre tra il sindacato di legittimità costituzionale e quello che verrebbe svolto dal giudice amministrativo. Il primo, infatti, è diretto a verificare "se la norma esprima interessi affidati alla discrezionalità legislativa, regolati in forma compatibile con la Costituzione, senza che l'eventuale inadeguatezza della motivazione esplicitata da legislatore possa da

[80] "L'insistente valorizzazione delle modalità dell'azione amministrativa e dei suoi pregi non può evidentemente rimanere confinata nella sfera dei dati di fatto, ma deve poter emergere a livello giuridico-formale, quale limite intrinseco alla scelta legislativa, pur senza mettere in discussione il tema della "riserva di amministrazione" nel nostro ordinamento. In effetti, se la materia, per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato, si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo, ciò deve essere tenuto in conto nel vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa, pur tipicamente discrezionale, di un intervento normativo diretto. L'applicazione di questo criterio al caso in esame induce a concludere nel senso della irragionevolezza della disposizione in questione. Non vi è dubbio infatti che l'oggetto della legificazione abbia tutte le caratteristiche di una materia ragionevolmente inquadrabile fra quelle naturaliter amministrative, come del resto ritenuto dallo stesso legislatore statale del 2014. Si è ricordato che la disciplina legificata era contenuta in un atto generale di pianificazione, e quindi dalle rilevanti ricadute su tutte o gran parte delle strutture sanitarie regionali. Le scelte da effettuare, destinate a riverberarsi sulla salute dei cittadini molisani, richiedevano, dunque, al massimo grado un'adeguata conoscenza di dati di fatto complessi e di non facile lettura, dati che solo una istruttoria amministrativa approfondita, e arricchita dalla partecipazione degli enti interessati, poteva garantire. Non è un caso dunque che il contenzioso da cui prende le mosse la questione di legittimità costituzionale in esame sia incentrato sulla mancata partecipazione all'istruttoria e sulla conseguente inadeguatezza della stessa". Corte cost. n. 116/2020.

In dottrina Cfr. G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano, 2013, 251 dove si tratta di leggi-provvedimento adottate al fine unico di "sottrarre al controllo del giudice l'atto incidente su posizioni giuridiche soggettive". V. SARCONE, *L'opinabile (ma legittimo) fenomeno delle "leggi-provvedimento". Breve riflessione intorno a Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 26 febbraio 2009, n. 1140, in Amministrativ@mente* – n. 3/2009.

Altra parte della dottrina si è interrogata sulla possibilità che lo Stato-legislatore possa rispondere dei danni che cagiona nell'ipotesi in cui lo stesso abusi di una funzione che, da un punto di vista teorico, appartiene ad altri soggetti e a condizione che detto abuso venga riconosciuto dalla Corte costituzionale attraverso una pronuncia che sancisca l'illegittimità costituzionale della legge-provvedimento adottata. C. DI MARTINO, *Considerazioni sull'ammissibilità delle leggi-provvedimento: il caso del finanziamento del «Teatro Eliseo» al vaglio della Corte costituzionale*, *op., cit.*

[81] Con sentenza n. 168/2020 la Corte costituzionale ha dichiarato che l'esclusione di ASPI (Autostrade per l'Italia S.P.A) è "dipesa sia dall'urgenza di avviare i lavori per ripristinare tempestivamente un tratto autostradale essenziale per i collegamenti nella regione, sia dai dubbi insorti sull'affidabilità del concessionario, alla luce della gravità dell'evento verificatosi e delle risultanze delle prime indagini amministrative". La pronuncia della Corte costituzionale trae origine da diverse questioni di legittimità costituzionali prospettare con plurime ordinanze di remissione del TAR Liguria all'interno di un contenzioso amministrativo promosso da ASPI in qualità di concessionaria dell'autostrada A10 Genova-Savona. In sintesi i giudici remittenti ritenevano suscettibili di una declaratoria di illegittimità costituzionale gli artt. 1, commi 3, 5, 6, 7, 8 e 8-*bis*, e 1-*ter*, comma l, del dl. 109/2018 come convertito con modificazioni in l. n. 130/2018 con riferimento agli artt. 3, 23, 24, 41, 97 e 111 Cost.


ISSN 2036-7821

sola configurare una causa di illegittimità[82]". A questo la Corte aggiunge che, "il controllo di costituzionalità [...], non può travalicare in apprezzamenti della ragionevolezza che sconfinino nel merito delle opzioni legislative [...]. Non può quindi venire in discorso, agli effetti di un ipotetico contrasto con il canone della eguaglianza, qualsiasi incoerenza, disarmonia o contraddittorietà che una determinata previsione normativa possa, sotto alcuni profili o per talune conseguenze, lasciar trasparire, giacché, ove così fosse, al controllo di legittimità costituzionale verrebbe impropriamente a sovrapporsi una verifica di opportunità, per di più condotta sulla base di un etereo parametro di giustizia ed equità, al cui fondamento sta una composita selezione di valori che non spetta a questa Corte operare[83]".

Gli esempi appena menzionati possono essere interpretati come sintomatici del ricorso all'istituto della legge provvedimento quale risposta degli organi politici a tematiche di emergenza[84], ad esempio il crollo di un ponte, oppure la prosecuzione dell'attività di una acciaieria.

Rispetto a esse, la risposta che viene offerta dalla maggioranza del Parlamento transita con l'adozione di una legge provvedimento ritenuta funzionale per garantire, alla problematica in questione e rispetto alla quale si avvertono dei profili di emergenza, uno *status* di inattaccabilità in sede giurisdizionale[85]. Questa

---

[82] Con la sentenza n. 168/2020 la Corte ritenne che l'esclusione del concessionario dai lavori, contenuta nel decreto-legge, non possedeva una devianza rispetto alle regole presenti in tema di concessioni e, di conseguenza, la legge-provvedimento non aveva carattere di eccezionalità.

[83] Per un commento alla sentenza Cfr. C. DELLA GIUSTINA, *Il decreto – Genova al vaglio della Corte costituzionale*, in *CamminoDiritto*, n. 7/2021; F. ASTONE, *Leggi-provvedimento e Corte costituzionale, a proposito della ricostruzione del Ponte Morandi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 4/2020, 1909B ss.; M. LOSANNA, *Il contenuto dei decreti legge: norme oppure provvedimenti?* In *RivistaAIC – Osservatorio Costituzionale*, fasc. 2/2020, 176 ss;

[84] In tema di emergenza si segnala C. DELLA GIUSTINA, *Diritto dell'emergenza e ordinamento democratico. Un'analisi di sistema delle emergenze globali tra decisioni politiche e tecniche*, Studium, Roma, 2022, in corso di pubblicazione.

[85] Per questo motivo la legge provvedimento viene ritenuta fonte dei poteri di emergenza alla luce del fatto che l'esclusione del normale sindacato giurisdizionale può essere espressione del potere di sospensione dell'ordinamento giuridico stesso. L. R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione, op. cit.*

In relazione al concetto di emergenza e di sospensione dell'ordinamento giuridico Cfr. K.M SCHEEPELE, *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 6, n. 5/2004, 1004 ss.; C. SCHMITT, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Sovranität*, 1934. G. SCOTTO, *Riflessioni su stato di eccezione, diritto internazionale e sovranità*, Roma, 2008; O. CHESSA, *Sovranità, potere costituente, stato d'eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2012; C.L. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, New York 1948; S.P. SHEERAN, *Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, n. 3/2013, 500-501; S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909 (ora in Id., *Scritti minori, vol.* I, Milano 1990). G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, 2003. W. BENJAMIN, *Über den Begriff der Geschichte in Gesammelte Schriften, Suhrkamp*, Frankfurt am Main, 1991. M. NEOCLEOUS, *The Problem with Normality: Taking Exception to "Permanent Emergency"*, in *Alternative*, n. 31/2006, 194 ss. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale: definizione e modelli*, Milano, 2003; O. GROSS, *The Normless and*


ISSN 2036-7821

conclusione verrebbe corroborata dal fatto che, negli ultimi anni, le leggi-provvedimento rivestono la forma di decreto-legge[86], il cui presupposto risulta essere la ricorrenza di "casi straordinari di necessità ed urgenza" ex art. 77 co. 2 Cost.

