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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

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

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2023

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

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, 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. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania 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. 4/2023

SOMMARIO

1. **Las Ligas profesionales en la nueva Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del deporte, de España.**
di Javier Rodríguez Ten……pag. 1577

2. **L'organisation sportive et l'organisation étatique: vers une interpénétration qui redéfinit les contours de l'autonomie du mouvement sportif.**
di Gennaro Terracciano ……pag. 1594

3. **La monografia scientifica in Diritto Amministrativo.**
di Guido Clemente di San Luca……..…pag. 1602

4. **Il garante per l'infanzia e l'adolescenza e le politiche di welfare.**
di Carla Acocella……pag. 1620

5. **Contributo sull'art. 48, comma 3, c.p.a. e sindacato del giudice amministrativo.**
di Giuseppe La Rosa……..……....pag. 1648

6. **L'impatto di Brexit sul sistema internazionale di certificazioni.**
di Marco Salzano……...pag. 1664

ISSN 2036-7821

7. **Autonomia comunale, funzioni facoltative e finanza pubblica centralizzata.**
di Ambrogio De Siano……pag. 1676

8. **La funzione di ispettorato sociale dei Garanti regionali per l'Infanzia e l'Adolescenza.**
di Alessandro Di Martino……pag. 1690

9. **Riflessioni sulla forma della procura "sostanziale" da rilasciare al rappresentante per la mediazione.**
di Valeria Verde…... ……pag. 1705

10. **Applicazioni del metaverso nei servizi sanitari: governance della realtà estesa e blockchain per l'automazione dei procedimenti amministrativi.**
di Giuseppina Lofaro……pag. 1719

11. **La disciplina del termine di ricorso nel rito speciale ex art. 120 c.p.a.: dal creazionismo giurisprudenziale ad un approdo (temporaneo) ope conditorum.**
di Raffaele Caroccia……..pag. 1746

12. **La Scia edilizia, ovvero del controllo soltanto eventuale a tutela dell'interesse pubblico.**
di Luca Golisano……...……pag. 1780

ISSN 2036-7821

13. Le sezioni unite pronunciano l'eccesso di potere giurisdizionale nel caso Bolkestein. Alcuni profili processuali e nomofilattici.
di Francesco Tomasicchio……..……..pag. 1811

14. Il foglio di via obbligatorio: presupposti , giurisprudenza e recenti modifiche.
di Giovanni Tardi……...……pag. 1838

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Las Ligas profesionales en la nueva Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del deporte, de España.

di Javier Rodríguez Ten

(Liga Nacional de Fútbol Profesional. Universidad San Jorge)

Sommario

1. Antecedentes. -2. El nuevo modelo de 2022: continuismo en cuanto a la naturaleza y rol de las ligas profesionales en el modelo de deporte profesional. -3. Constitución y régimen interno de las ligas profesionales. -4. Competencias. -5. Conclusiones. -6. Bibliografía

Abstract

Spanish Law 39/2022 of 30 December on sport has repealed and replaced Law 10/1990 of 15 October on sport. A matter of special interest is the regulation of the legal model of professional sport, and in particular of the professional leagues as second-degree associations in charge of organising professional competitions. This paper analyses the conception that the new Law offers of these entities and their relations with the Sports Federations, showing that it is a continuist model, although with greater specificity and detail

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

ISSN 2036-7821

1. Antecedentes

La Ley 13/1980, de 31 de marzo, general de la cultura física y del deporte, no contemplaba la existencia de las ligas profesionales, como tampoco lo hacía respecto de las sociedades anónimas deportivas. El modelo de 1980, muy continuista al establecido por la célebre Ley 77/1961, de 23 de diciembre, o Ley Elola-Olaso del franquismo, giraba en torno a las Federaciones deportivas españolas como sujeto monopolístico en el rol de organización de las competiciones deportivas oficiales.

El paulatino desarrollo del deporte en España, especialmente tras los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992, dio paso a la potenciación de la mercantilización y laboralización del fútbol (principalmente), y en segundo plano del baloncesto, tanto en el plano cuantitativo (mayor volumen de ingresos y cuantías de salarios y traspasos) como cualitativo (descenso a categorías inferiores de elementos mercantiles y laborales). Aunque no eran únicamente las modalidades en que ello se produjo, el resto de deportes donde existían elementos mercantiles o laborales se encontraban a una gran distancia, en términos económicos y del número de categorías en que ello existía. Con un tercer elemento a destacar: la casi nulidad en el caso de las competiciones femeninas. Y una circunstancia a tener en cuenta: el elevado grado de endeudamiento de los clubes deportivos (especialmente de fútbol), que se materializó en la necesidad de que el Estado canalizara fórmulas para mantener la viabilidad de las entidades y la competición de élite (Planes de Saneamiento).

La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, instauró un nuevo marco normativo, que en el caso que nos ocupa introdujo el reconocimiento legal del deporte profesional, limitado eso sí a las competiciones que el Consejo Superior de Deportes calificara como profesionales, que en aquel momento fueron la primera y segunda división de fútbol y la liga ACB de baloncesto, todas masculinas. Dicho modelo profesional se configuró en torno a dos hitos: el reconocimiento legal de una nueva estructura asociativa de segundo grado (las ligas profesionales), paralela a la federativa y a la que se encomendó la organización de las competiciones profesionales, y la creación de las sociedades anónimas deportivas como forma jurídica (con algunas excepciones) obligada para participar en estas competiciones profesionales.

Las Ligas Profesionales existían, sin embargo, antes de 1990. Si bien como asociaciones ordinarias, del artículo 22 de la Constitución, formadas por clubes de las máximas categorías de determinadas modalidades (fútbol, baloncesto, voleibol…) que intentaban aunar la defensa de sus intereses frente a los generales de la Federación, obtener ingresos por patrocinios, etc., pero sin ninguna competencia organizativa ni adicional, que únicamente podían conseguir mediante convenios con

ISSN 2036-7821

la Federación, convenios a los que ésta no estaba obligada a llegar ni tenían un contenido mínimo obligado.

En el marco del nuevo modelo de deporte profesional que incorporó la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, las ligas profesionales fueron objeto de reconocimiento legal y elevadas a la categoría de estructuras privadas, autónomas e independientes de la Federación y con personalidad jurídica y capacidad de obrar propias, obligatorias donde se calificara una competición como profesional y con una composición invariable: todos los clubes participantes en dichas competiciones (en particular, artículos 12 y 41 de la mencionada Ley 10/1990). Pero a salvo de los mencionados artículos, de la atribución de potestad disciplinaria deportiva sobre sus asociados y la forma de ejercerla (Título XI, artículos 73 y sig.), y de fugaces referencias en otros preceptos (artículos 10, 30 o 43), no existió una regulación de contenido detallado como la de las Federaciones, que tampoco se implementó mediante el reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre (en especial los artículos 23 a 27).

Más concretamente, la regulación básica de las ligas profesionales se contemplaba, en primer lugar, en el artículo 12 de la Ley 10/1990, que establece que las Ligas Profesionales son asociaciones deportivas (como las Federaciones o los clubes), y que son asociaciones de Clubes que se constituirán, exclusiva y obligatoriamente, cuando existan competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, según lo establecido en el artículo 41 de la presente Ley.

En segundo lugar, destaca el artículo 41 de la Ley 10/1990, conforme al cual las Ligas Profesionales:

1. Se constituyen en las Federaciones deportivas españolas donde exista competición oficial de carácter profesional y ámbito estatal, y estarán integradas exclusiva y obligatoriamente por todos los clubes que participen en dicha competición.
2. Tienen personalidad jurídica propia y gozarán de autonomía para su organización interna y funcionamiento respecto de la Federación deportiva española de la que formen parte.
3. Tienen unos Estatutos y Reglamentos aprobados por el Consejo Superior de Deportes, previo informe de la Federación deportiva española correspondiente, debiendo contar con un régimen disciplinario específico.
4. Pueden ejercer competencias delegadas por la Federación deportiva española, pero tienen también competencias propias:
    a) Organizar sus propias competiciones, en coordinación con la respectiva Federación deportiva española y de acuerdo con los criterios que, en garantía exclusiva de los compromisos nacionales o internacionales, pueda establecer el Consejo Superior de Deportes.

ISSN 2036-7821

b) Desempeñar, respecto de sus asociados, las funciones de tutela, control y supervisión establecidas en la presente Ley.
c) Ejercer la potestad disciplinaria en los términos previstos en la presente Ley y sus Disposiciones de desarrollo.

En tercer lugar, hemos de aludir al artículo 46.4 de la Ley 10/1990, conforme al cual las Federaciones no pueden adoptar unilateralmente decisiones que afecten a las competiciones profesionales, habilitando a tal fin la necesidad de que previamente cuenten con informe preceptivo y vinculante de la Liga Profesional afectada.
En cuarto lugar, los artículos 10.2.d) y 43 de la Ley 10/1990 habilitan la posibilidad de que el Consejo Superior de Deportes realice determinadas actuaciones sobre las ligas profesionales y sus dirigentes (suspenderlos cautelarmente, convocar los órganos colegiados, inspeccionar su documentación, etc.).
Y finalmente, debemos destacar los artículos 73 y 74 de la Ley 10/1990, que habilitan la potestad disciplinaria de las Ligas y la posibilidad de tipificar estatutaria o reglamentariamente infracciones.

2. El nuevo modelo de 2022: continuismo en cuanto a la naturaleza y rol de las ligas profesionales en el modelo de deporte profesional

La Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del deporte, ha reemplazado hace poco más de un año ya a la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte.
En lo que al modelo de deporte profesional se refiere no introduce grandes novedades, que reserva para otros ámbitos, como introducir la regulación del régimen de los deportistas (con afectación a los que tienen el carácter de profesionales) o el cambio del modelo disciplinario previo. Sí que es importante resaltar la supresión de la obligación de transformarse en sociedad anónima deportiva para intervenir en competiciones profesionales (que sin embargo no procede en realidad de la nueva Ley, sino de la modificación de la Ley 10/1990 operada por la Ley 22/2021, de 28 de diciembre).
Los preceptos básicos en que se regulan las ligas profesionales son ahora los artículos 56-57, 83 y 96-96, sin perjuicio de su aparición en otros preceptos. Resumidamente, el régimen que pasa a regir a estas peculiares asociaciones deportivas de clubes (y ahora, de deportistas, en su caso), que militan en la competición profesional pasa a ser el que iremos comentando en el presente trabajo, sin aspiraciones exhaustivas ni de especial profundización, que dejamos para otros trabajos posteriores que aborden cada una de las materias que indicaremos.

A) Confirmación de su naturaleza asociativa

El artículo 56.2 dispone que las Ligas Profesionales tienen naturaleza asociativa. Una Liga Profesional es una asociación, es decir, es una entidad que adquiere una

ISSN 2036-7821

personalidad jurídica propia, distinta a la de sus miembros, revestida de la consiguiente capacidad de obrar. Interviene en el tráfico jurídico, y es sujeto pleno de derechos y de obligaciones, con un interés en ocasiones contrapuesto al de sus propios integrantes, o respecto de algunos de sus integrantes.

Es una asociación y no una corporación. Veremos más adelante que se supone que sigue ejerciendo funciones públicas, aunque el texto, como el de 1990, vuelve a omitir dicha circunstancia. En el modelo de 1990, algunos autores y resoluciones judiciales han incidido en que las Federaciones se encuentran muy próximas a la naturaleza de las corporaciones, por las numerosas funciones públicas que ejercen y por el elevado grado de intervencionismo regulatorio. Ello, en menor medida, se ha intentado plantear también respecto de las Ligas Profesionales, sin especial éxito dadas las diferencias entre el diseño legal de las Federaciones deportivas (pensadas para la gestión y el desarrollo de su modalidad a nivel no profesional, buscando su difusión y el resultado deportivo internacional a nivel de selección) y el de las Ligas Profesionales, orientadas al aprovechamiento económico de una competición mercantilizada, sin perjuicio de mantener el foco en la competición deportiva.

Adicionalmente, hay que añadir que las Ligas Profesionales son asociaciones especiales, enmarcándose entre las asociaciones deportivas, el conjunto de asociaciones o entidades reguladas por la legislación deportiva, una regulación sectorial que prevalece, por específica, frente a la legislación asociativa general.