*4. Tutela giurisdizionale e leggi-provvedimento: quale soluzione?*

Se nel paragrafo precedente sono stati esposti i dubbi avanzati dalla dottrina per quanto attiene all'aspetto del diritto di difesa circa le leggi-provvedimento, si segnala che, la Corte costituzionale[87] ha sempre affermato l'ammissibilità delle leggi-provvedimento nonché la loro compatibilità con l'ordinamento italiano e con il principio di separazione dei poteri[88]. Le tesi alla base di questo indirizzo sarebbero essenzialmente due. *In primis,* la Costituzione non prescriverebbe alcun vincolo di contenuto alla legge, la quale, quindi, può assumere contenuti singolari e puntuali; *in secundis,* il regime giuridico delle impugnazioni "segue la natura giuridica degli atti oggetto di contestazione[89]".

---

*Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the Norm-Exception" Dichotomy*, in *21 Car. L. Rev.*, 2000, 1825 ss. B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *The Yale L. J.*, n.113/ 2004, 1047 ss. P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni demcratiche,* Bologna, Il Mulino, 2006; A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza,* Torino, 2005. S. GAMBINO, A. SCERBO, *Diritti fondamentali ed emergenza nel costituzionalismo contemporaneo. Un'analisi comparata*, in *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4/2009, 1497 ss; C. DELLA GIUSTINA, *Diritto dell'emergenza e ordinamento democratico. Un'analisi di sistema delle emergenze globali tra decisioni politiche e tecniche, op. cit.*

[86] Ulteriore esempio attiene alla materia bancaria. Si tratta di un argomento che, ai fini del presente contributo, non si ha la possibilità di approfondire. Cfr. C. DELLA GIUSTINA, *Profili di illegittimità costituzionale dei decreti-legge "salva banche". Due esempi paradigmatici,* in *NOMOS, Le attualità nel diritto*, n. 2/2020; A.A. DOLMETTA - U. MALVAGNA, *«Banche Venete» e problemi di lettura costituzionale del decreto legge n. 99/2017,* in *Riv. dir. banc.*, 7/2017; U. MINECCI, *Sull'art. 3, comma 1 lett. C del d.l. n. 99/2017: una soluzione pro banca costituzionalmente fragile,* in *Rivista di Diritto Bancario*, fasc.3/2017; A.A. DOLMETTA - U. MALVAGNA, *«Banche venete» e problemi civilistici di lettura costituzionale del decreto legge n. 99/2017,* in *Rivista di Diritto Bancario*, fasc. 3/2017; P. BONETTI, *Brevi note sui profili costituzionali dell'interpretazione conforme del decreto-legge n. 99/2017 sulla liquidazione coatta amministrativa di due banche venete*, in *Rivista di Diritto Bancario*, fasc. 10/2018; E. CACCIATORE, *Riflessioni sull'efficacia verso i terzi del contratto di cessione previsto dal Decreto "Salva Banche Venete*, in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 4/2018. La tematica appena introdotta pone, altresì, il problema del diritto di difesa che è stato compresso con l'adozione dei decreti-legge i quali, a loro volta, recepiscono la normativa adottata in sede europea. Sul punto P. de GIOIA CARABELLESE, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, Bari, 2020, *passim*.

[87] Corte cost., 13 aprile 1957, n. 50, Corte cost., 25 maggio 1957, n. 60, Corte cost., 23 giugno 2010, n. 270, Corte cost., 25 gennaio 2012, n. 20.

[88] L'accento è stato posto sulla circostanza in base alla quale "la progressiva caduta dei tradizionali steccati tra potere esecutivo e potere legislativo, dovuta a vari fattori (crisi della rappresentanza politica, rilevanza delle amministrazioni indipendenti, tendenza a spostare le decisioni dagli atti puntuali agli atti di regolazione, pervasività del diritto sovranazionale in alcune materie come quella ambientale, etc.), non opera nel segno dell'immunità del potere, ma, al contrario, dell'estensione delle garanzie, sia nel caso di "amministrativizzazione" del procedimento legislativo". G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3/2012, 369.

[89] F. CINTIOLI, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge provvedimento e valore di legge,* Relazione al 46° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 21-23 settembre 2000, Milano, 2001, 106.


ISSN 2036-7821

Prima di affrontare i riflessi che le leggi-provvedimento riproducono sul sistema della tutela giurisdizionale, è opportuno precisare che l'ordinamento costituzionale non contempla una riserva di atto amministrativo[90] dalla quale enucleare un divieto per il Parlamento di regolare tramite legge situazioni che possiedono contenuto amministrativo o di graduare in modo dettagliato il proprio intervento. Appare chiaro, di conseguenza, che al legislatore è riconosciuta la possibilità di sostituirsi all'Amministrazione tramite l'adozione di atti aventi un contenuto provvedimentale a condizione che gli stessi non possiedano come unico scopo finale quello di ledere in maniera diretta la sfera giuridica dei cittadini[91].

Nonostante questa precisazione, ritenuta indispensabile ai fini della trattazione, permangono le distorsioni che il ricorso all'istituto della legge provvedimento determina per quanto attiene all'attività dell'Amministrazione. A quest'ultima viene sottratto il compito del provvedere e, allo stesso tempo, al giudice amministrativo viene precluso l'esercizio del sindacato sull'esercizio del potere amministrativo.

Il sindacato in materia di leggi-provvedimento appartiene, quindi, al Giudice delle Leggi[92]: è proprio la legge a contenuto provvedimentale a far sorgere la giurisdizione della Corte forgiando gli ambiti di tutela del cittadino che risulta essere leso dalla legge in questione. Per parte della dottrina,[93] sarebbe proprio la caratteristica del giudizio di legittimità costituzionale[94] a essere meno soddisfacente per il cittadino rispetto al sindacato che potrebbe essere svolto dal Giudice amministrativo.

Con particolare attenzione alle modalità di accesso, in Italia, il giudizio di legittimità non riconosce al cittadino, che si assume essere leso, delle forme di accesso diretto posto che è contemplato solamente un accesso incidentale che può essere instaurato solamente a partire da un giudizio già pendente[95] e a condizione che il giudice del

[90] G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl., op. cit.*, 321 ss. Viene sostenuto che l'ordinamento giuridico italiano, nonostante non contenga una riserva di amministrazione, predispone una riserva di atto amministrativo in forza della quale in alcune materie o rapporti può intervenire in via provvedimentale solamente l'Amministrazione.

[91] S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, *op. cit.*, 4 ss.; G.U. RESCIGNO, *leggi provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl., op. cit.*, 319 ss. F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 19 ss.

[92] Per ragioni ovvie si tratta di un sindacato differente da quello che verrebbe svolto dal Giudice amministrativo in relazione ai normali e comuni atti amministrativi.

[93] G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi provvedimenti, op., cit.*

[94] Si ricorda che esso possiede, quale caratteristica peculiare, quella di essere ad accesso incidentale, di essere un sindacato di mera ragionevolezza, di non prevedere la sussistenza di misure cautelari, la mancata impugnazione della sentenza ed infine l'inutilizzabilità del rimedio risarcitorio.

[95] Sul punto, il Consiglio di Stato ha statuito che "se è vero che la Corte [costituzionale], al fine di assicurare piena tutela alle situazioni soggettive degli amministrati che si assumano lese da una norma di legge a contenuto sostanzialmente provvedimentale, assume un approccio ampio sulla rilevanza delle questioni di costituzionalità (e, quindi, […], anche sui rapporti tra giudizio di costituzionalità e giudizio *a quo*), ciò nondimeno deve escludersi l'impugnabilità diretta della legge-provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, dovendo il giudizio di costituzionalità conservare il proprio carattere incidentale, e quindi muovere pur sempre dall'impugnazione di


ISSN 2036-7821

giudizio principale abbia valutato la questione come non manifestamente infondata e rilevante. A questo si deve aggiungere che, il giudizio che viene svolto dalla Consulta è di mera ragionevolezza plasmato per leggi generali e astratte e che, ovviamente, si differenzia dal sindacato del giudice amministrativo, sicuramente più intenso, in quanto diretto ad accertare il vizio di eccesso di potere[96]. Si assiste, altresì, a una frizione con il principio di effettività della tutela che può essere captata nell'ipotesi in cui la lesione riguardi situazioni giuridiche soggettive sancite da norme sovranazionali. In detta ipotesi, il conflitto che si viene a instaurare tra legge nazionale e norme europee richiederebbe la disapplicazione della legge provvedimento in ossequio al primato dell'ordinamento sovranazionale sull'ordinamento italiano[97].