Al igual que las Federaciones, no son asociaciones constituidas de conformidad con el artículo 22 de la Constitución española, ni están reguladas por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación. El apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2002 así lo adelanta, al indicar que "*Consecuentemente, la necesidad ineludible de abordar el desarrollo del artículo 22 de la Constitución, mediante Ley Orgánica al tratarse del ejercicio de un derecho fundamental (artículo 81), implica que el régimen general del derecho de asociación sea compatible con las modalidades específicas reguladas en leyes especiales y en las normas que las desarrollan, para los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones empresariales, las confesiones religiosas, las asociaciones deportivas, y las asociaciones profesionales de Jueces, Magistrados y Fiscales. Con este objetivo se establece un régimen mínimo y común, que es, además, el régimen al que se ajustarán las asociaciones no contempladas en la legislación especial*".

Más claro es el artículo 1.3, al establecer que las asociaciones reguladas por leyes especiales quedan fuera del ámbito regulatorio de la mencionada Ley Orgánica 1/2002, sin que sea relevante que exista una referencia expresa a las Federaciones deportivas y no a las Ligas Profesionales, dada la redacción del inciso final del precepto: "*3. Se regirán por su legislación específica los partidos políticos; los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las*

ISSN 2036-7821

federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios; así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales".

Por tanto, hay que estar a lo que disponga la legislación deportiva a efectos de establecer la regulación de las Ligas Profesionales, lo que no quiere decir que la legislación asociativa general no mantenga la lógica función supletoria, puesto que la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 1/2002 dispone que "*Excepto en aquellos preceptos que tienen rango de Ley Orgánica, la presente Ley tiene carácter supletorio respecto de cualesquiera otras que regulen tipos específicos de asociaciones, o que incidan en el ámbito del derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas*".

El criterio de la supletoriedad preferente de la legislación asociativa deportiva sobre la legislación asociativa general ha sido ya objeto de consagración por parte de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2009, en un supuesto en el que se declaró aplicable la regulación no derogada del actualmente vigente Real Decreto 177/1981, de 16 de enero, sobre clubes y federaciones deportivas, para fijar el plazo de impugnación de un acuerdo social de un club deportivo autonómico, estableciéndose que antes de utilizar la supletoriedad de la legislación asociativa autonómica, o de la legislación asociativa general, debía utilizarse la supletoriedad de la legislación deportiva estatal, en la misma cadena normativa. Con posterior reiteración en alguna Sentencia, como la de 19 de abril de 2016.

Llegados a este punto, la pregunta es cuál es esa regulación sectorial asociativa deportiva de las Ligas Profesionales, y la respuesta es muy sencilla: la Ley del deporte y sus disposiciones de desarrollo. Actualmente la regulación de las asociaciones deportivas (en particular, de las Ligas Profesionales) prevista en la Ley 39/2022 y en Reales Decretos como el 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas y registro de asociaciones deportivas, o el Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, Reglamento de disciplina deportiva, en lo que no resulte contrario al nuevo texto legal, que no ha derogado expresamente ninguno de los reglamentos de la Ley anterior.

B) De nuevo, indeterminación sobre si sus competencias son públicas o privadas

La naturaleza de las Ligas Profesionales es, a tenor del silencio sobre lo contrario, la de una asociación privada. Al respecto, no sucede nada porque el texto legal omita esta circunstancia, pero lo cierto es que resulta curioso que en el artículo 43.1 de la nueva Ley, al definir la naturaleza jurídica de las Federaciones deportivas españolas, se disponga expresamente que éstas "son entidades privadas de naturaleza asociativa", de manera más amplia y precisa.

ISSN 2036-7821

La naturaleza asociativa y privada da lugar a diferentes reflexiones, máxime si las comparamos con las Federaciones deportivas españolas, la otra tipología asociativa que tiene como finalidad la organización y gestión de las competiciones.
La naturaleza privada exige abordar la de las funciones que desempeñan las Ligas, estableciendo el lógico paralelismo con lo que sucede con las Federaciones.
En el modelo de la Ley 10/1990 únicamente se atribuían expresamente funciones públicas administrativas (omitimos el debate sobre si son funciones públicas delegadas o legal y directamente atribuidas) a las Federaciones deportivas (véase el artículo 33 de la Ley), sin hacer lo propio con las Ligas Profesionales (véanse los artículos 41 de la Ley y 25 del Real Decreto 1835/1991). Pero por vía jurisprudencial las funciones de las Ligas Profesionales se fueron publificando (a modo de ejemplo, la aplicación de la disciplina deportiva del artículo 41.4.c), la organización de sus competiciones del artículo 41.4.a), el visado de las licencias profesionales del artículo 7 del Real Decreto 1835/1991 o, más recientemente, la inscripción de los clubes en la organización.
Sin embargo, en el caso de las Federaciones deportivas, los artículos 50 y 51 de la nueva Ley del deporte enumeran las funciones públicas y privadas de las Federaciones, mientras que en el caso de las Ligas Profesionales el artículo 95 vuelve a guardar silencio sobre el particular y solo enumera sus competencias, sin alusión alguna a las mismas. Que no obstante puede intentar ponerse en conexión con preceptos como los artículos 116-119, referidos a la naturaleza de los actos de ligas y federaciones y los cauces de impugnación, para establecerla.
Sea como fuere, como hemos dicho anteriormente el hecho de que las Federaciones y las Ligas cada vez ejerzan más funciones públicas administrativas estaba aproximándolas, *de facto*, a una especie de corporaciones descafeinadas, cuando la realidad es que no debiera ser así. Al respecto resulta especialmente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020, cuando dispone (FJ Cuarto) que: *"Aunque parece que son entidades puramente privadas, lo cierto es que las Ligas Profesionales han sido creadas por voluntad de la Ley, lo que las asemeja a una corporación pública. Así, el artículo 41.2 de la LD dispone que «En las Federaciones deportivas españolas donde exista competición oficial de carácter profesional y ámbito estatal se constituirán Ligas, integradas exclusiva y obligatoriamente por todos los Clubes que participen en dicha competición.» Además, esa aproximación a lo público se refuerza por el hecho de que, según el artículo 27 del Real Decreto 1835/1991, para la aprobación de sus normas estatutarias sea necesaria la aprobación por parte del Consejo Superior de Deportes previo informe de la Federación deportiva correspondiente".*

C) Una asociación de configuración legal

ISSN 2036-7821

La nueva Ley mantiene que se trata de una asociación de constitución obligatoria y no potestativa. Frente a la libertad de pacto de las asociaciones del artículo 22 de la Constitución, el artículo 57.1 (con un redactado similar al del artículo 41.1 de la Ley 10/1990) establece que "*En las federaciones deportivas españolas donde exista competición oficial de carácter profesional y ámbito estatal se constituirán ligas*". Aunque, a nuestro entender, más acertado sería haber establecido la constitución no lo es en las federaciones, sino en las modalidades o especialidades donde exista competición oficial de carácter profesional y ámbito estatal, que es el verdadero sentido del precepto.
Por tanto, cuando se califique una competición como profesional (competencia que se sigue atribuyendo al Consejo Superior de Deportes en el artículo 14.k, siempre que concurran los requisitos previstos en el artículo 83), ha de constituirse necesariamente una Liga Profesional.

D) Afiliación necesaria, pero no necesariamente obligatoria, de los participantes en las competiciones profesionales
El artículo 56.1 de la Ley 39/2022, siguiendo el contenido del actual artículo 41.4 de la Ley 10/1990, dispone que las Ligas están *"integradas exclusiva y obligatoriamente por todas las entidades deportivas o deportistas que participen en dicha competición, según la modalidad o especialidad deportiva de la que se trate, de acuerdo a los requisitos establecidos en esta Ley"*.
La integración exclusiva implica que la Liga solo está formada por los clubes o deportistas (en su caso) que conforman las categorías profesionales organizadas y gestionadas por aquélla, sin que existan terceros. Cada temporada deportiva, la composición de las Ligas Profesionales se actualiza con el cese de los clubes o deportistas que dejan de militar en estas categorías (por mérito deportivo, sanción disciplinaria u otras causas), y con el acceso de los que pasan a hacerlo, siempre que además reúnan y cumplan los requisitos legal y estatutariamente establecidos para ello. De este modo, la Liga garantiza uno de sus fundamentos, que es la autogestión de la competición profesional, de modo que las decisiones que afectan a ésta se adoptan por sus integrantes y no se diluye, como sucede en las Federaciones, donde las decisiones que afectan a las competiciones más importantes se adoptan por la Asamblea General o la Comisión Delegada, integradas también por sujetos externos ajenos a ellas (y con amplia mayoría).
La afiliación necesaria implica que para competir en categoría profesional ha de solicitarse y admitirse la integración en la Liga Profesional, lo que exige el cumplimiento de diferentes requisitos económicos, en materia de infraestructuras, etc. adicionales al mérito deportivo. No se puede competir en categoría profesional sin la previa admisión como miembro de la Liga Profesional correspondiente, no es

ISSN 2036-7821

posible que existan clubes o deportistas en categoría profesional pero no integrados en la Liga organizadora.
El interesado tiene total libertad para decidir si se afilia o no a la Liga Profesional, aun conociendo que si no lo hace, no podrá competir a nivel profesional. Es imperativo legal. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es reiterativa respecto de que nadie obliga a afiliarse a la estructura federativa, que es un acto libre y voluntario, y que, si se adopta, implica asumir las obligaciones que ello conlleva y cumplir las normas asociativas (a modo de ejemplo, Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2010, Fundamento jurídico octavo).

E) Una asociación que organiza competiciones, al mismo nivel que la Federación
Finalmente, el artículo 56.2 de la Ley, además de reconocer la personalidad jurídica propia de las Ligas Profesionales, aclara que éstas "*gozarán de autonomía para su organización interna y funcionamiento respecto de la federación deportiva española correspondiente de la que formen parte*", que es lo que disponía el artículo 41.2 de la Ley 10/1990.
La personalidad jurídica propia (y la capacidad de obrar inherente), junto a la autonomía organizativa y la autonomía de funcionamiento conforman un régimen de verdadera independencia respecto de la Federación de la modalidad y especialidad correspondiente. Una Liga Profesional no es un comité federativo, y tampoco es un órgano federativo, es un sujeto de Derecho independiente que forma parte, por imperativo legal, de la Federación, junto a otros sujetos como deportistas, técnicos, árbitros, etc., pero de una manera singular (véase a tal fin el artículo 43, que reserva el apartado 3 a la integración de los anteriores, y el apartado 4 a las Ligas Profesionales, diferenciados).
La Liga Profesional no forma parte de la Federación voluntariamente, sino que la vinculación es por imperativo legal, contrariamente al resto de sujetos, que sí pueden elegir libremente integrarse en la Federación o no hacerlo. La Liga no, y por eso su *status* es diferente: no es el de asociado, no ostenta ningún tipo de derecho político en la Federación ni integra ningún órgano federativo como tal. Y viceversa. Tienen total independencia orgánica entre sí, y la máxima aproximación que existe es la facultad de ambos Presidentes de asistir, con voz pero sin voto, a las Asambleas de la otra organización, prevista en los artículos 15.5 y 28.2 del Real Decreto 1835/1991. Así lo ha establecido la Subdirección General de Régimen Jurídico del Deporte del Consejo Superior de Deportes, en varios informes emitidos sobre propuestas de la Real Federación Española de Fútbol para incorporar a la Liga Nacional de Fútbol Profesional a su estructura orgánica, buscando dar soporte a una subordinación que no existe, destacándose que la relación de éstas con la Federación no tiene nada que

ISSN 2036-7821

ver con la del resto de integrantes, siendo descartable dicha catalogación o la equiparación a la condición de "asociado".

Contrariamente, sí existen relaciones funcionales entre ambas, que se articulan a través de la coordinación prevista actualmente en los artículos 95.a) y 96, y que la jurisprudencia existente ha limitado y encauzado. Así, la Sentencia de apelación 243/2021, de 18 de junio de 2020, de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, en el mismo sentido que el Auto 57/2020 de medidas cautelares (apelación), indica que dicha coordinación se circunscribe únicamente a valorar si el proceder de la Liga Profesional afecta a las demás competiciones, sin poder obstaculizar o interferir la función organizadora de las Ligas cuando ello no acontece, y mucho menos si ello se realiza para presionar en orden a la obtención de un beneficio económico a cambio de no hacerlo.

El modelo de 2022 es mucho más claro, puesto que el de 1990 no establecía en la Ley las competencias que eran coordinables y las que no, limitándose a aludir a una competencia de organización muy genérica (art. 41.4.a) diferenciada respecto de las de tutela control y supervisión y disciplinaria. Ahora no solo la organización consta en un apartado separado del resto de competencias (que, por lo tanto, al no hacer referencia a ello, no son coordinables), sino que además delimita perfectamente qué materias relativas a la organización de la competición son coordinables (el resto, no), y que son las del artículo 96.1, por remisión expresa.