Il rimedio della disapplicazione potrebbe essere rivolto esclusivamente alle regole processuali del giudizio di legittimità costituzionale che limitano i diritti di partecipazione e di difesa del destinatario dell'atto[98].

Cone già evidenziato in precedenza, la stessa Corte costituzionale non ritiene sussistere una menomazione del principio di effettività della protezione giurisdizionale[99] in quanto, le tutele apprestate dal giudizio amministrativo e da quello costituzionale sarebbero equivalenti tra di loro. Adottando questa impostazione, i destinatari lesi dal contenuto della legge provvedimento sarebbero tutelati da uno "scrutinio stretto di costituzionalità" da riferire sia al profilo della non

---

un atto amministrativo (sulla cui qualificazione in termini di lesività e impugnabilità, a sua volta la giurisprudenza amministrativa adotta un approccio peculiare rispetto ai comuni principi proprio in quanto trattasi di atti direttamente applicativi di una legge- provvedimento: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 4933, laddove si afferma chiaramente che "in ipotesi di leggi provvedimento l'unica possibilità di tutela per i cittadini è quella di impugnare gli atti applicativi delle stesse, anche se di contenuto vincolato rispetto alla legge, deducendo l'incostituzionalità della stessa") rispetto al quale la norma di legge si ponga quale presupposto". Cons. Stato, sez IV, 22 marzo 2021, n. 2409. In altri termini, non è consentito ai privati impugnare direttamente la disposizione normativa e non gli atti amministrativi di quest'ultima al fine di cercare di ottenere una declaratoria di illegittimità costituzionale della norma impugnata.

[96] R. MANFRELLOTTI, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2010, 3745 ss.

È stato evidenziato che, "la collocazione al di sotto della soglia comunitaria delle garanzie offerte dal giudizio costituzionale sembra confermata da almeno quattro circostanze: la mancata previsione dell'impugnazione diretta della legge al giudice costituzionale; il condizionamento del sindacato di costituzionalità al vaglio del giudice a quo su rilevanza e non manifesta infondatezza; l'atteggiarsi dello scrutinio di ragionevolezza ad una intensità inferiore al controllo del giudice amministrativo sull'eccesso di potere; la carenza di adeguate misure cautelari". F. CINTIOLI, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge provvedimento e valore di legge*, *op. cit*., 129.

[97] G. TULUMELLO, *Leggi-provvedimento e diritto dell'U.E.: nuovi percorsi di tutela,* in *La rivista nel diritto*, 2012, 151 ss.

[98] Questa posizione troverebbe continuità con quella parte della dottrina che dubita della legittimità delle leggi-provvedimento che incidono in maniera negativa sulla sfera giuridica degli amministrati posto che viene denunciata la violazione dei principi e delle garanzie che presiedono il giusto procedimento. G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, *op. cit*., 326 ss.

[99] Corte cost., 9 luglio 2008, n. 288.


ISSN 2036-7821

irragionevolezza sia a quello della non arbitrarietà dell'atto[100] posto che, al crescere del contenuto provvedimentale dell'atto legislativo oggetto del sindacato corrisponderà lo svolgimento di un giudizio maggiormente rigoroso a opera della Corte costituzionale[101].

Alla luce delle criticità che le leggi-provvedimento possiedono, la Consulta ha indicato dei principi, sia al legislatore statale sia a quello regionale, da rispettare nel momento di adozione di detti leggi, ossia la necessità che le stesse siano ispirate ai principi di ragionevolezza, eguaglianza e imparzialità[102]. Altro aspetto problematico delle leggi in luogo del provvedimento attiene alla elusione delle garanzie

---

[100] Corte cost., 20 maggio 1998, n. 185; Corte cost., 2 luglio 2008, n. 241.

A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale,* in *Dir. e soc.*, 1975, 561 ss.; A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi,* in *Enc. giur. Treccani*, *Agg.*, vol. III, Roma 1994, 18 ss.; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazione di ragionevolezza delle leggi*, Torino, 1996, 9 ss.; A. PORPORATO, *Sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi-provvedimento: il controllo stretto di ragionevolezza*, in *Giust. civ.*, 2005, 539 ss.

[101] "Il diritto di difesa concesso ai soggetti espropriati non risulterà annullato, ma verrà a connotarsi secondo il regime tipico dell'atto legislativo adottato, trasferendosi dall'ambito della giustizia amministrativa a quello proprio della giustizia costituzionale". Corte cost., 9 gennaio 1997, n. 2.

Nella medesima direzione, il Tar Lazio ha sostenuto che la tutela del cittadino risulta essere rafforzata dal sindacato svolto dalla Corte costituzionale posto che, il "sindacato costituzionale di ragionevolezza" sarebbe "ancora più incisivo di quello giurisdizionale sull'eccesso di potere" poiché, così facendo, l'ordinamento attribuirebbe "al privato, seppur nella forma indiretta della rimessione della questione da parte del giudice amministrativo, una forma di protezione ed una occasione di difesa pari (se non maggiore) di quella offerta dal sindacato giurisdizionale". Tar Lazio, 21 aprile 2008, n. 3356.

Più recentemente, il Giudice delle Leggi ha precisato che, non è preclusa alla legge ordinaria o regionale la possibilità di disciplinare materie che normalmente sono affidate all'autorità amministrativa. In detta ipotesi, non si realizzerebbe un *vulnus* al diritto di difesa del cittadino poiché lo stesso troverà soddisfatta la propria tutela sul piano della giurisdizione costituzionale e non su quello della giurisdizione amministrativa. Corte cost. 289/2010.

Nonostante la chiara e costante posizione assunta dalla giurisprudenza, sia costituzionale che amministrativa, si ritiene che il sindacato che può essere svolto dal giudice amministrativo debba essere ritenuto più intenso rispetto a quello che viene effettuato in sede di giudizio di legittimità costituzionale almeno per due motivi. In primo luogo il giudice amministrativo possiede una maggiore attitudine nel sezionare l'esercizio della funzione amministrativa accompagnato da un vasto insieme di poteri istruttori e di cognizione. Lo sviluppo degli studi che sono stati effettuati rispetto al vizio di eccesso di potere hanno indotto il giudice amministrativo a svolgere una indagine maggiormente approfondita circa la funzione amministrativa alla quale si ricollega un potere che può essere definito come pieno e diretto per quanto concerne l'accesso al fatto.

In secondo luogo, il sindacato della Corte risulta essere perimetrato ai soli profili di irragionevolezza e di arbitrarietà dell'atto amministrativo. A ciò si deve aggiungere che, il giudizio di legittimità costituzionale di un atto legislativo non solo possiede un ambito ridotto ma si traduce in valutazioni che arrivano a sanzionare solamente i casi limiti, in più la Corte costituzionale possiede dei poteri cognitivi limitati di accesso al fatto, fa ricorso a uno strumentario istruttorio limitato e, infine, non può adottare misure cautelari e nemmeno condannare al risarcimento del danno. Corte cost., 5 febbraio 1992, n. 66.

[102] "Qualora il legislatore ponga in essere un'attività a contenuto particolare e concreto, devono risultare i criteri ai quali sono ispirate le scelte e le relative modalità di attuazione" in quanto "la mancata precisione costituzionale di una riserva di amministrazione, non può giungere fino a violare l'eguaglianza tra i cittadini". Corte cost. n. 137/2009.

"In norme siffatte è insito il pericolo di un arbitrio, connesso alla potenziale deviazione, in danno di determinati soggetti, dal comune trattamento riservato dalla legge a tutti i consociati". Corte cost. n. 64/2014, Corte cost. n. 182/2017.


ISSN 2036-7821

procedimentali. Precisamente, il legislatore si surroga all'amministrazione per quanto attiene all'esercizio delle funzioni ma, non osserva il regime giuridico predisposto per gli atti amministrativi aderendo solamente al procedimento disciplinato dagli artt. 70 ss Cost. Quello che si vuole evidenziare è che, la legge provvedimentale risponde solamente alle regole che disciplinano la funzione legislativa non potendo, di conseguenza, il privato beneficiare delle garanzie proprie del procedimento amministrativo, ossia, comunicazione di avvio, valutazione degli atti e documenti presentati, preavviso di rigetto, motivazione del provvedimento finale.

Si realizza una frizione tra due interessi contrapposti: l'autonomia della funzione legislativa e i diritti partecipativi del privato. Nel contrasto tra questi due poli opposti, l'ordinamento giuridico fornisce prevalenza alla sovranità politica pervenendo, però, a violare i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione che vedono la propria attuazione negli istituti partecipativi[103].