3. Constitución y régimen interno de las ligas profesionales

El artículo 56.3 de la vigente Ley, con un contenido más amplio que el de la norma anterior, dispone que los Estatutos de las Ligas Profesionales y sus modificaciones serán ratificados por el Consejo Superior de Deportes (como hasta ahora, si bien usando el término "ratificados" y no "aprobados"), previo informe preceptivo y no vinculante de la Federación deportiva española. Siendo el artículo 57 el que ahora regula su contenido mínimo, elevando a rango legal lo que hasta ahora constaba, con rango reglamentario, en el artículo 26 del Real Decreto 1835/1991.

La regulación del contenido de los Estatutos de las Ligas Profesionales se asimila bastante a la prevista para las Federaciones deportivas españolas en el artículo 46. Tras considerar los Estatutos sociales como el instrumento esencial de ordenación y funcionamiento de la Liga profesional, el precepto establece que éstos deben determinar, al menos:

- Los órganos que componen su estructura (artículo 57.1.a). El artículo 57 alude a la existencia de una Comisión de Control Económico con un régimen similar a la federativa (artículo 57.1), el Presidente (artículo 57.2) y la Asamblea General (artículo 57.3).
- La forma de elección y cese de los miembros de sus órganos (artículo 57.1.b).

ISSN 2036-7821

- El régimen de la estructura directiva (artículo 57.2).
- La regulación de los posibles conflictos de intereses entre quienes ostenten funciones de dirección y demás miembros de los órganos de participación y dirección, por un lado, y los proveedores de bienes y servicios, por otro, estableciendo mecanismos para garantizar la transparencia de los procesos de reclamación, así como las consecuencias por el incumplimiento del régimen de conflictos de intereses (artículo 57.2).
- El régimen de responsabilidad del Presidente y los demás miembros de los órganos directivos, de representación y de gestión de la liga profesional que dimane tanto de sus actos en el ámbito de la estructura asociativa frente a sus miembros, como de las obligaciones civiles, mercantiles, administrativo-públicas y cualesquiera otras en las que haya incurrido la Liga frente a terceras personas (artículo 57.2).
- Las formas de integración en la Liga, conjunto de requisitos y procedimiento para la afiliación o renovación de la condición de miembro de la Liga Profesional (artículo 57.1.c).
- Los derechos y deberes de los miembros (artículo 57.1.d).
- Todos los demás elementos que se consideren precisos para la ordenación de su vida interna (artículo 57.1.e).

En cuanto al procedimiento de aprobación de los Estatutos y Reglamentos de desarrollo, se mantiene la necesidad de tramitación al Consejo Superior de Deportes, si bien hemos de llamar la atención respecto de que el deber de ratificación ya no afecta a "los Reglamentos" (todos, en teoría), como en 1990, sino ahora exclusivamente a "*los reglamentos disciplinario, de control económico a las entidades participantes, electoral, de competición en el caso de que lo hubiera, de organización interna en tanto regule este la composición y el funcionamiento de sus órganos obligatorios*", y sus modificaciones. El resto serían susceptibles ahora de aprobación social suficiente para su validez y eficacia plena.

Los Estatutos y los reglamentos antes mencionados (por lo que se supone que el resto no son destinatarios de la obligación) deben ser inscritos en el Registro de Entidades Deportivas del Consejo Superior de Deportes, y entrarán en vigor tras su publicación en la página web de la Liga Profesional, que se llevará a cabo de forma que asegure la fecha de inserción y, en todo caso, en el plazo de un mes desde la citada ratificación, sin perjuicio de cualquier otro medio que asegure su publicidad (artículo 56.3).

El reconocimiento de las Ligas Profesionales se produce con la inscripción de sus primeros Estatutos en el Registro de Entidades Deportivas, momento a partir del cual se entiende legalmente constituida, debiendo ser la resolución que se dicte sobre la autorización o denegación de su inscripción suficientemente motivada (artículo 56.1).

ISSN 2036-7821

Constituida la Liga Profesional, comenzará a desarrollar sus funciones en la forma legal y estatutariamente establecida.
Como novedad, el artículo 56.4 establece que, si por causas económicas o de otra índole la Liga profesional no pudiera desarrollar su función, ésta será ejercida por la Federación respectiva previo acuerdo del Consejo Superior de Deportes que determine las condiciones de dicho ejercicio, el plazo y las condiciones de realización. Se trata de una previsión que debiera incorporar alguna concreción mayor relativa a qué tipo o entidad de causas económicas, o por qué otro tipo de causas cabe recurrir a este mecanismo, y de igual modo, fijar unos parámetros y límites básicos para la adopción de la resolución que proceda. Todo ello en aras de la debida seguridad jurídica y del control de la discrecionalidad. Al respecto, sorprende también la distinta solución otorgada a las dificultades económicas de una Liga Profesional (cuyas funciones se le retiran y encomiendan, temporalmente, a la Federación) respecto de las Federaciones deportivas, a las que el artículo 55 simplemente reserva un Plan de viabilidad desde el Consejo Superior de Deportes, fórmula que parece perfectamente aplicable.
La Ley sigue sin prever las causas de disolución de las Ligas Profesionales, por lo que habrá de estarse a la regulación supletoria que resulte aplicable. En cualquier caso, la descalificación de la competición como profesional implicaría dicha consecuencia, sin perjuicio de que la liga pudiera llegar a mantener su personalidad jurídica en condición de asociación ordinaria del artículo 22 de la Constitución española, e incluso de asociación deportiva inscrita en el Registro de entidades deportivas pero en una sección diferente a la de las Ligas Profesionales. No es de olvidar que antes de su reconocimiento legal en 1990 las asociaciones de clubes de categoría profesional, denominadas ya ligas profesionales accedieron al registro mediante Sentencia de 16 de enero de 1984 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en concreto la Asociación de Clubes de Baloncesto y por silencio administrativo estimatorio, y posteriormente (ya en pronunciamiento de fondo favorable) en Sentencia de 27 de octubre de 1987, revocando la denegación de inscripción de la Asociación de Clubes Españoles de Hockey sobre patines. No obstante, téngase en cuenta que el artículo 95.f) obliga a la Liga a mantener las condiciones de calificación de la competición como profesional, es decir, los parámetros establecidos principalmente por el artículo 83.
Precepto, por cierto, amplio y detallado, que establece numerosos requisitos y parámetros para valorar y poder ser calificada como competición profesional, frente a los exiguos y genéricos "existencia de vínculos laborales entre Clubes y deportistas y la importancia y dimensión económica de la competición" del modelo anterior.

4. Competencias.

ISSN 2036-7821

Como hemos indicado, la nueva Ley del deporte incorpora en un solo precepto, sin definir su naturaleza pública o privada, las competencias de las ligas profesionales (previamente, el artículo 83.2 dispone que las competiciones profesionales son organizadas por una liga profesional constituida al efecto, consagrando que solo existe un organizador de competición). Sorprendiendo ya de antemano que las Federaciones ejerzan "funciones" y las ligas profesionales "competencias".

Se trata del artículo 95, conformado por diferentes artículos (de la a la f), remitiendo el apartado a) al artículo 96 para su concreción.

La primera competencia (artículo 95.a) es "Organizar las competiciones que se incluyan en el acto del Consejo Superior de Deportes de declaración de competiciones profesionales, en coordinación, cuando proceda, con la federación deportiva española correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo siguiente". Esta competencia es la antigua del artículo 41.4.a) de 1990, si bien se añaden dos elementos muy importantes, que resuelven numerosos conflictos con la Federación. En primer lugar, la coordinación no es general sino particular, solo para determinadas materias organizativas ("cuando proceda"), y en segundo lugar, esas materias constan expresamente en el artículo 96.1, que vuelve a establecer, como en el modelo de 1990 (si bien ello constaba en el Real Decreto 1835/1991) que se articulará a través de un convenio (de coordinación) entre ambas entidades, convenio de naturaleza privada en el que pueden llegar a regularse, sin intervención del Consejo Superior de Deportes, aspectos esenciales de competencias públicas… si es que alguna de las asignadas a las ligas profesionales lo es. Son las siguientes materias, como mínimo:

a) El sistema de ascensos y descensos de categoría.
b) La distribución de aquellos ingresos generados por la competición cuyo destino sea el fomento de la modalidad o especialidad deportiva en categorías no profesionales.
c) La elaboración del calendario deportivo.
d) El régimen del arbitraje deportivo.
e) El sistema de aplicación de la disciplina deportiva y el sistema de recursos frente a las sanciones impuestas en primera instancia.
f) Un sistema de solución de conflictos que pudieran darse tanto en la interpretación como en la ejecución del convenio.
g) Duración y condiciones de prórroga del convenio.

La competencia anterior es coordinable, como hemos visto, con la Federación, en determinadas materias. Y solo esa. El resto no se encuentran incardinadas en el mismo apartado a), ni hacen constar dicha posible coordinación. Por lo tanto, son competencias propias, atribuidas legalmente, a las ligas profesionales.

ISSN 2036-7821

La segunda competencia (artículo 95.b) es la de "fijar las condiciones económicas y, en su caso, societarias o asociativas para la participación y el mantenimiento en la respectiva competición profesional en función de las necesidades de la propia organización y de las garantías de solvencia de la competición frente a terceras personas que puedan asumir obligaciones. Estas condiciones deberán respetar los criterios que sobre la materia determine la normativa de defensa de la competencia. Las ligas profesionales aprobarán un plan de control económico, cumpliendo los términos y criterios que determine el Consejo Superior de Deportes, que prevenga la insolvencia de las entidades deportivas que participan en la competición. Dicho plan incorporará mecanismos de fiscalización económica en los términos que establezcan sus estatutos y reglamentos internos. Entre estas condiciones debe incluirse, necesariamente, hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, deportistas, técnicos, y demás empleados, así como a las entidades deportivas participantes. La certificación del cumplimiento de las obligaciones tributaria se hará conforme a lo establecido en el artículo 74 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio. El incumplimiento de dichas condiciones determinará la exclusión de la competición de la entidad".

Nos encontramos ante la competencia de "control económico y presupuestario" que con gran éxito se viene ejerciendo por la Liga Nacional de Fútbol Profesional española, mediante un control tanto anterior o previo (que se materializa en la imposibilidad de inscribir jugadores cuando se ha excedido de los límites de gasto establecidos, o incluso en la no inscripción del club para la participación en la competición cuando sus ratios económicos exceden de lo autorizado) como posterior (mediante la fiscalización contable y la imposición de sanciones).

La tercera competencia (artículo 95.c) es la de "desempeñar, respecto de sus integrantes, las funciones de tutela, control y supervisión establecidas en la Ley y sus normas de desarrollo o estatutarias". Se trata de una competencia residual que habilita a la liga profesional diferentes actuaciones sobre sus miembros.

La cuarta competencia (artículo 95.d) es la de "ejercer la potestad disciplinaria sobre sus asociados en los términos previstos en la Ley y sus disposiciones de desarrollo". Debiendo indicar que conforme al artículo 97.4, la potestad disciplinaria de las ligas profesionales ha dejado de ser de naturaleza disciplinaria deportiva (para pasar a ser de carácter social o interno, en la nueva triple configuración del modelo disciplinario del artículo 97: sancionador, disciplinario deportivo y disciplinario), es ahora de naturaleza pública y recurrible ante los órganos jurisdiccionales civiles o arbitraje privado (artículos 116 y sig.), y ha desaparecido la sujeción de los dirigentes de los

ISSN 2036-7821

clubes y sociedades anónimas deportivas afiliados a la potestad disciplinaria de la liga, manteniéndose solo sobre las entidades afiliadas.

La quinta competencia (artículo 95.e) es "la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales que establezca la legislación vigente, con pleno respeto a los derechos individuales de los clubes y entidades deportivas asociados, indicándose que en el ejercicio de la función de comercialización referida se deberá, en todo caso, respetar la adecuada proporcionalidad entre todos los clubes".

Sobre este apartado o competencia hay que puntualizar que su aplicación es solo a las modalidades diferentes del fútbol, dado que España cuenta con una regulación específica respecto de la comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones oficiales de fútbol, a través del Real Decreto Ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional. Que prevé la comercialización conjunta por parte del organizador de la competición (en el caso de las competiciones profesionales, las ligas profesionales), el sistema de reparto del importe de los contratos y determinadas obligaciones de las entidades participantes (como la cesión de porcentajes de los ingresos a la Federación o al Consejo Superior de Deportes).

Y la última (artículo 95.f) es la de "asegurar el cumplimiento de las condiciones de celebración de competiciones de acuerdo con lo establecido en el artículo 83", a la que hemos aludido anteriormente.

Finalmente, el artículo 96.2 incorpora el procedimiento de resolución de conflictos competenciales, distinguiendo entre si se trata de un conflicto en una competición preexistente (primer párrafo) o con ocasión de la calificación de una nueva competición y la creación de una liga profesional (segundo párrafo):

"2. En el supuesto de que no se celebre un nuevo convenio a la fecha de expiración del vigente, se prorrogará transitoriamente de manera automática con un plazo máximo de duración de un año. Si, transcurrido el plazo máximo, no se ha celebrado un nuevo convenio, se arbitrará un sistema en el seno del Consejo Superior de Deportes para la atribución de las competencias señaladas en este artículo, de acuerdo con lo que, en su caso, se establezca reglamentariamente.

En los casos en que no existiere convenio de coordinación entre una liga profesional de nueva creación y la federación deportiva española correspondiente, se arbitrará un sistema en el seno del Consejo Superior de Deportes para la atribución de las competencias señaladas en este artículo y para la resolución de aquellas cuestiones estrictamente necesarias en las que deba existir coordinación entre la liga profesional y la federación deportiva española correspondiente para garantizar el inicio y

ISSN 2036-7821

desarrollo de la competición, de acuerdo con lo que, en su caso, se establezca reglamentariamente".
Al respecto, la Disposición adicional tercera del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, establecía en el modelo anterior que los conflictos de competencia entre ligas y federaciones se resolvían por el Consejo Superior de Deportes, con carácter necesario.

5. Conclusiones

La Ley 39/2022, de 30 de octubre, del deporte, en materia de regulación del deporte profesional y de las ligas profesionales es eminentemente continuista respecto del modelo introducido por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte.
A salvo de modificaciones en la naturaleza y potestad disciplinaria de las ligas profesionales (ahora privada y de naturaleza social o interna), en el marco de la reforma del modelo disciplinario deportivo de la Ley precedente, no apreciamos contenido disruptor del modelo, sin perjuicio de determinado contenido regulador que ofrece mayor precisión y detalle.
Las ligas profesionales siguen teniendo configuración legal y existencia obligatoria donde existe competición calificada como profesional por el Consejo Superior de Deportes, integración en las federaciones respetando su plena autonomía y personalidad jurídica propia, y conformación exclusiva por las entidades (y ahora, deportistas, permitiendo de este modo competiciones profesionales de deportes individuales) participantes en la mencionada competición. Sus estatutos son ratificados (antes aprobados) por dicho organismo, pero si bien antes todos los reglamentos sociales debían serlo también, ahora solo algunos de ellos.
El nuevo artículo 83 incorpora con detalle y gran extensión los requisitos para poder calificar como profesional una competición, frente a la exigua y genérica regulación previa. Y en materia de competencias, se incorporan diferentes materias (algunas de las cuales ya venían ejerciéndose vía potestad auto organizativa u otras leyes) en el artículo 95, y se aclara que la coordinación con la federación, respecto de la organización de competiciones, solo existe en relación con las materias previstas en el artículo 96.1
Finalmente, se modifica el procedimiento para resolver los conflictos de competencia, que ya no ostenta necesariamente el Consejo Superior de Deportes, salvo cuando se trata de la puesta en marcha de una nueva competición profesional, en cuyo caso le asiste adoptar las medidas procedentes.
Una regulación mejor y más amplia que la anterior, pero que adolece de problemas como no haber calificado como públicas o privadas las competencias del artículo 95, y tener por implícitas o derivadas del Derecho supletorio determinadas facultades,

ISSN 2036-7821

funciones y competencias que sí se positivizan en el caso de las federaciones deportivas.

6. Bibliografía

- Millán Garrido, A. (Coord.). Nuevos estudios sobre el Proyecto de Ley del deporte. Editorial Reus, Madrid, 2022.
- Millán Garrido, A. (Coord.). Comentarios al Proyecto de Ley del Deporte. Editorial Reus, Madrid, 2022.
- Jiménez Soto, I. y Millán Garrido, A. Desarrollo reglamentario de la Ley del deporte: algunas cuestiones. Editorial Reus, Madrid, 2023
- Pérez Triviño, J.L. y Aguiar Gallardo, I. Comentarios críticos a la Ley 39/2022, del deporte. Editorial Hexis. Barcelona, 2023.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'organisation sportive et l'organisation étatique: vers une interpénétration qui redéfinit les contours de l'autonomie du mouvement sportif.

di Gennaro Terracciano

(Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Roma "Foro Italico")

Sommario

1. Introduction; - 2. L'autonomie de l'ordre sportif dans du droit de l'Union ; - 3. L'organisation sportive au niveau national; - 4. Conclusion.

Abstract

The sports movement and sports practice represent the subjective and objective domain which, associated with sports rules, makes it possible to deduce the existence of a sports system distinct from those of the State.
However, the relationship between state systems and the sports system cannot be defined in a certain and static manner, independently of the doctrinal orientations that one wishes to adopt, which obviously influences the quality and degree of recognized autonomy, strongly dependent on the values and principles that each state system adopts and promotes, as well as the role assigned to sport in the pursuit of these values and principles.
The very definition of sport seems to be changing, because it encompasses sporting disciplines which do not involve particular physical activities and which are perceived as "games"

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo.*

1. Introduction.

Le mouvement sportif et la pratique sportive représentent le domaine subjectif et objectif qui, associés aux règles sportives, permettent de déduire l'existence d'un système sportif distinct de ceux de l'État[1].

Cependant, la relation entre les systèmes étatiques et le système sportif n'est pas définissable de manière certaine et statique, indépendamment des orientations doctrinales que l'on souhaite adopter, ce qui influence évidemment la qualité et le degré de l'autonomie reconnue, fortement dépendante des valeurs et des principes que chaque système étatique adopte et promeut, ainsi que du rôle attribué au sport dans la poursuite de ces valeurs et principes.

La définition même du sport semble changeante, car elle englobe des disciplines sportives qui ne prévoient pas d'activités physiques particulières et qui sont perçues comme des "jeux"[2].

D'ailleurs, l'esprit ludique et récréatif semble être commun au jeu, à l'activité physique, au sport stricto sensu, et le mot "Sport" semble dériver du français "desport", c'est-à-dire divertissement[3].

En Italie, la Constitution dans sa première version ne faisait aucune référence directe à la question du sport, et ce n'est qu'avec la réforme constitutionnelle de 2001 qu'elle a été envisagée dans l'alinéa trois de l'article 117 de la Constitution, en tant que domaine de législation concurrente régionale. Il était cependant évident que les

---

* Saggio presentato al Convegno internazionale di EUROPÀ (Limoges – 23 novembre 2023) « Les politiques publiques du sport en Europe: faire gagner les territoires et porter les valeurs ».

[1] Dans cette contribution il est beaucoup question de quelque chose qu'en italien nous définissons entant que « ordinamento ». En italien par ordinamento sportif nous voulons dire l'ensemble de règles régissant l'activité sportive, qu'elles soient d'origine étatique ou régionale, ou édictées de manière indépendante par des organismes sportifs. La définition de ordinamento étatique est représentée par les éléments normatifs qui régissent la vie de la communauté nationale au sein du système juridique de l'état. D'ici en avant nous allons donc utiliser la traduction en français "ordre juridique" en faisant référence à ces définitions, qu'il s'agisse de l'ordinamento sportif ou de celui étatique. En effet, l'expression et la notion d'ordre juridique est la même notion de Rechtsordnung (Kelsen, de Hart) ou de Legal system (en anglais) ou de Ordinamento (Santi Romano).

[2] M.S. Giannini, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in Riv. Dir. Sport., 1949, e id., *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in Riv. trim. dir. pub., 1996; W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963; C. Furno, *Note critiche in tema di giochi, scommesse e arbitraggi sportivi*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1955, 619 ss.; G. Clemente di San Luca, *Dei limiti all'autonomia dell'ordinamento sportivo. Riflessioni intorno a calcio e diritto*, in Dir. Pubb., 2007; L. Ferrara, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in Dir. pubb., 2007; M.F. Serra, *Autonomia differenziata e 'ordinamento sportivo'*, in www.federalismi.it, 2020; L. Casini, *Il diritto globale dello sport*, Milano, 2010; P. Grossi, *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, Dir.Amm., 1-2, 2012; R. Morzenti Pellegrini, *L'evoluzione dei rapporti tra fenomeno sportivo e ordinamento statale*, Milano, 2007; G., Manfredi, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007; R.C.R. Siekmann, J. Soek, *Lex Sportiva. What Is Sports Law*?, Springer, The Hague, 2012; N. Paolantonio, *Ancora su sport e giustizia (nota a Cons. rg. sic. 8 novembre 2007 n. 1048*), Foro amm. - CdS – 2007; S. Papa, *Le federazioni sportive: natura privata e profili pubblicistici alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, www.federalismi.it.; G. Clemente di San Luca, *Arbitri, non giudici! Il mancato rispetto delle regole del gioco del calcio*, Ed. Scientifica, 2021.

[3] M. Pittalis, *Sport e diritto*, Milano, 2022, 2 e ss.

ISSN 2036-7821

articles 2 et 18 de la Constitution, relatifs à la protection de la pratique sportive et à l'autonomie de l'organisation sportif, étaient invoqués en ce qui concerne la protection des formations sociales, y compris les associations, où l'homme exprime sa personnalité[4].

Seulement récemment, la pratique sportive a reçu une reconnaissance significative, toujours dans le cadre de la Constitution[5]. Le nouvel article 33 de la Constitution, dans le cadre du Titre II-Relations Éthico-Sociales, dispose (traduit en français) que la République reconnaît la valeur éducative, sociale et de promotion du bien-être psychophysique de l'activité sportive sous toutes ses formes.

Cette innovation semble nécessiter une réflexion renouvelée sur la relation entre l'ordre étatique et celui du sport, compte tenu de la pervasivité du premier, tant en ce qui concerne les principes constitutionnels que la législation ordinaire qui a fortement influencé une grande partie de l'organisation et de la discipline liées aux sujets de l'ordre sportif, y compris la sécurité, le travail sportif, le professionnalisme sportif, la justice sportive (y compris la contrainte de justice et la préjudicielle sportive)[6], les modèles de prévention des infractions sportives, les systèmes de représentation, le financement des fédérations, le contrôle comptable et financier: en fin de compte, seules les règles techniques des disciplines sportives semblent rester étrangères à la discipline normative nationale et régionale (mais pas leurs conséquences sur le plan économique et juridique général) ainsi que celles liées au contrôle et à la lutte contre le dopage.

Avec les récentes réformes nationales en matière de sport, le législateur a également tenté de définir le domaine et la notion de sport, comme toute forme d'activité physique basée sur le respect de règles qui, à travers une participation organisée ou non, vise l'expression ou l'amélioration de la condition physique et psychique, le développement des relations sociales ou l'obtention de résultats dans des compétitions de tous niveaux[7], finissant par soutenir les thèses selon lesquelles le sport constitue un ordre juridique dérivé de celui de l'Etat.

2. L'autonomie de l'ordre sportif dans du droit de l'Union.

Au niveau de l'Union européenne, la question de l'autonomie de l'ordre sportif ne semble pas être traitée directement, mais sans aucun doute, l'incidence du droit de

[4] Corte Cost. nn. 127/1977 e 49/2011.

[5] G.U. 7/10/2023, L. Cost. n. 1 del 26/09/2023.

[6] G. Terracciano, *Il vincolo di giustizia, la clausola compromissoria e la pregiudiziale sportiva*, in La giustizia nello sport, a cura di P. Del Vecchio, L. Giacomardo, M. Sferrazza, R. Stincardini, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 425-432.

[7] D.lgs. n. 36 del 28 febbraio 2021.