Per quanto attiene il sindacato "stretto" di legittimità costituzionale, che dovrebbe essere svolto dal Corte in relazione alle leggi-provvedimento, lo stesso non è mai stato precisato[104]. In dottrina venne avanzata l'ipotesi che il sindacato di legittimità

[103] Si evidenzia che, per giurisprudenza costituzionale, i principi che presiedono il giusto procedimento amministrativo non godono di *status* costituzionale: "il disposto dell'art. 97 si prefigge - nella direttiva costituzionale per la regolamentazione delle pubbliche attività, obiettivate a conseguire buon andamento ed imparzialità - la predisposizione di strutture e di moduli d'organizzazione, volti ad assicurare, appunto, ed attraverso questa, un'ottimale funzionalità. Il che non esclude che il legislatore ordinario possa indirizzarsi anche verso altri (e in aggiunta) canoni di garanzia, oltre quello della organizzazione la più corretta: fra questi, la cosiddetta procedimentalizzazione dell'amministrazione, giusta modelli contenziosi o paracontenziosi cui, in effetti, sembrano tendere concretamente le richieste in causa. Orbene, con norme di condotta troppo eccessivamente minuziose, imposte alla amministrazione pubblica, lungi dall'ottenersi sempre fattiva garanzia, potrebbero, invece, sussistere inconvenienti, anche gravi, di ristagno. Ma a tacer di ciò, é certo - in ogni caso - che il dovere di adesione obbligatoria a modelli di procedimento amministrativo del genere, con la attiva partecipazione concomitante perenne, cioé, dei soggetti privati, non é desumibile dalla disposizione dedotta (art. 97), non potendosi ravvisare costituzionalizzato, per le considerazioni più sopra esposte circa la portata dell'invocato parametro, il cosiddetto principio del "giusto procedimento" (e in tali sensi, ancora la sentenza n. 23/1978)". Corte cost., 22 ottobre 1985, n. 234.

[104] "Difetta ancora nella giurisprudenza costituzionale un chiaro enunciato di quelli che sono i requisiti di un rigoroso scrutinio di costituzionalità e di quelli che sono, invece, gli elementi del generale controllo di ragionevolezza, come pure la formalizzazione di eventuali gradini intermedi, in questo campo". A. CERRI, *Scrutinio piu`o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di uguaglianza, imparzialita`e buon andamento*, in *Giur. Cost.*, 1999, 1137. Cfr. M. LUCIANI, *Si` alle leggi provvedimento*, in *Giur. Cost.*, 1995, 2608 ss; A. PORPORATO, *Sindacato di legittimita` costituzionale sulle leggi- provvedimento: il controllo stretto di ragionevolezza*, in *Giur. Civ.*, 2005, I, 539 ss; C. PINELLI, *In tema di scrutinio stretto sulle leggi-provvedimento*, in *Giur. Cost.*, 2002, 3236; C. PINELLI, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3739-3740; A.S. AGRO`, *Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio d'eguaglianza*, *in Giur. Cost.*, 1967, 900 ss; F. SORRENTINO, *Garanzia giurisdizionale de diritti degli interessi e leggi provvedimento*, in *Giur. Cost.*,1991, 2780 ss; F. ZAMMARTINO, *Corte costituzionale e leggi provvedimento (noterelle a margine dell'ordinanza n. 72/2015)*, in *Scienze e ricerche*, n. 21/2016, 75.


ISSN 2036-7821

costituzionale, avente a oggetto le leggi provvedimento, dovesse assumere rilevanza, non in relazione al fine che viene perseguito nel sistema dei valori costituzionali ma, per quanto concerne la congruità del mezzo prescelto[105], ossia la legge provvedimento, rispetto al fine che si vuole perseguire[106]. In maniera eguale è stato evidenziato che, "lo scrutinio di ragionevolezza e non arbitrarietà, che risulta, sotto un certo aspetto, in uno stretto riscontro tra la *ratio* della norma impugnata e principi costituzionali quali la parità di trattamento, l'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione, il principio del legittimo affidamento, sotto un altro, nello stabilire l'opportunità e la necessità della norma adottata riguardo al fine da raggiungere nel caso concreto, finisce per assumere le caratteristiche di un giudizio sull'esercizio della funzione legislativa, un giudizio sulle ragioni che hanno spinto il legislatore a deviare dall'ordinario rapporto tra il provvedere e il disporre, ricorrendo proprio ad una legge dal contenuto puntuale e concreto. In altre parole, la legge impugnata sarà si sindacata sulla non arbitrarietà del contenuto, ma soprattutto sulla congruità dello strumento adoperato rispetto al fine da raggiungere[107]".

Nonostante quanto appena esposto, risulta essere opinione condivisa che, in ipotesi assai rare, è stato possibile definire lo scrutinio della Consulta come "stretto[108]". A

---

[105] C. DI MARTINO, *Considerazioni sull'ammissibilità delle leggi-provvedimento: il caso del finanziamento del «Teatro Eliseo» al vaglio della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 22/2021.

[106] Questa affermazione viene giustificata sulla scorta dell'assunto secondo cui "le leggi provvedimento si presentano come «sospette» per il loro «carattere esteriore di generalità non pienamente dispiegata; ed il dubbio di un privilegio... viene eliminato non necessariamente in relazione al particolare pregio del detto scopo sebbene solo dimostrando la legittimità del fine stesso e la non praticabilità di altro mezzo diverso da quello prescelto". A. CHIAPPETTA, *I limiti al sindacato giurisdizionale amministrativo in tema di variazioni territoriali comunali: giudizio costituzionale e controllo sulla legge-provvedimento*, in *Forumcostituzionale.it.*; I. FERMANI, *La Consulta chiarisce ancora riguardo al sindacato sulla legge-provvedimento, Nota a Corte costituzionale, sentenza 27 luglio 2020, n. 168,* in *Ildirittoamministrativo.it*.

[107] F. ZAMMARTINO, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, in *RivistaAic*, n. 4/2017, 23.

In maniera analoga "le modalità utilizzate dalla Corte per effettuare uno scrutinio stretto alla luce della sua giurisprudenza possono sintetizzarsi: nel forte richiamo dei precedenti sul tema, ed è questa la linea argomentativa maggiormente seguita; nella ricostruzione della *ratio* della norma, anche alla luce dei lavori preparatori e delle motivazioni che hanno indotto il legislatore ad una simile soluzione; nella comparazione di tale *ratio* con altri valori, variamente individuati, disgiuntamente o congiuntamente, nella parità di trattamento, nelle garanzie giurisdizionali, nell'imparzialità e nel buon andamento; nella valutazione della congruità e della necessità dello strumento normativo adoperato rispetto all'obiettivo da raggiungere nel caso concreto. Tali strumenti evidenziano che il sindacato "stretto" sulle leggi provvedimento si risolve in giudizio sui "motivi" che giustificano lo "sviamento" dall'ordinario rapporto tra prevedere (spettante al legislatore) e provvedere (spettante all'amministrazione". D. BELVEDERE, *Lo scrutinio di costituzionalita` delle leggi provvedimento: variabilita` della soluzione ed "evanescenza" dei relativi criteri utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale. Nota a Corte cost. n. 289/2010*, in *Rivista A*ic, n. 1/2011, 5.

[108] "Si è ben lontani dal rilevare che la Corte abbia innescato un penetrante e sostanziale controllo sulla correttezza dell'esercizio del potere legislativo, che consenta di verificare direttamente l'attendibilità del giudizio tecnico adottato dal legislatore". F. ZAMMARTINO, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle corti nazionali, op., cit.*, 24. Cfr., A. CERRI, *Scrutinio piu`o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia*


ISSN 2036-7821

contrario, è stato sottolineato che la valutazione svolta in sede di sindacato di legittimità costituzionale è sembrata assomigliare a un vaglio di ragionevolezza della legge, condotto "attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti[109]".

Nel contesto di cui si sta discutendo, la Corte ha escluso *en tranchant* che, a seguito del riconoscimento del carattere provvedimentale di una norma, possa derivare "l'accertamento della violazione dei principi che presiedono all'attività amministrativa possa essere integralmente invocata anche in caso di leggi provvedimento, conducendo ad un sindacato equipollente, nei criteri e nei modi, a quello al quale è soggetto l'esercizio della discrezionalità amministrativa". Per orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale, l'attrazione nella competenza del legislatore di una materia che sarebbe stata rimessa all'autorità amministrativa determina la sostituzione della legge al provvedimento ma non il mutamento dei tratti costitutivi dell'atto stesso[110].