ISSN 2036-7821

l'Union sur l'organisation des relations inter organisationnelles, tant internes qu'externes à l'ordre sportif, a été extrêmement importante[8].
En effet, l'article 165 du Traité semble être pertinent, statuant que l'Union européenne contribue à la promotion des profils européens du sport, en tenant compte de ses spécificités, de ses structures basées sur le volontariat et de sa fonction sociale et éducative, développant la dimension européenne du sport, en promouvant l'équité et l'ouverture dans les compétitions sportives et la coopération entre les organismes responsables du sport et en protégeant l'intégrité physique et morale des sportifs, en particulier des plus jeunes d'entre eux.
Ainsi, il n'est pas fait mention de l'autonomie de l'ordre sportif ou du mouvement sportif, mais leur spécificité et leur fonction sont reconnues. En fait, la pertinence économique du phénomène sportif rend le sport sensible à la discipline européenne de la concurrence et du marché intérieur[9], bien que la spécificité évoquée permette de reconnaître aux institutions sportives un certain degré d'autonomie, mais certainement pas de soustraction au droit européen[10]. Il semble émerger une sorte d'indifférence de l'ordre juridique européen envers le sport, laissant aux États membres individuels le soin de définir, dans le respect des traités, la relation entre le pouvoir étatique et les organisations sportives.

3. L'organisation sportive au niveau national.

En effet, il semble également complexe de définir le concept même de domaine ou d'ordre sportif ou de système juridique sportif, même au niveau national. La nouvelle disposition constitutionnelle semble reconnaître et promouvoir "l'activité sportive", qui est évidemment considérée comme un phénomène social et culturel préexistant; mais en même temps, cette reconnaissance attire la régulation du phénomène par l'ordre étatique afin de permettre la poursuite des valeurs mises en évidence. En d'autres termes, la qualité et le degré d'autonomie semblent paradoxalement se réduire, tant pour les acteurs opérant dans le monde du sport que pour le pouvoir d'autorégulation.
Il est vrai que, généralement, une autonomie internationale est reconnue à l'organisation sportive liée au CIO, qui, par accord, édicte la discipline fondamentale aux fédérations nationales. Cependant, dans cette perspective également, il semble difficile de reconnaître les traits de la souveraineté organisationnelle, et le régime

[8] F. Cardarelli, *Morfologia dell'ordinamento sportivo, Argomenti di diritto nazionale e internazionale dello sport e di giustizia sportiva*, a cura di G. Terracciano, P. Sandulli, C. Rombolà, Duepuntozero ed., 2022.
[9] Libro bianco dello sport della Commissione Europea, COM2007/391 del 11 luglio 2007.
[10] Corte di giustizia, C-519/04 del 18 luglio 2006 (caso Meca Medina – Majecen); C-22/8 del 13 giugno 2019 (caso Top Fit – Biffi); Risoluzione del Parlamento europeo del 23 novembre 2021 sulla politica dell'Unione Europea in materia di sport.

ISSN 2036-7821

d'autonomie dépend en grande partie de la reconnaissance accordée par les législations des États aux fédérations. Même la nature privée des Fédérations nationales peut être mise en doute, soit parce qu'elles peuvent expressément être imprégnées de publicité par des dispositions normatives, soit en raison de leur système de financement (en tant qu'organismes de droit public), soit en raison des finalités de nature publique attribuées au niveau national.
Sous un autre angle, peut-être serait-il préférable, dans une perspective de l'Union, de se référer au sport comme une "matière", dont la discipline présente des singularités qui, cependant, ne semblent pas s'élever à un véritable ordre ou système juridique, compte tenu également de la soumission générale des décisions des organes dirigeants du sport aux juridictions étatiques (bien qu'après avoir épuisé les degrés de la justice sportive, et cela vaut également pour le CIO).
Cependant, il semble possible d'identifier un noyau de discipline juridique de production de l'organisation internationale du sport, acceptée au niveau national, imperméable au pouvoir étatique, même juridictionnel, dans les règles "techniques" des compétitions sportives et celles (dans la mesure où elles sont sans pertinence dans l'ordre étatique) fonctionnelles au respect du fair-play.
La nature juridique des règles techniques peut également être mise en doute, bien sûr, et certes, un examen de la licéité au regard du respect des normes nationales et européennes de ces règles ne peut être nié. Mais une chose semble certaine: elles sont de production autonome (privée) et sont acceptées et observées spontanément sur la base d'accords de nature consensuelle et négociée. Cela vaut également pour le principe général du fair-play, qui insuffle une direction éthique à tout comportement découlant de la compétition sportive, indépendamment du fait que ce comportement puisse également être d'intérêt sur le plan de la législation nationale ou européenne.
Ce noyau normatif est-il suffisant pour permettre la reconnaissance d'un domaine sportif autonome, bien que dérivé, sectoriel ou sectorisé, de l'ordre juridique étatique?
L'impression est que l'importance croissante du phénomène sportif en termes de aspects sanitaires, sociaux, culturels et, en général, économiques a accentué la tendance étatique à réglementer la matière du sport sous tous les aspects possibles, avec une intégration progressive entre l'ordre étatique et celui du sport, au point de limiter dans un périmètre étroit l'autonomie du mouvement sportif.
Le pluralisme juridique[11] suppose l'existence d'un ordre juridique en présence d'une organisation stable de sujets en communion d'intérêts qui acceptent, plus ou moins volontairement, d'être soumis aux règles découlant de l'organisation elle-même. Mais

[11] M.S. Giannini, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in C. Gini (a cura di), *Atti del XIV congresso internazionale di sociologia*, vol. IV, Roma, 1951, Milano, 2003, 411; M.S. Giannini, *Prime osservazioni sugli ordinamenti sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949.

ISSN 2036-7821

cela nécessite la reconnaissance du pouvoir d'autoproduction normative pour réguler le comportement des individus qui en font partie[12]. Cela est-il encore reconnaissable aujourd'hui en ce qui concerne le mouvement sportif ?

En Italie, plusieurs interventions de la Cour constitutionnelle ont tenté de définir les contours de cette autonomie réelle ou présumée[13], allant jusqu'à statuer sur la nature, pour certains aspects originale et autonome, de l'ordre sportif qui présente les caractéristiques traditionnelles de pluralité de sujets, d'organisation et de réglementation propres[14].

Cependant, même si l'on veut reconnaître la validité d'un ordre juridique sportif distinct de celui de l'État, il semble évident qu'il présente des lacunes et doit être intégré et harmonisé avec celui de l'État. Mais c'est précisément la pervasivité de la discipline d'harmonisation qui finit par comprimer le minimum d'autonomie du mouvement sportif.

L'érosion progressive de l'autodétermination sportive se trouve dans l'évolution de la discipline italienne en la matière. Quelques rappels peuvent être utiles : a) l'article 2 du décret législatif n° 242/1999 (tel que modifié par le décret législatif n° 15/2004) a confirmé la personnalité juridique de droit public du CONI, tout en restant l'organe apical de l'expression du CIO ; b) l'article 2 du D.L. n. 220/2003, converti en L. 280/2003 et modifié et complété par la loi n. 145/2018, a expressément délimité l'autonomie et l'autodétermination sportive, réservant à l'ordre sportif les questions de conformité et d'application des règles réglementaires, organisationnelles et statutaires de l'ordre sportif national et de ses articulations, afin d'assurer le bon déroulement des activités sportives et des comportements pertinents sur le plan disciplinaire et l'application des sanctions disciplinaires sportives[15] ; c) même à la suite de décisions juridictionnelles, les relations patrimoniales endo-associatives entre les sociétés, associations et athlètes relèvent de la juridiction étatique du juge ordinaire; d) les mesures d'admission et d'exclusion des compétitions, ou qui ont de toute façon un impact sur la participation aux compétitions, semblent faire l'objet de la justice sportive, mais sans exclure un recours à la justice administrative étatique; e) les droits subjectifs non patrimoniaux dans le domaine sportif relèvent de la juridiction administrative étatique, tout comme sur les actes administratifs-organisateurs des institutions sportives[16].

---

[12] G. Paolo Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova, 2019, pag. 36; S. Romano, *L'Ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le Fonti e i Caratteri del Diritto*, Pisa, 1917.

[13] Sentenze nn. 49 del 2011 e 160 del 2019.

[14] F. Cardarelli, in AA.VV. a cura di G. Terracciano, *Argomenti di diritto nazionale e internazionale dello sport e giustizia sportiva*, Roma, 2022, pagg. 11-40; P. Sandulli, *ibidem*, pagg. 211-346.

[15] G. Pesce, *Questioni vecchie e nuove sull'autonomia dell'ordinamento sportivo: dal vincolo di giustizia alle vicende della Sport e Salute S.p.A.*, in *www.judicium.it*, 11 gennaio 2022.

[16] G. Terracciano, *L'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale: le impugnazioni avanti la giustizia amministrativa e i relativi presupposti*, coautore A.M. Colarusso, in Gazzetta Forense, marzo-aprile 2023.

ISSN 2036-7821

Les décrets législatifs n° 36, 37, 38 et 39 de 2021 ont également eu un impact significatif sur la réglementation de tous les sujets des organisations sportives, et le processus de réforme semble toujours en cours, car récemment, avec le décret législatif n° 120 du 29 août 2023, le Registre national des activités sportives amateurs a été réformé, auquel toutes les sociétés et associations sportives amateurs (et tout autre organisme sportif amateur) doivent s'inscrire pour accéder aux avantages et contributions et éventuellement acquérir la personnalité juridique.
En outre, avec le même décret n° 39/2021, une discipline spécifique sur la prévention des abus, violences et discriminations dans l'activité sportive est introduite, obligeant toutes les associations et sociétés sportives à adopter des modèles organisationnels et de contrôle de l'activité sportive et des codes de conduite sur la base des lignes directrices du CONI et donc d'un organisme public, prévoyant également des sanctions en cas de non-respect dans les délais prévus.
Il semble indéniable maintenant l'inexistence de toute autonomie organisationnelle des sujets opérant dans le monde du sport, avec une tendance expansive de l'ordre juridique étatique correspondant à une récession de l'autonomie du domaine sportif.

4. Conclusion.

En fin de compte, la gouvernance du sport semble progressivement avoir basculé des institutions représentant le mouvement sportif aux institutions publiques étatiques, sur la base d'une législation nationale et régionale qui confère de plus en plus de pouvoirs décisifs à des entités publiques, tant en termes de principes et de gestion du sport (également entendu comme service public) que sur le plan des ressources économiques en soutien aux fédérations et aux infrastructures sportives.
En examinant de près, en Italie, la centralité du Comité Olympique National Italien (CONI) en ce qui concerne le mouvement sportif a été réduite, avec le transfert de compétences significatives, y compris sur le plan technique, à une société par actions entièrement publique, Sport e Salute S.p.A., détenue par le Ministère de l'économie et des finances et contrôlée par la Présidence du Conseil des ministres par l'intermédiaire du Ministre délégué aux sports. Les financements considérables pour le sport alloués par les lois budgétaires sont transférés via le Département du sport à la société Sport e Salute, qui les destine en partie au financement des fédérations sportives. La structure même du CONI, bien qu'il demeure l'entité principale en tant que Comité olympique national, a été fortement réduite et reçoit elle-même un financement de l'État via la société Sport e Salute. En d'autres termes, la gouvernance du sport en Italie a été révolutionnée ces dernières années, avec un renforcement évident du rôle de l'État, à travers ses organes ministériels, tant du point de vue réglementaire que des contrôles et du système judiciaire.

ISSN 2036-7821

Le mouvement sportif reste bien sûr vivant au sein des fédérations, qui dépendent cependant de plus en plus des financements de l'État et sont soumises à des règles de conduite de plus en plus d'ordre public.
Le nouveau principe introduit dans la Constitution laisse, toutefois, entrevoir une perspective différente, car les valeurs présentes dans l'activité sportive sont reconnues par la République, et selon l'article 114, la République est constituée par les Communes, les Provinces, les Métropoles, les Régions et l'État. L'État n'a aucune primauté en ce qui concerne l'activité sportive, et les valeurs éducatives, sociales et de bien-être qui y sont liées sont transversales à tous les niveaux de gouvernement, engageant ceux-ci, dans les limites dimensionnelles et selon le principe de la subsidiarité verticale, à promouvoir toute initiative utile pour la pratique sportive, en soutenant également les organisations privées (fédérations, organismes de promotion sportive, associations et clubs sportifs) opérant dans ce domaine.
Dans une certaine mesure, il semble que l'activité sportive représente un bien collectif ou commun et puisse même être considérée comme un enrichissement du domaine des prétendus intérêts diffus. Cela peut également avoir une certaine pertinence en ce qui concerne l'établissement de normes spécifiques (niveaux essentiels de prestations) à reconnaître sur l'ensemble du territoire national, indépendamment de la compétence pour l'exercice du service public connexe.
En conclusion, l'organisation de la gouvernance dans le domaine du sport ne semble pas encore clairement définie (sauf en ce qui concerne la pratique sportive de haut niveau et d'intérêt olympique, qui est de toute façon réglementée par le CONI), mais l'intérêt public pour l'activité sportive doit certainement être protégé et poursuivi par tous les niveaux de gouvernement, à commencer par les entités territoriales.
Le bien commun "sport" nécessite donc une coopération totale, voire une interpénétration, entre l'exercice du pouvoir public à tous les niveaux et l'activité des acteurs privés du mouvement sportif, également dans une mise en œuvre nécessaire

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La monografia scientifica in Diritto Amministrativo

di Guido Clemente di San Luca

(Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. Premessa. – 2. Che cosa si intende per monografia scientifica. – 3. I presupposti per scrivere una monografia di Diritto Amministrativo. – 4. I criteri ed il metodo per scriverla fra certezza e plausibilità del diritto. – 5. Considerazioni conclusive con qualche cenno alla collocazione editoriale, alle Scuole ed alle collane scientifiche.

Abstract

Questioning what a scientific monograph should mean, why it should be written, and how it should be constructed is anything but trivial. And perhaps even more so with specific reference to Administrative Law, considering the peculiar characteristics of this discipline.

It can well be said that every young scholar who sets out to undertake the path of scientific research in the field in question is in some way 'conditioned' by the desire/duty to write it.

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Interrogarsi su cosa debba intendersi, perché scrivere, e come vada costruita, una monografia scientifica è questione tutt'altro che banale. E forse ancor di più con specifico riferimento al Diritto Amministrativo, considerate le caratteristiche peculiari di questa disciplina.

Può ben dirsi che ogni giovane studioso che si avvia ad intraprendere il percorso della ricerca scientifica nel campo in parola sia in qualche modo 'condizionato' dal desiderio/dovere di scriverla.

Per ragionare sul tema appare preliminare definire, sia pur convenzionalmente, la monografia scientifica. A seguire occorre soffermarsi sui presupposti necessari per scriverla, *in primis* sulle motivazioni che animano e giustificano il progetto di ricerca, il che è intimamente collegato con il metodo scientifico che s'intende adottare. Bisogna, infine, brevemente accennare al procedimento – all'ordine, al piano, alla scansione metodologica del progetto – da doversi seguire per la sua redazione.

2. Che cosa si intende per monografia scientifica.

Il primo dubbio da risolvere è se la monografia scientifica debba costituirsi necessariamente in un libro, o possa consistere anche in un articolo, un saggio. È evidentemente una questione di lessico. Nel Vocabolario Treccani si legge che *saggio* è uno «Scritto di carattere specifico o *monografico*, di *limitata estensione*, in cui l'autore analizza criticamente un testo, un avvenimento, un personaggio, un fenomeno e sim., fornendone una interpretazione personale». Al lemma *monografia*, invece, viene attribuito il significato di «Scritto di carattere storico, letterario, scientifico, che *tratta* un personaggio, un soggetto, *un argomento* determinato, *di solito con criterî scientifici*».

Sembra, dunque, non rinvenirsi una significativa differenza fra i due termini, al punto che, con ogni probabilità, essi potrebbero non erroneamente adoperarsi in maniera sinonimica. La diversità, infatti, si rinviene essenzialmente su base quantitativa. Tanto che un saggio 'corposo', che superi perciò la «limitata estensione», ben potrebbe qualificarsi come 'monografia'. Insomma, il saggio rappresenterebbe sì uno «scritto di carattere monografico», ma «di limitata estensione».

Ad accomunare le due parole, invero, è il fatto che entrambe consistono in uno «scritto». Mentre il primo è caratterizzato dalla analisi critica di «un testo, un avvenimento, un personaggio, un fenomeno», del quale l'autore fornisce «una interpretazione personale». Il secondo ha ad oggetto «un personaggio, un soggetto, un argomento determinato», ma – quel che più conta – trattato «di solito con criterî scientifici».

In definitiva, posto che, ove si tratti di una monografia scientifica, non possono non seguirsi «criterî scientifici», la monografia affronta, non diversamente dal saggio, lo

ISSN 2036-7821

studio di un tema determinato, offrendo di esso una lettura che restituisce la «interpretazione personale» dell'autore.
Scrivere una monografia, comunque, significa redigere un testo nel quale si sostiene scientificamente una *tesi*. Si tratta, cioè, di formulare una *ipotesi* (su un dato tema) che, attraverso una ricerca basata sul metodo scientifico, viene dimostrata, appunto, in *tesi*. Possono darsi *monografie* meramente 'ricognitive', nelle quali su un dato tema vengono sistemate, secondo logica ed in base ad una lettura critica, le impostazioni e/o le opinioni della dottrina e della giurisprudenza. Possono darsi, invece, *monografie* volte a soddisfare un più ambizioso obiettivo teorico-concettuale: in questo caso il lavoro si risolve – oltre che nella 'ricognizione' (e sulla base di questa) – nella 'ricostruzione dogmatica' del tema.

3. I presupposti per scrivere una monografia di Diritto Amministrativo.

L'interrogativo, però, forse più pregnante sta nel domandarsi perché ci si determini nel senso di scrivere una monografia. Il che significa ragionare, da un lato, sulle motivazioni e, dall'altro, su quali presupposti debbano sussistere per farlo.
Quanto al primo aspetto, sarebbe ipocrita non riconoscere che la motivazione più diffusa stia nell'aspirazione – sia chiaro, in sé non disprezzabile – di conseguire un *upgrading* della carriera: in seno alla comunità scientifica di riferimento, invero, è opinione comune che occorra aver pubblicato almeno una monografia per vincere ormai anche un concorso di ricercatore universitario; due per conseguire l'abilitazione scientifica a svolgere le funzioni di professore associato; tre per quella di professore ordinario.
Orbene, è indubbio che siffatta evoluzione sia il frutto della virtuosa ambizione a conseguire la indispensabile moralizzazione dei costumi accademici, avendo tutti, ed *in primis* l'opinione pubblica, dovuto assistere a (e digerire) insopportabili manifestazioni di 'baronia' e nepotismo, non di rado sfacciatamente arroganti[1].

---

* Il contributo è destinato agli *Scritti in memoria di Beniamino Caravita*, in corso di pubblicazione.

** Ho scelto di onorare la memoria di Beniamino Caravita di Toritto con uno scritto volto a rielaborare lo schema e gli appunti predisposti per la Lezione al *Workshop di scrittura scientifica in materie giuspubblicistiche* – iniziativa che prese le mosse da un'idea di Beniamino e meritoriamente portata avanti, dopo la sua scomparsa, dai suoi allievi, e segnatamente da Federico Savastano – su *La monografia scientifica*, con specifico riferimento al Diritto Amministrativo, tenutosi presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Roma La Sapienza il 27 settembre 2023. Ringrazio le dottoresse Alessandra Camaiani, Antonella Corsale, Lina De Fusco e Giorgia di Nuzzo ed il dott. Mario Paladino, dottorandi di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli, per aver discusso con me il testo ed avermi aiutato nella ricerca bibliografica.

[1] Sui concorsi universitari la letteratura è amplissima. A partire dal più risalente, ed amaramente ironico, contributo di V. ZENO ZENCOVICH, *Di Pietro e il professore*, in *Contratto e impresa*, 1993, pp. 837 ss. Più di recente, fra gli altri, si v.: G. RIVELLINI, *Il reclutamento dei professori universitari e la codifica dei saperi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, fasc. 3, pp. 385 ss.; R. PALLIGGIANO, *Il conflitto di interessi nei concorsi universitari tra "ragion pratica" e principio di trasparenza*, in *federalismi.it*, 2022, fasc. 27, pp. 259 ss.; G. VISINTINI, *Un tema scottante: il reclutamento della docenza nelle università*, in *Contratto e impresa*, 2021, fasc. 4, pp. 1324 ss.; A. SAPORITO, *La legge n. 240/2010 ed il reclutamento dei ricercatori universitari: la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte costituzionale chiamate a pronunciarsi sulla*

ISSN 2036-7821

Cionondimeno, appare inaccettabile cadere nell'eccesso opposto: consegnare, cioè, la valutazione della qualità dei 'prodotti scientifici' a criteri di mera contabilità burocratica[2], oppure intrinsecamente ambigui ed ipocriti[3], per uniformarsi ai quali i più (o meno) giovani studiosi finiscono per perdere l'autenticità del bisogno di studiare e scrivere, non riuscendo, perciò, a tenere in disparte quella vera e propria istigazione a 'corrompere' la necessaria purezza e nobiltà del relativo intento, creatasi per effetto della perversità assunta dal sistema.
Lo studio funzionalizzato a scrivere una monografia e poi, per naturale conseguenza, la sua redazione devono conservare come fine del tutto prevalente quello di offrire

precarietà di sistema, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2019, fasc. 63, pp. 202 ss.; M. ASARO, *Il reclutamento dei docenti universitari e il contenzioso sull'art. 18 della legge n. 240/2010*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2018, fasc. 3, pp. 215 ss.; F. LUNARDON, *La giurisprudenza amministrativa in tema di reclutamento dei professori universitari*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2018, fasc. 4, pp. 33 ss.; M.D. FERRARA, *La ricerca a termine: problemi e prospettive del reclutamento dei ricercatori universitari*, in *Diritti lavori mercati*, 2017, fasc. 1, pp. 61 ss.; M. ASARO e L. BUSICO, *Le procedure di chiamata dei ricercatori a tempo determinato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, fasc. 1, pp. 56 ss.; A. BELLAVISTA, *Reclutamento universitario e dintorni: tempi difficili, scelte tragiche, incubi giuridici*, in *Munus*, 2016, fasc. 3, pp. 663 ss.; A. SANDULLI, *L'immoto perpetuo: patologie del reclutamento locale dei docenti universitari*, in *Munus*, 2016, fasc. 3, pp. 745 ss.; L. VIOLA, *Commissioni di concorso, sorteggio dei commissari e analisi economica del diritto: un primo approccio*, in *federalismi.it*, 2012, fasc. 23; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La nuova disciplina del reclutamento dei professori universitari alla luce della riforma del sistema universitario*, in *Munus*, 2011, fasc. 1, pp. 211 ss.; C. FRANCHINI, *Il nuovo sistema di reclutamento dei professori universitari e l'apologo di Schopenhauer*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, fasc. 7, pp. 802 ss.; S. QUINTILI, *Il reclutamento dei professori e ricercatori universitari: un bilancio del sistema dei concorsi locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, fasc. 2, pp. 202 ss.

[2] Fondati, appunto, sul numero, sulla 'quantità', di pubblicazioni, quasi che si stesse ordinando dal salumiere il prosciutto per la cena, in base al numero dei commensali.

[3] Anche sulla VQR la letteratura è cospicua. Più di recente, cfr., fra gli altri: C. DE FIORES, *Per una critica della valutazione. Il sistema universitario tra autonomia finanziaria e retorica del merito*, in *Dem. dir.*, 2022, fasc. 3, pp. 13 ss.; E. ROSSI, *Prime considerazioni sulla procedura VQR 2015-2019 (con specifica attenzione ai settori IUS/08, Diritto costituzionale, e IUS/09, Istituzioni di Diritto pubblico)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2022, fasc. 6, pp. 6 ss.; B. RABAI, *C'era una volta il carattere libero ed indipendente del sapere accademico*, in *Nuove Autonomie*, 2020, fasc. 1, pp. 203 ss.; E. RIPEPE, *Introduzione alla prima sessione. Con alcune divagazioni sulla SIFD, sul ruolo [non] riconosciuto alle società scientifiche nel sistema universitario italiano e sulla presunta scientifizzazione delle valutazioni di docenti e aspiranti tali*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, fasc. x, pp. 21 ss.; G. COLOMBINI, *L'università e il cacciatore con il fucile spianato*, in *Dir. soc.*, 2018, fasc. 1, pp. 71 ss.; E. FURIOSI, *La valutazione della qualità della ricerca (VQR) al vaglio del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 2018, fasc. 6, pp. 1087 ss.; P. SERAFINO, *L'Assicurazione della Qualità nel sistema Universitario Italiano: risvolti applicativi*, in *Amministrativ@mente*, 2018, fasc. 7-8; ID., *La valutazione dell'Assicurazione della Qualità nell'Università Italiana. Dal processo di Bologna al sistema AVA*, in *Amministrativ@mente*, 2018, fasc. 1-2; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Valutazione della ricerca, valutazione delle riviste e cooptazione universitaria*, in *federalismi.it*, 2017, fasc. 4; A. SANDULLI, *La classificazione delle riviste scientifiche e la revisione tra dispari*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, fasc. 4, pp. 436 ss.; G. VESPERINI, *L'ANVUR nella "governance" del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, fasc. 4, pp. 431 ss.; E. BALLETTI, *La classificazione delle riviste e le altre sedi editoriali in relazione alle procedure di abilitazione scientifica nazionale*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2016, fasc. 3-4, pp. 399 ss.; S. BELLOMO, *La valutazione della ricerca e della didattica universitaria in corso di carriera e i relativi riflessi economici*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2016, fasc. 3-4, pp. 423 ss.; E. GRAGNOLI, *La mancata valutazione della ricerca scientifica dei professori universitari*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2013, fasc. 2, pp. 129 ss. La questione della valutazione si pone anche sulla qualità della didattica, su cui, da ultimo, si v. N. AVERSANO, M. LUCCHESE, F. DI CARLO et al., *La valutazione della Didattica nelle Università: un confronto tra il modello AVA e il "framework" del capitale intellettuale*, in *Azienda Pubblica*, 2019, fasc. 1, pp. 79 ss.