Si tratta di un passaggio che è stato esplicato in occasione della verifica circa la motivazione che accompagna l'intervento legislativo. A tal proposito, il Giudice delle Leggi, ricordando che in linea generale il Legislatore non deve motivare le proprie scelte, nel caso di adozione di una legge provvedimento, le motivazioni che hanno condotto all'adozione della stessa possono essere utili non solo nell'agevolare l'interprete nell'attività di comprensione dell'intervento normativo ma possono essere anche funzionali nell'orientare l'eventuale sindacato di legittimità costituzionale che la Corte dovesse svolgere[111]. Con riferimento a quest'ultima

---

*dei principi di uguaglianza, imparzialita` e buon andamento*, in *Giur. Cost.*, 1999, 1137; F. FERRARI, *Il giudizio comparativo tra atti colpisce anche la fonte primaria statale: ancora su riserva di amministrazione e leggi-provvedimento (nota a C. cost. n. 116 del 2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020, 136 ss.; D. BELVEDERE, *Lo scrutinio di costituzionalita` delle leggi provvedimento: variabilita` della soluzione ed "evanescenza" dei relativi criteri utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale. Nota a Corte cost. n. 289/2010*, in *RivistaAIC*, n. 1/2011. A. CARDONE, *Le leggi-provvedimento e le leggi auto applicative*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 394; G.U. RESCIGNO, *Ancora sulle leggi-provvedimento, sperando che la corte cambi opinione*, *Giur. Cost.*, 2008, 2882; L. CARLASSARE, *Garanzia dei diritti e leggi- provvedimento*, in *Giur. Cost.*, 1986, 1493; G. FONTANA, *Legge provvedimento regionale contra personam e scrutinio stretto di costituzionalita`: un'occasione mancata*, in *Giur. Cost.*, 2014, 3786 ss.

[109] Corte cost. n. 1130/1988.

[110] Corte cost. n. 14/1964.

[111] In tal senso, "benché, in linea di principio, il legislatore non abbia l'obbligo di motivare le proprie scelte, ugualmente ciò non gli è affatto precluso, ed anzi, specie a fronte di un intervento normativo provvedimentale, può proficuamente contribuire a porne in luce le ragioni giustificatrici, agevolando l'interprete e orientando, in prima battuta, il sindacato di legittimità costituzionale". Corte cost. n. 14/1964 e n. 379/1964.

La Corte non può "limitarsi a verificare la validità o la congruità delle motivazioni, ovvero del corredo lessicale con cui si esprime la ragione della scelta, posto che la sua competenza attiene ad "accertare se la norma esprima interessi affidati alla discrezionalità legislativa, e regolati in forma compatibile con la Costituzione". Corte cost. n. 10/2000.


ISSN 2036-7821

ipotesi, la Consulta ha evidenziato che, non può essere ritenuta "causa immediata di illegittimità costituzionale ogni eventuale inadeguatezza della motivazione esplicitata dal legislatore" poiché diviene necessario, per ciascuna norma dal carattere provvedimentale, "accertare in maniera stringente se siano identificabili interessi in grado di giustificare la legge, desumibili anche in via interpretativa, perché devono risultare i criteri che ispirano le scelte realizzate, nonché le relative modalità di attuazione attraverso l'individuazione degli interessi oggetto di tutela[112]".

*5. Le leggi-provvedimento tra Corte costituzionale italiana e Corte di Giustizia.*

L'aspetto particolarmente problematico della legge provvedimento attiene alla sottrazione della decisione al controllo giurisdizionale ponendosi in contrasto non solamente con le disposizioni costituzionali in materia di diritto di difesa ma anche con quelle sancite dal diritto europeo.

A tal proposito, è possibile richiamare una pronuncia della Corte di Giustizia dell'Ue[113] emessa in tema di V.I.A. e di concessione di infrastrutture. In essa, la Corte statuisce la necessità che l'ordinamento nazionale preveda che un organo giurisdizionale possa conoscere della controversia anche nell'ipotesi in cui l'approvazione di progetti venga disposta con legge.

---

"Così con penetrazione assai più incisiva di quella limitata al percorso motivazionale esplicito", la Corte ha rilevato di essere tenuta ad "individuare la causa ultima della norma, quale componente razionalmente coordinata nel più vasto insieme dell'ordinamento. Infatti, il "tessuto normativo" presenta «una "motivazione" obiettivata nel sistema, che si manifesta come entità tipizzante del tutto avulsa dai "motivi", storicamente contingenti» (sentenza n. 89 del 1996), e, eventualmente, ulteriore rispetto alla formula verbale con cui il legislatore storico cerca di esprimerla". Corte cost. n. 89/1996.

Per quanto attiene al fenomeno delle leggi provvedimento, precisamente, "il sindacato di costituzionalità sulla norma provvedimentale diviene davvero effettivo solo se attinge alla razionalità oggettiva della disposizione censurata, per come essa vive nell'ordinamento e per gli effetti che vi produce". Corte cost. n. 168/2020.

[112] Corte cost. n. 182/2017, 137/2009 e 270/2010.

È stato evidenziato in dottrina che, "il sindacato sulle leggi provvedimento è proprio una di quelle situazioni nelle quali la Corte non può prescindere dall'analizzare il contenuto della legge, valutandone i presupposti che hanno condotto all'adozione della stessa. Infatti, se quella che è la normale fisiologia del rapporto tra disporre e provvedere, subisce con tale categoria di atti una "deviazione", la Corte deve poter accertare entro quali limiti possa essere ammessa una simile operazione. Quindi, la Corte, nel valutare la congruità della norma rispetto al fatto, non può che prendere in considerazione le specifiche esigenze che hanno indotto il legislatore a ritenere preferibile la disciplina concreta rispetto a quella generale ed astratta che avrebbe dovuto rappresentare la "regola". Ciò comporta un'analisi del corretto esercizio della discrezionalità del legislatore: operazione che viene effettuata attraverso la verifica dell'eccesso di potere per individuare le ipotesi di sostituzione del legislatore all'attività dell'amministrazione. Una simile verifica, necessitando uno stringente controllo sulle motivazioni che sorreggono l'adozione di una legge in luogo di provvedimento, fa riemergere il problema di una motivazione degli atti normativi, almeno di quelli che presentano carattere eccezionale". D. BELVEDERE, *Lo scrutinio di costituzionalità delle leggi provvedimento: variabilità della soluzione ed "evanescenza" dei relativi criteri utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale*, in *RivistaAIC*, n. 1/2011, 6. M. AINIS, *La regola e l'eccezione*, in *Giur. cost.*, 1993, 894 ss.

[113] Corte di Giustizia Ue, Grande Sezione, 18 ottobre 2011, C-128/09, C-131/09 e C-135/09 *Boxus e altri*. Corte di Giustizia Ue, sez. IV, 16 febbraio 2012, causa C-182/2010, *Solvay e altri*.


ISSN 2036-7821

Per la Corte di Giustizia, precisamente, non risulta essere conforme alla disciplina europea[114] "un atto legislativo che non faccia altro che ratificare puramente e semplicemente un atto amministrativo preesistente, limitandosi a constatare l'esistenza di motivi imperativi di interesse generale, senza il previo avvio di una procedura legislativa nel merito[115]". Compito degli Stati membri, infatti, è quello di assicurare la presenza di un giudice che possa controllare la validità sostanziale e procedurale della legge. L'operazione svolta dalla Corte, quindi, è stata definita dalla dottrina come "un avvicinamento tra il regime della legge-provvedimento e del provvedimento amministrativo" con la precisazione che, il ricorso allo strumento legislativo, piuttosto che a quello amministrativo, non può realizzare una elusione delle regole sostanziali e procedurali[116].

In maniera ancora più approfondita, si pone la questione concernente la compatibilità delle regole stabilite in tema di *full jurisdiction*[117] alla luce della necessità di assicurare un controllo giurisdizionale che possa essere definito come pieno ed effettivo[118]. In altri termini, la legge provvedimento è interpretabile proprio come una delle manifestazioni dello stato di eccezione[119] poiché integra una deroga alle

---

[114] In tal senso, dunque, appare difficile riuscire a conformare l'istituto della legge provvedimento alle dinamiche e alle regole proprie del diritto comunitario sembrando incompatibili non solamente con i precetti di origine europea ma, altresì, con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. S.M. CORSO, *Tutela della produzione e dell'occupazione versus tutela della salute e dell'ambiente: un caso di "legge provvedimento" all'ombra dell'Ilva di Taranto*, in *Nuove Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, numero straordinario, 2022, 237 ss.