ISSN 2036-7821

un contributo allo sviluppo della disciplina scientifica, alla crescita della dottrina in quel determinato campo.
Assume pertanto centralità l'idea, lo spunto, da cui si origina, scaturisce e sprigiona l'energia motrice della ricerca. Che possono essere i più diversi. La genesi, invero, può derivare da una o più sentenze che sembrano segnalare un nuovo orientamento giurisprudenziale, la cui fondatezza va valutata e 'commisurata' al vaglio critico dello scrutinio scientifico. Ovvero può derivare da una riforma normativa, che introduce nuovi istituti, oppure suggerisce una rimeditazione *funditus* di alcuni di quelli esistenti. Ovvero, ancora, da una lettura nuova e diversa di un dato fenomenologico pre-giuridico – economico, tecnologico, sociale, ecc. – che richiede un più o meno significativo aggiornamento, oppure addirittura un radicale mutamento, della ricostruzione teorica del suo assetto giuridico.
È per questo che la originalità rappresenta uno dei principali criteri della valutazione scientifica di un'opera giuridica. Originalità che, però, non deve connotare necessariamente l'oggetto del tema di ricerca. È infatti possibile che essa risieda anche, e forse soprattutto, nel cogliere compiutamente la sua evoluzione.
Talora, infine, può essere utile anche una attenta e rigorosa sistemazione ricognitiva del tema. Tuttavia, è meglio – perché serve di più – offrire un contributo ricostruttivo.

4. I criteri ed il metodo per scriverla.

La redazione, naturalmente, deve essere assistita da rigore metodologico, a prescindere dal metodo assunto, che peraltro – com'è noto – non è affatto questione secondaria[4]. Qualunque metodo venga prescelto (che sia quello deduttivo, quello

[4] Il dibattito sul metodo giuridico è tuttora vivissimo. Sul tema chi scrive ha avuto modo di esprimersi in più di una occasione. Si v. i contributi: G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista studioso nel processo di modernizzazione della P.A.*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 2019 ss.; ID., *Emergenza pandemica e strumentario giuridico-istituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2021, pp. 83 ss.; ID., *Il giurista tra accademia e società*, in *Amministrativ@mente*, 2022, n. 4, pp. 90 ss. (in una versione parzialmente diversa ed in lingua inglese, *The jurist between academy and society*, in *IusPublicum*, 2022, fasc. 2), ai quali tutti naturalmente si rinvia. Fra gli altri, senza alcuna pretesa di esaustività, si v. anzitutto, ovviamente: V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo (i presupposti, il sistema, le fonti)*, in ID. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, Società Editrice Libraria, 1900, pp. 3 ss.; T. ASCARELLI, *Dispute metodologiche e contrasti di valutazione*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1953, pp. 115 ss.; F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno al metodo*, in *Scritti giuridici in onore di A. De Marsico*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 154 ss.; N. BOBBIO, voce *Metodo*, in *Nss. Dig. it.*, vol. X, 1964, pp. 602 ss. Poi, senz'altro, L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, pp. 321 ss.; S. RODOTÀ, *Un metodo tra i metodi?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, pp. 273 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *In limine*, in *Dir. pubbl.*, 1, 1995; S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista Diritto Pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, pp. 789 ss.; e ancora A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (discutendo con Sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 639 ss. Cui *adde*: A. ROMANO TASSONE, *Pluralità dei metodi ed unità della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 1998, pp. 651 ss.; L. BENVENUTI, *Metodo giuridico, autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 1998, pp. 661 ss.; N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, pp. 1159 ss.; di nuovo A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 11 ss.; L. IANNOTTA, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 133 ss.; G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, pp. 833 ss.; A. TRAVI, *Il metodo nel*

ISSN 2036-7821

induttivo, o quello induttivo/deduttivo, non importa), in ogni caso, va dichiarato ed illustrato nel capitolo introduttivo, ove occorre chiarire in premessa come esso verrà impiegato in modo specifico per dimostrare in tesi l'ipotesi che costituisce l'obiettivo della ricerca.

Si presenta comunque indispensabile l'uso corretto delle fonti. In primo luogo, quelle normative: dalla Costituzione alla regolamentazione europea, alla legislazione statale e regionale, fino alla regolazione amministrativa. A seguire, una ricerca meticolosa della giurisprudenza – tutta, da quella europea, a quelle costituzionale, ordinaria, amministrativa e contabile – che va accompagnata dal suo scrutinio coraggioso. Lo studio di normazione e giurisprudenza, naturalmente, deve essere assistito dalla logica.

Il lavoro, invero, deve restare saldamente dentro i confini, da un lato, delle norme giuridiche (*rectius*: disposizioni normative) e, dall'altro, del modo in cui esse effettivamente vivono nella realtà del cd. 'diritto vivente', lo studio del quale, peraltro, continua ad essere molto influenzato dall'inseguire un vero e proprio mito: la *certezza del diritto*[5].

Un mito che, per gran parte, sembra derivare dal naturale bisogno generale di perfetta linearità concettuale. Ma tale linearità, laddove si lasci il piano puramente teorico per trascorrere su quello del quotidiano vivere delle istituzioni, quasi sfuma, se non addirittura si dissolve, perché sovente, nel ricostruire il 'giuridico', si determinano obiettive rilevanti difficoltà, dovute, per un verso, al sempre più frequente ricorrere, nel concreto inverarsi dell'ordinamento, di lacune ed antinomie

diritto amministrativo e gli 'altri saperi', in *Dir. pubbl.*, 2003, pp. 865 ss.; G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 1 ss.; S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Annuario AIPDA 2006*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 87 ss.; M. D'ALBERTI, *Metodo e metodi di studio dell'amministrazione pubblica*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 31 ss.; C. DE FIORES, *Ascesa e declino del metodo orlandiano*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, pp. 21 ss.; G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, pp. 517 ss.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 549 ss. E, più di recente, F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando* reloaded, FrancoAngeli, Milano, 2020, in cui i saggi di: A. MOLITERNI, *Vittorio Emanuele Orlando e le vicende del metodo nella scienza del diritto amministrativo*, pp. 141 ss.; S. PENASA, *Ai confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato della Costituzione*, pp. 171 ss.; M. CASATI, *Irragionevole efficacia o ragionevole inefficacia. Prendere decisioni "matematicamente certe"*, pp. 195 ss.; R. BIN, *Orlando* reloaded?, pp. 395 ss.

[5] Sul tema, si v., di recente, il bellissimo libro di M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, spec. pp. 41-70, e la letteratura ivi richiamata, cui si rinvia. Com'è noto, la bibliografia sul punto è molto vasta. Fra gli altri, si v.: S. PRADUROUX, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Agg., 2014, pp. 65 ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999; M. CORSALE, voce *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VI, 1988; L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, vol. II, 1988, pp. 275 ss.; A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto. II) Profili applicativi*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VI, 1988; F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968; M. LONGO, voce *Certezza del diritto*, in *Nss. Dig. It.*, vol. III, 1966, pp. 128 ss.; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1951, pp. 146 ss.

ISSN 2036-7821

e, per altro verso, al correlato ipertrofico protagonismo dei giudici[6]. Insomma, dovrebbe registrarsi con onestà intellettuale che la *certezza del diritto* – ammesso e non concesso che sia mai stato considerabile ricorrente in modo comprovato il relativo principio[7] –, benché costituisca tuttora un prezioso valore tendenziale dell'ordinamento, rappresenti un mito sul viale del tramonto[8].

La virtuosa aspirazione a conseguirla, con ogni evidenza, non riesce a nascondere – non lo si può non riconoscere – la sua fragilità. Ad un'attenta osservazione della realtà, essa sembra esser stata proficuamente rimpiazzata dalla *plausibilità del diritto*[9]. Un concetto che va di pari passo con quelli di *ragionevolezza* e *proporzionalità*, propri

[6] Bisogna, cioè, acquisire consapevolezza che la tranquillizzante sensazione di armonia concettuale derivante dalle spiegazioni squisitamente teoriche è fallace ed ingannevole, perché, sul piano della realtà, si rivela viceversa illusorio che, in qualche modo, 'tutto torni'.

[7] Fino a qualche decennio fa, a dire il vero, si parlava pacificamente di 'certezza del diritto' come di un sicuro e fondamentale principio ispiratore dell'ordinamento. Sin da allora, peraltro, lo si faceva in maniera acritica, sulla base di un consolidato, ma tralaticio, luogo comune, ben sapendosi che nel diritto non proprio tutto fosse certo. Si fa fatica, del resto, ad intendere per certezza qualcosa che si discosti dall'attitudine a prefigurarsi, fondatamente, l'esito di una controversia in applicazione delle norme vigenti. Epperò, è sufficiente pensare al fisiologico ruolo peculiare della giurisprudenza – la quale ben può, e anzi per certi versi ontologicamente deve, cambiare orientamento – per capire come l'idea stessa di certezza del diritto, se presa in modo assoluto ed integrale, sopporti intrinsecamente un limite: quello di rappresentare una mera aspirazione utopistica. Paradossalmente, se il principio fosse stato sempre effettivamente seguito, dovrebbe esser ancora vigente il diritto romano. Per certezza, dunque, mai si è potuto intendere *fissità* del diritto. Che il principio di certezza del diritto vada sempre più configurandosi come una chimera è l'opinione anche di E. FOLLIERI, *Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars interpretandi*, 2015, n. 2, pp. 103 ss., 103. Non diversamente, A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, 2018, p. 63, evidenzia che la certezza del diritto finisce «per essere utilizzata soprattutto in negativo, nel senso di "non incertezza" del diritto, il che – ad attentamente riflettere – sembra non avere molto senso (oltre che utilità), in quanto pare segnalare che la certezza del diritto costituisca più che altro una categoria ideale, desiderabile sì (perché avvertita come "un'esigenza irrinunciabile"), ma così irrealizzabile da non poter essere effettivamente applicata alla realtà giuridica nella sua accezione positiva».

[8] La tendenza descritta può ben dirsi essere andata in Italia consolidandosi da quando, agli inizi degli anni '90 del secolo scorso, nell'ordinamento italiano si è scelto di intraprendere la strada del sistema elettorale maggioritario in luogo di quello proporzionale, senza però opportunamente adeguare l'impianto costituzionale costruito sulla base di quest'ultimo. Al fine di conseguire l'agognata stabilità di governo, si è finito col perdere la stabilità del sistema: la stabilità del governo per l'intera durata di una legislatura, derivante da una verosimilmente prevedibile alternanza fra i due opposti schieramenti politici, infatti, ha comportato (e in qualche modo fisiologicamente comporta) un andamento costantemente schizofrenico della disciplina di settori fondamentali per la vita della comunità nazionale (sanità, scuola, beni culturali, e così via). Basti pensare – per riferirsi ad un settore che interessa più da vicino gli studiosi accademici – all'ordinamento degli studi universitari. Come è noto, nell'arco di poco più di due lustri, si è passati dal cd. 'vecchio' ordinamento (per Giurisprudenza, corso di laurea quadriennale), dapprima al cd. 'nuovo' ordinamento (quello del 3+2), e poi al cd. 'nuovissimo' ordinamento, che, con l'istituzione della laurea magistrale, in qualche modo ha ripristinato la filosofia del 'vecchio': nessuno può negare che, nel caso di specie, sull'altare della stabilità dei governi si è evidentemente sacrificata la stabilità di sistema. Oggi, quindi, non pare proprio si possa più parlare con ragione di certezza del diritto. Ad ogni elezione, la nuova compagine governativa manifesta l'attitudine a modificare sensibilmente – quando non ad azzerare del tutto – le scelte anche di fondo operate da quella precedente. In una siffatta *koiné* culturale, di che certezza del diritto è dato dunque parlare?