[115] C-135/09 *Boxus e altri*.

[116] M. MASSA, *La legge-provvedimento come provvedimento (o quasi)*, in *http://dirittiregionali.org/2012/04/02/corte-di-giustizia-c-1822010-la-legge-provvedimento-comeprovvedimento-oquasi/#more-4356*.

[117] Il riferimento va all'art. 6 CEDU il quale enuncia il diritto di ogni persona "a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole, da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge", che "sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti". Ulteriore riferimento è all'art. 13 CEDU secondo cui "ogni persona, i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali".

Infine, è possibile citare l'art. 47 della Carta di Nizza secondo cui "ogni individui i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinnanzi a un giudice" cioè viene richiesto che la sua causa "sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente, ed imparziale, precostituito per legge" a cui si deve aggiungere il diritto di "farsi consigliare, difendere e rappresentare". Per un approfondimento sull'art. 47, G. VITALE, *L'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n.3/2021, 638 ss.

[118] G. RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *PA, Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 9 ss. M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, in *PA, Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 25 ss. E. WIEDERIN, *Protezione ambientale o ampliamento aeroportuale? Il principio di full jurisdiction nell'ordinamento austriaco*, in *PA, Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 337 ss.

[119] "Partendo dal presupposto certo che una proliferazione incontrollata del fenomeno delle leggi provvedimento non fa altro che alterare, o meglio, invertire il rapporto tra regola ed eccezione in quanto determina l'introduzione di una serie di deroghe straordinarie alle prescrizioni generali vigenti, ci si chiede se lo


ISSN 2036-7821

garanzie giurisdizionali[120]. L'idea centrale attiene al diritto fondamentale di ciascun soggetto di agire in giudizio avverso alle decisioni dell'autorità ricorrendo a un giudice che possa entrare nel merito della controversia a prescindere dal contenuto formale della decisione assunta[121], precisamente il rango legislativo, considerando l'aspetto sostanziale-materiale, ossia di atto amministrativo[122].

---

Stato in cui viviamo sia ormai divenuto di eccezione o di emergenza e se sia prevalentemente fondato sulle leggi provvedimento piuttosto che sulle leggi ordinarie formali. Ci si chiede, dunque, se l'involuzione dello "*Stato di diritto*" sia orientata verso l'affermazione di un nuovo "*Stato Amministratore o Stato di Amministrazione*" e quindi se l'eccezione abbia a questo punto soppiantato la regola". B. G. DI MAURO, *Una nuova stagione per le leggi provvedimento? Le leggi provvedimento nel panorama sociale e giuridico italiano dalla prospettiva dei diritti: dall'erosione del sindacato stretto di costituzionalità alla slatentizzazione della riserva di amministrazione?* In *PA Persona e Amministrazione*, n. 2/2021, 276-277.

A corroborare la tesi poc'anzi esposta, la "legalità" delle leggi-provvedimento è lecita a condizione che sia eccezionale. C. CHIMENTI, *Organi bicamerali funzionalità del Parlamento. Contributo a una discussione*, in *Il Politico*, n. 1/1977, 152.

[120] Per parte della dottrina la garanzia che viene offerta dalle Corti costituzionali e dalle Corti Supreme è idonea ad assicurare un risultato coerente con i principi fondamentali condivisi e non determinato dalla ricerca del consenso immediato. G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, 2005. J. RAZ, *Ethics in The Public Domain*, Oxford, 1995. S. HAMPSHIRE, *Justice Is Conflict*, Princeton, 2001.

Per la potenziale assimilazione tra il giudizio costituzionale e quello del giudice amministrativo è stato evidenziato che, "non sempre si attribuisce alle decisioni della Corte costituzionale sulla legislazione provvedimentale effetti *erga omnes;* ciò si verifica soprattutto quando l'oggetto della sentenza costitutiva, che sancisce l'annullamento di un atto concernente un rapporto ben definito, porta a contenerne gli effetti entro i medesimi confini oggettivi e soggettivi propri dei pronunciamenti dei giudici amministrativi". F. ZAMMARTINO, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle Corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativo e tutela dei diritti*, in *RivistaAIC*, n. 4/2017, 19.

R. CHIEPPA, *Leggi- provvedimento e giudicato ipotetico della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 1156 ss.

[121] Dottrina contrapposta ha ritenuto che, "la diversità di regime intercorrente nell'ordinamento attuale, tra atto di normazione primaria ed atto amministrativo determina soltanto un mutamento nel livello e nelle modalità della garanzia giuridica, non la negazione della garanzia stessa, dal momento che questa si viene in ogni caso a manifestare, sia pure con gradazioni diverse, tanto in sede preventiva di formazione dell'atto, quanto in sede successiva di eventuale impugnazione da parte dei soggetti lesi dall'atto già formato". E. CHELI, *Potere regolamentare struttura costituzionale,* Milano, 1967, 312-313.

[122] L. R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione, op., ult. cit,* 1038, secondo cui "il problema della legge-provvedimento in quanto strumento che limita le garanzie giurisdizionali è proprio quello di assicurare alla politica la capacità di travolgere diritti e istituzioni in nome dell'effettività dei risultati che intende perseguire e, quindi, in forza di una certa visione del conflitto politico. Queste limitazioni dell'agire politico sono comunemente ritenute necessarie per assicurare la convivenza, per evitare che il conflitto politico si faccia arbitro di ciò che invece deve essere garantito in modo giusto e ragionevole. Dal punto di vista della persona, titolare di diritti compressi dalla legge-provvedimento, la questione dell'efficacia formale della decisione dell'autorità appare poco rilevante. Infatti, se ciascuno ha il diritto fondamentale ad agire in giudizio contro le decisioni dell'autorità e l'autorità ha come compito principale quello di garantire i diritti individuali, il giudice dovrà poter decidere della controversia prescindendo dal contenuto formale della decisione (di rango legislativo) e considerando quello materiale (di atto amministrativo)".

Per quanto attiene al concetto di Autorità, è possibile sostenere che esso rappresenta "il concetto fondamentale nel diritto pubblico nei nostri moderni Stati autoritari, è non solo secondo la lettera, ma anche dal punto di vista dei contenuti, comprensibile solo a partire dal diritto romano dell'età del principato" S. WENGER, *Römisches Recht in Amerika*, in *Studi in onore di Enrico Besta*, Giuffrè. 1937-1939, p. 152; C. DELLA GIUSTINA, *Diritto dell'emergenza e ordinamento democratico. Un'analisi di sistema delle emergenze globali tra decisioni politiche e tecniche, op. cit.*

Sempre in tema di sindacato giurisdizionale, nonostante la Corte costituzionale medesima definisca lo scrutinio di legittimità costituzionale, in tema di leggi-provvedimento, come "*strict scrutiny*[123]" in ipotesi assai rare lo stesso è stato concretamente esercitato in maniera stringente[124]. Non si è mai realizzato un controllo serrato[125] circa la correttezza dell'esercizio del potere legislativo che abbia consentito di verificare in maniera esatta il giudizio tecnico fatto proprio dal legislatore[126]. In altri termini, "dalla giurisprudenza costituzionale sembra emergere che esiste una "teoria", cioè che le leggi-provvedimento presentano di per sé un maggiore rischio di incostituzionalità[127] e richiedono, pertanto, uno scrutinio stretto; tuttavia, a differenza di quanto accade nell'ordinamento statunitense, lo *strict scrutiny* rimane tale solo "in theory", evaporando in un mero artificio retorico, privo di conseguenze pratiche. È come se vi fosse un doppio livello di astrazione: un primo, secondo cui le leggi-provvedimento sono intrinsecamente sospette, ed un secondo, che disinnesca il primo, che si fonda sull'idea per cui non vi è limite sostanziale alla funzione legislativa e, dunque, all'ammissibilità delle leggi-provvedimento[128]".

Ulteriore criticità delle leggi-provvedimento attiene alla funzione del procedimento legislativo ordinario disciplinato dagli artt. 70 ss Cost. Esso diviene destinatario di

---

[123] "The origins of this formula and its proliferation throughout constitutional law are neither well known nor easily traced". R. H. FALLON JR., *Strict Judicial Scrutiny,* in *UCLA Law Review*, n. 54/2017, 1274.

Cfr. K. YOSHINO, *The New Equal Protection* in *Harvard Law Review,* vol. 124/2011, 747 ss. A. WINKLER, *Fatal in Theory and Strict in Fact: an Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, in *Vanderbilt Law Review*, n.59/2006, 793 ss. O. O. VAROL, *Strict in Theory, but Accommodating in Fact?*, in *Missouri Law Review,* vol. 75/2010, 1243 ss. G. GUNTHER, *The Supreme Court 1971 Term. Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, in *Harvard Law Review*, vol. 86/1972, 1 ss. S. E. GOTTLIEB, *Tears for Tiers on the Rehnquist Court*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law,* vol. 4/2002, 350 ss.

In modo critico è stato sostenuto che "laws infringing upon fundamental rights are subject to strict scrutiny, but only some of those rights, only some of the time, and only when challenged by some people" A. WINKLER, *Fundamentally Wrong about Fundamental Rights,* in *Constitutional Commentary,* vol. 23/2006, 239.

[124] P. FALLETTA, *Leggi provvedimento e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 2002, 4439.

[125] Esso, tuttavia, non va esente dal determinare delle potenziali conseguenze negative: "non ci si dimentichi affatto che un altro eclatante 'caso' di *strict scrutinity* sulla ragionevolezza del legislatore ha 'condotto' ad esiti giurisdizionali così incerti (e potenzialmente 'scomodi') da 'suggerire' una vera e propria modifica costituzionale in occasione della revisione del Titolo V, del 2001". A. MITROTTI, *"Riserva di Amministrazione" versus "Amministrazione per Legge". Tendenze ed evoluzioni tra prassi politica, giurisprudenza ed una rilettura dogmatica*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2020, 16.

[126] F. SORRENTINO, *Garanzia giurisdizionale de diritti degli interessi e leggi provvedimento*, in *Giur. cost.*,1991, 2780 ss.

[127] È stato sottolineato che, qualora venisse costituzionalizzato il principio del giusto procedimento amministrativo esso produrrebbe due effetti in relazione alle leggi-provvedimento: la illegittimità costituzionale di esse, anche con riferimento a quelle statali, e la marginalizzazione, se non eliminazione, della problematica. B. G. DI MAURO, *Una nuova stagione per le leggi provvedimento? Le leggi provvedimento nel panorama sociale e giuridico italiano dalla prospettiva dei diritti: dall'erosione del sindacato stretto di costituzionalità alla slatentizzazione della riserva di amministrazione?*, *op. cit.*, 315-316.

[128] A. TURTURRO, *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi*, in *Gruppo di Pisa*, n. 3/2015, 24.


ISSN 2036-7821

una torsione nel momento in cui, alla legge subentrano altri poteri che non sono legislativi. Si assiste, *ergo*, a una discrasia tra quella che è la forma tipica dell'atto legislativo e lo scopo reale posto a fondamento dell'adozione dell'atto stesso[129].
Da ciò deriva che, le leggi-provvedimento, nonostante ritenute ammissibili e conformi al dettato della Carta costituzionale italiana, sviano da quella che può essere definita come la "normale produzione legislativa" rispetto alla quale l'unico strumento è dato dal controllo stretto di ragionevolezza che viene svolto dal Giudice delle Leggi.
Di conseguenza, sarebbe necessario che la Corte fornisse maggiore chiarezza circa l'estensione e il grado effettivo di sindacabilità[130] che essa stessa svolge nel momento in cui, oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, risulta essere una legge provvedimento[131].
In conclusione, è possibile evidenziare come sia davvero doveroso apprestare una tutela giurisdizionale, che possa definirsi come effettiva, al soggetto privato che si assuma essere leso da una disposizione contenuta in una fonte primaria avente carattere provvedimentale. Quanto appena sostenuto si giustifica sulla scorta della sempre maggiore esistenza di stati di emergenza. Come evidenziato in precedenza, infatti, il carattere provvedimentale di una legge o di un decreto-legge è intimamente connesso con una situazione di emergenza da "amministrare".
Il continuo susseguirsi di eventi emergenziali[132], che vedono l'intervento di leggi-provvedimento – in questo senso legge assume il significato di fonte primaria – ,determina non solamente una sempre maggiore distorsione del sistema delle fonti ma, altresì, una *deminutio* di tutela giurisdizionale per il privato.
È evidente, *ergo*, che la problematica delle leggi-provvedimento si inserisce, a sua volta, in un micro-cosmo di riflessione costituzionale assai ampio e destinato a

[129] Le leggi-provvedimento, infatti, integrerebbero "una delle lame nella tenaglia che sta progressivamente appiattendo ogni distinzione tra legislativo ed esecutivo per quanto riguarda la funzione legislativa", fenomeno che viene aggravato dalla "democrazia maggioritaria" responsabile dell'introduzione di un nuovo assetto diretto a esprimere un potere unitario di direzione politica che si declina, a sua volta, in "un continuum reale tra maggioranza parlamentare ed esecutivo, saldamente coesi da un flusso decisionale che ha nel governo il centro propulsivo". P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)* in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 345. O. CHIESSA, *La democrazia maggioritaria nell'interpretazione costituzionale della forma di governo,* in *Diritto Pubblico*, 2004, 19.

[130] È necessario, oltre che doveroso, che lo scrutinio che viene svolto in sede di legittimità costituzionale avente a oggetto una legge provvedimento possa essere definito realmente rigoroso al fine di evitare possibili abusi da parte del potere legislativo. Si rammenta, infatti, che "chiunque abbia potere è portato ad abusarne; egli arriva sin dove non trova limiti (...). Perché non si possa abusare del potere occorre che (...) il potere arresti il potere". C.L. MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle leggi*, Cap. IV Libro XI.

[131] D. BELVEDERE, *Lo scrutinio di costituzionalità delle leggi provvedimento: variabilità della soluzione ed "evanescenza" dei relativi criteri utilizzati dalla giurisprudenza costituzionale, op. ult. cit.*, 10-11.

[132] Per quanto attiene al susseguirsi di eventi emergenziali e la conseguente instaurazione di stati di eccezione che conducono a una continua amministrazione dell'emergenza, vedasi, come ultimo lavoro sul punto C. DELLA GIUSTINA, *Diritto dell'emergenza e ordinamento democratico. Un'analisi di sistema delle emergenze globali tra decisioni politiche e tecniche, op. cit.*


ISSN 2036-7821

incrementare sempre di più la propria portata rispetto al quale sarebbe necessario che proprio l'organo costituzionale deputato a garantire l'incolumità della Carta costituzionale assumesse una posizione garantista.

*6. Conclusioni*

Conclusioni e legge provvedimento sembra essere un ossimoro proprio per la complessità del fenomeno nonché per la stretta connessione che intercorre, come argomentato in precedenza, tra situazioni emergenziali e adozione di leggi aventi un'anima amministrativa. Di conseguenza, appare evidente che "il fenomeno delle leggi provvedimento sia destinato a mantenersi su un equilibrio precario rispetto a tutta una serie di interessi ed esigenze costituzionali"[133].

È evidente che situazioni di emergenza, che caratterizzano, appunto, quello che è lo Stato del rischio[134], ossia quello attuale, richiamino, quasi necessariamente, l'istituto della legge provvedimentale impedendo la possibilità di arrivare a una "conclusione" del fenomeno[135].

Nel contesto appena descritto, un sussidio non perviene nemmeno dalla giurisprudenza del Giudice delle Leggi la quale non risulta essere connotata da un indirizzo interpretativo costante che non consente, *ergo*, di essere di supporto per

[133] A. D'ALOIA, *La legge provvedimento tra teoria e giurisprudenza costituzionale*, *op. cit.*,34.

[134] Se si analizza la dottrina storico-giuridica si ha contezza che da sempre lo Stato ha dovuto prestare attenzione ai rischi: essi, nelle società dell'Anciént Regime attenevano alle epidemie che potevano colpire la popolazione e non erano riferibili ai rischi tecnologici. Successivamente, a partire dall'800, si inizia a discorrere di rischio derivante dalla esposizione della collettività alle possibili conseguenze prodotte dal sistema economico-industriale. L'aspetto critico dell'era contemporanea concerne la considerazione secondo cui tutto, potenzialmente, è divenuto evento idoneo a essere qualificato quale rischio. Il riferimento è, ovviamente, alla incessante evoluzione tecnologica, alle epidemie (non solamente si allude all'infenzione da Sars-Covid-19 ma anche al vaiolo delle scimmie), al rischio ambientale-climatico, al rischio bellico. Cfr. G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk distribution and the Law of Torts*, in *Yale Law Journal*, 1961, 499 ss.; U. BECK, *From Industrial Society to the Risk Society: Questions of Survival, Social structure and Ecological Enlightment*, in M. FEATHERSTONE, *Cultural Theory and Cultural Change*, London, 1992; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997; G. PARKER, *La rivoluzione militare. Le innovazioni militari e il sorgere dell'Occidente*, Bologna, 1992; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006.

[135] Sarebbe maggiormente corretto discorrere di riduzione del ricorso all'istituto delle leggi provvedimento piuttosto che conclusione del medesimo. L'aspetto che si vuole evidenziare è che fino a quando si continueranno a realizzare e verificare situazioni emergenziali vivrà il fenomeno, che a sua volta diventerà sempre più copioso, dell'amministrazione attraverso legge.


ISSN 2036-7821

quanto attiene allo svolgimento di un controllo adeguato[136] nelle situazioni in cui sia davvero necessario[137] ricorrere alla disciplina attraverso legge provvedimento[138].
Ne deriva che le progressive situazioni di emergenza imporranno, quasi necessariamente, di discorrere, addirittura, di emergenza della legge[139]. Con questa espressione si allude al progressivo abbandono della concezione classica di legge che rimanda, necessariamente, ai connotati della generalità e dell'astrattezza[140].
La domanda finale che può accompagnare e che può rappresentare il *fil rouge* di tutto il contributo concerne la necessità di chiedersi quali reali distorsioni possa provocare la continua presenza di uno stato di emergenza[141], sia essa economica, ambientale, bellica, sanitaria, e le ripercussioni che essa provoca sul sistema giuridico di una determinata Nazione.
Il sistema delineato dal Costituente, di pesi e contrappesi[142], sarebbe stato funzionale, appunto, a evitare (pericolose) distorsioni del sistema fatto proprio dalla Carta Fondamentale. Tuttavia, nel momento in cui quelle che potrebbero essere definite come "le guardie della Costituzione" non adempiono i propri doveri si scivola verso una pericolosa deriva di tacita, e quasi costante impercettibile, elusione della Carta costituzionale.
Un ulteriore "prova" del fatto che le leggi-provvedimento siano intimamente connesse con situazioni di emergenza concerne la limitazione del diritto

[136] Si deve aggiungere, come più volte evidenziato nel presente scritto, anche una compressione del diritto di difesa posto che il sindacato che viene svolto dalla Consulta non consente al privato di adire direttamente la Corte costituzionale e non vi è nemmeno la possibilità di chiedere l'esperimento degli ampi poteri cautelari propri del giudice amministrativo. Questi ultimi, difatti, sono di nevralgica importanza al fine di garantire e, al tempo stesso, apprestare protezione alle situazioni giuridiche soggettive. A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, 54.

[137] Esse dovrebbero essere il minor numero possibile poiché, appunto, lo strumento *de quo* dovrebbe essere relegato alla disciplina e regolamentazione di isolate situazioni che richiedano imprescindibilmente una regolamentazione legislativa *ad hoc.*

[138] A. D'ALOIA, *La legge provvedimento tra teoria e giurisprudenza costituzionale, op. cit.*

[139] Le leggi provvedimento, infatti, "rappresentano una «anomalia» nel sistema delle fonti, sia in ragione della loro struttura, di legge e provvedimento al tempo stesso, sia per gli effetti giuridici che ne derivano in punto di tutela giudiziale delle posizioni giuridiche coinvolte. I. BRESCIANI, *Il trasferimento del personale dell'ex Corpo Forestale dello Stato all'Arma dei Carabinieri: una legge provvedimento e le sue conseguenze*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, numero straordinario 2022, 220.

[140] E. FORSTHOFF, *Le leggi provvedimento* in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, 150.

[141] Si deve rammentare, tuttavia, che gli stati di crisi come gli eventi emergenziali appartengono alla storia dell'umanità: da ciò discende, quindi, che la vera sfida per l'ordinamento democratico contemporaneo è quella di rispondere efficacemente a queste situazioni mediante interventi normativi legittimi. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003; C. DELLA GIUSTINA, *Diritto dell'emergenza e ordinamento democratico. Un'analisi di sistema delle emergenze globali tra decisioni politiche e tecniche, op. cit.*

[142] "Se gli uomini fossero angeli, nessun governo sarebbe necessario. Se gli angeli governassero gli uomini, non sarebbero necessari controlli esterni o interni sull'attività di governo. Nella formazione di un governo che deve essere amministrato da uomini per uomini, la difficoltà è duplice: si deve consentire al governo di controllare il governato e, al tempo stesso, fare in modo che il governo controlli sé stesso". Mia traduzione non letterale dall'inglese. J. MADISON, *The Federalist Papers*, n. 51.


ISSN 2036-7821

costituzionale e fondamentale di difesa. Il richiamo storico è allo *iustitium* cioè la situazione di emergenza che si verificava a Roma quale conseguenza di una guerra esterna, di una insurrezione o di una guerra civile. Con la dichiarazione dello *iustitium*, infatti, si realizzava una specie "di sospensione del diritto e di sua temporanea inoperosità"[143]. Durante il periodo di vigenza dello *iustitium*, infatti, non era consentito a quasivoglia soggetto di agire in giudizio per far valere pretese riguardanti i rapporti tra i privati. Quanto appena prospettato, dunque, dimostra, ancora una volta, che situazioni di crisi e di emergenza possono determinare una progressiva sopensione dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta costituzionale[144]. L'elusione del diritto, sancito sia a livello nazionale che sovranazionale[145], si verifica poiché si assiste a una enunciazione di principio della necessità di apprestare tutela alle situazioni giuridiche soggettive, tuttavia, da un punto di vista concreto, essa rimane tale. Si deve aggiungere che l'agire in giudizio, ai fini di esercitare il diritto sancito dall'art. 24 Cost., diviene sempre più di difficile attuazione proprio durante la vigenza di situazioni di emergenza e di crisi che, a loro volta, vedono quale fonte normativa per eccellenza la legge provvedimento.

Dalla prassi delle leggi-provvedimento sembra che lo stesso concetto di "*rule of law*", per come interpretato nel territorio dell'Unione Europea, per quanto attiene alla effettiva separazione dei poteri nonché per l'effettività della tutela giurisdizionale[146].

Le leggi provvedimento, quindi, pongono delle frizioni non solamente per quanto attiene al sistema costituzionale interno ma anche se rapportati all'ordinamento sovranazionale e internazionale.

---

[143] L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, Jovene, Napoli 2009, p. 121

[144] Tuttavia non è la prima volta che una crisi dia luogo a una limitazione, se non addirittura una totale compressione o annullamento, del diritto di difesa. Un esempio concerne la disciplina dettata in tema di crisi della banca. Sul punto, è stato evidenziato che questa disciplina "è prodiga di enunciazioni di principi in cui il diritto di proprietà è tutelato, sebbene *de facto* la tutela giurisdizionale dinnanzi al giudice amministrativo venga sottoposta a forte incisioni e deroghe. Secondo tale linea di ragionamento, è innegabile che il Considerando 89 ammetta espressamente che, ai sensi della Carta di Nizza, le parti abbiano diritto a un processo imparziale e 'a mezzi di prova efficaci nei confronti delle misure che li riguardano'. Tuttavia, rimane nella pratica difficile trovare prova inconfutabile che i soggetti lesi, nella relativa disciplina e in quella domestica di cui al Decreto *Bail-in*, abbiano davvero a disposizione strumenti di garanzia in tal senso". P. de Gioia Carabellese, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, *op. cit.*, p. 240.

[145] Il riferimento è sia all'art. 47 della Carta di Nizza sia all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

[146] Sia in ordinamenti di *civil law* che di *common law*, si ritiene che il *rule of law* possa subire delle alterazioni nel momento in cui si introducono dei vincoli all'attività di giurisdizionale. Il riferimento, in tal senso, è a quanto è avvenuto nel territorio scozzese durante la vigenza dell'emergenza sanitaria da Covid-19. S. THOMPSON, E.C. IP, *COVID-19 emergency measures and the impending authoritarian pandemic*, in *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 7, n. 1/2020, pp. 1 ss.


ISSN 2036-7821