[9] E conseguire almeno questa – vista l'opera, talora veramente sconcertante, della giurisprudenza – sarebbe già un buon risultato per contenere gli arbìtri e rasserenare l'animo degli studiosi.

ISSN 2036-7821

delle civiltà che bandiscono fondamentalismi e totalitarismi d'ogni genere[10]. In definitiva, pare che vada sempre più diffondendosi la persuasione che – in generale, e specialmente per il diritto (*tout court*, non solo per il diritto amministrativo) – non esista una verità assoluta, bensì tante possibili sue versioni che postulano, di volta in volta, la ricerca di quella più verosimilmente convincente: appunto, plausibile[11].

Il lavoro – si diceva – va contenuto nel perimetro segnato, per un verso, dalle disposizioni normative e, per l'altro, dal modo in cui esse trovano effettiva applicazione nella realtà. Ed infatti, il pur indispensabile confronto fra le diverse teorie rischia di apparire come un esercizio – necessario sì, ma in fondo essenzialmente, o forse puramente – 'esibizionistico', e dunque fine a sé stesso, funzionalizzato a dar conto delle conoscenze 'culturali' dell'autore, un esercizio sul quale, perciò, è bene non indugiare più di tanto. Insomma, analizzata attentamente la dottrina, bisogna poi andare oltre, ed operare sul dato di diritto positivo e sulla relativa giurisprudenza, al fine di ricavare da ciò, per via induttiva, una possibile ricostruzione teorica 'innovativa'.

Questo, evidentemente, nella piena convinzione che al giurista tocchi di operare sulle «leggi scritte», quelle cioè «dell'eteroregolazione, nelle quali dovrebbe tradursi il principio di autorità», giacché queste «costituiscono in realtà lo strumento della progettazione e dell'emancipazione individuale e politico-sociale», diversamente dalle «leggi non scritte, le leggi dell'autoregolazione, nelle quali dovrebbe tradursi il principio di libertà», ma che invece costituiscono «lo strumento della conservazione e del predominio degli interessi consolidati». E scegliere la prospettiva della eteroregolazione appare doveroso, «non certo per pregiudizio statalistico e autoritario, bensì per realismo e – se proprio ha da esservene uno – per pregiudizio democratico, egalitario e libertario»[12].

In altre parole, sembra da respingere la prospettiva secondo cui si deve considerare

---

[10] Ed invero, preferire a quella della *certezza* la linea-guida della *plausibilità*, lasciandosi definitivamente sedurre dalla cultura del «diritto mite» (per usare l'espressione che dà titolo al ben noto libro di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992), sembra una strada assai più convincente. In proposito, si v. anche N. BOBBIO, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Linea d'ombra, Milano, 1994.

[11] Che il valore tendenziale dell'ordinamento sia, non più la certezza, bensì la plausibilità del diritto, trova significativa conferma, nel diritto amministrativo, dalla elaborazione concettuale della nozione di *interesse pubblico concreto*, che postula di ricavare, di volta in volta, nella singola fattispecie concreta, la strada possibile (perché contemplata dal sistema normativo) che consenta di intelligere il caso nella maniera più razionale, più logica, più ragionevole. Com'è risaputo, è sempre una norma ad attribuire un *interesse pubblico specifico* alla cura della P.A., ma ciò avviene in modo astratto, esso richiedendo sempre di essere storicizzato. L'assetto concreto che l'interesse pubblico dovrà assumere, sfugge ontologicamente alla compiuta previsione della legge, e non può che derivare dall'opera dell'interprete investito del compito, cui spetta di inferirlo dalla composizione di quello primario astrattamente fissato dalla fonte con tutti gli interessi secondari che interagiscono con esso nella fattispecie concreta, ciascuno dei quali concorre a determinare altrettanti segmenti del parametro di legittimità del provvedimento. L'esito di un siffatto processo mediativo appare in sé, per definizione, incapace di garantire certezza (se non per il rispetto dei canoni procedimentali fissati dalla legge), ma appunto soltanto una plausibile prevedibilità.

[12] Così M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto* cit., pp. 63-65.

ISSN 2036-7821

superato il ruolo assegnato al giurista dalla cultura dello *statute law*, giacché sarebbe necessario prendere le distanze dalla rigidità delle codificazioni ottocentesche, per lasciarsi dominare dalla «effettività» propria del «fattuale» (che predica la «atipicità»), sposando la elasticità e la duttilità funzionali all'«*homo aeconomicus*», generato per effetto della globalizzazione, originatasi nel seno della cultura del *common law*[13].

In quanto si è affermato potrebbe rinvenirsi una contraddizione. Ma non è così. Se non pare revocabile in dubbio la necessità per il giurista di restare ancorato al diritto positivo, ciò non sembra affatto dover necessariamente implicare la supina accettazione della 'certezza del diritto' quale principio caratterizzante in via assoluta e radicale ogni convinta posizione gius-positivistica[14].

Detto altrimenti, resta un'aspirazione virtuosa, e doverosa, considerare la certezza come una «*prospettiva* dalla quale il giuoco dei valori sociali, tradotti in principi costituzionali, dovrebbe essere sempre riguardato, in ragione di quel raccordo pace-sicurezza-statualità del quale il principio di certezza è manifestazione giuridica»[15]. Ciò nondimeno, è indubitabile che permane un significativo iato fra il *dover essere* astratto del diritto ed il suo *essere* concreto, che si pone come una questione ineludibile e centrale.

---

[13] È questo l'autorevole insegnamento di P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro It.*, 2002, V, col. 151 ss. Lo stesso A., peraltro, avvertiva dal rischio di lasciare, al potere delle grandi «*transnational corporations*» di prevalente origine nordamericana, la possibile «strumentalizzazione della dimensione giuridica», dimensione che finirebbe così per soggiacere «al soddisfacimento di interessi economici, spesso concretantesi – in un clima di capitalismo sfrenato – nel raggiungimento con ogni mezzo e ad ogni costo del maggior profitto possibile». E non è dubitabile che le tragiche crisi politiche e finanziarie mondiali degli ultimi anni reclamino nuovamente il bisogno – sempre più imprescindibile – di «organismi a proiezione mondiale necessari per fissare principi e definire regole». Ciò che, in buona sostanza, seppur in spazi geografici circoscritti dai confini nazionali, due secoli orsono ha dato vita, in Europa, alle codificazioni.

[14] Come è ben noto, la distinzione tra 'giusnaturalismo' e 'giuspositivismo' – su cui, fra tutti, si v. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, 2011 – sta, con estrema sintesi, in questo: in base al primo modo di intendere il diritto, la norma trova fondamento in una ragione naturale; in base al secondo, invece, la norma trova fondamento nella sua canonizzazione formale. È di tutta evidenza che i diversi modi di concepire il mondo, l'esistenza, o se si preferisce le differenti *Weltanschauung*, impongono un relativismo metodologico tale da suggerire che nessuno di essi può qualificarsi come *il* modo (*la Weltanschauung*) naturale: ognuno di essi pretende di esserlo, così rappresentandosi la ontologica impossibilità di convenire unanimemente su uno. Ciò non toglie, evidentemente, che, laddove si pervenga alla positivizzazione di un valore largamente riconosciuto come naturale – operazione che verrebbe di dire esser propria delle Costituzioni –, all'esito di un siffatto processo può, non senza ragione, qualificarsi come norma naturale quella positivizzata (ma, sia ben chiaro, resta la sua positivizzazione a renderla cogente). Nonostante a prima vista possa apparire il contrario, ad attentamente meditare, quanto appena affermato non è affatto contraddetto dal dramma di Antigone [della quale Sofocle racconta la sofferenza nello scegliere di seppellire il fratello Polinice contro il volere del tiranno Creonte, e la difesa mirabile ed appassionata avverso questi (che ne aveva negate le esequie, a differenza dell'altro fratello Eteocle – nel combattimento fra loro entrambi avendo trovato la morte –, perché era caduto, non per difendere, bensì per conquistare e distruggere la patria)], evocando la superiorità delle leggi divine su quelle umane. Come condivisibilmente osserva M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto* cit., p. 64, «la prospettiva di Antigone era tradizionale/aristocratica e quella di Creonte innovativa/democratica, la prima faceva valere l'immutabilità della legge non scritta; la seconda l'apertura al futuro di quella scritta».

[15] Così sempre M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto* cit., p. 54.

ISSN 2036-7821

È vero senz'altro che «se quel che *è* non coincide con quel che *deve essere* non vuol dire che s'abbia ragione di accettare come fisiologica una patologia»[16]. Tuttavia, lo iato esiste, si manifesta sempre più di frequente, e proprio non si vede come il bisogno/dovere di non rassegnarsi possa interdire l'osservazione della realtà fenomenica, la quale restituisce allo studioso una immagine sconfortante del diritto vivente, costruito dal quotidiano, diuturno, operare delle magistrature (tutte, dalle più alle meno alte). Un operare che si proietta in avanti assumendo in maniera progressiva il ruolo del giudice come creatore del diritto anche oltre il paradigma normativo, derivandosene una crescentemente rilevante scarsa capacità di prevederne le pronunce.

È proprio per questo che allo studioso spetta di verificare nella realtà giuridica positiva se una certa ipotesi deontologica – il *dover essere* di un istituto – corrisponda, o meno, al suo *essere* nel diritto vivente. Giacché, ove ciò non fosse, ove all'esito di una ricerca si rivelasse provata la mancata corrispondenza, non ci si può non chiedere quali conseguenze se ne debbano trarre sul piano teorico. Se la realtà del fatto è determinativa del diritto, o se, viceversa, è illegittima perché contraria al diritto. In altri termini, ci si deve interrogare sul se sia possibile, proprio alla luce del 'dover essere' (s'intende: giuridico), avanzare critiche di profilo giuridico al modo in cui si manifesti l'essere.

Ed invero, il compito dei giuristi non dovrebbe limitarsi a semplicemente registrare, prendere atto della cd. 'effettività', né più né meno che se fossero dei meri 'gazzettieri', o, al più, dei semplici certificatori di fenomeni etero-definiti fuori dal (e determinativi del) diritto, senza che quest'ultimo contribuisca in alcun modo alla loro conformazione definitiva. Perché, pur rinunciando al dogma/mito della certezza, e abbracciando il meno radicale paradigma della plausibilità, c'è spazio, eccome, per il diritto all'infuori della mera effettività.

D'altronde, quando ci si dispone allo studio delle istituzioni e degli ordinamenti giuridici, occorre sempre aver presente la dimensione costantemente in divenire di questi. Una siffatta propensione deve vieppiù assumersi allorquando le istituzioni e gli ordinamenti attraversano fasi di profonda trasformazione, qual è certamente quella contemporanea. In queste circostanze il giurista deve imporsi una specifica sensibilità nell'osservazione dei dati fenomenici, giacché, nel prefigurarsi il modello che si va costruendo, ma che non è ancora costruito, egli deve sapersi 'nutrire' di quanto non pare obsoleto del modello precedente, attingendovi a piene mani al fine di cogliere gli elementi che meritano di essere tenuti in vita. Nelle stagioni di trasformazione, egli deve approfondire, in modo problematico, la conoscenza dell'ordinamento che era, e che almeno in parte certamente non è più, al fine di potersi prefigurare (così anzi contribuendo a determinarlo) l'ordinamento che sarà,

[16] Così ancora M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto* cit., p. 56.

ISSN 2036-7821

ma che ancora non è. Quando tutto è confuso e in discussione, per immaginarsi l'approdo istituzionale cui la transizione perverrà è indispensabile sapere bene da dove si viene, e perciò capire quali siano stati i fattori che hanno determinato la crisi dell'ordinamento giuridico precedente, comportando il suo superamento verso quello che si va progressivamente costruendo[17].

In altri termini, dentro un dato ordine costituito l'ordinamento (può, e anzi) deve saper metabolizzare i cambiamenti economici e sociali così da rendere diversa, proprio perché da adeguarsi ai tempi, l'attuazione dei valori propri di quell'ordine. Epperò, se questi valori non vengono modificati per effetto di un evento rivoluzionario cruento, un bagno di sangue, dal quale si origini un nuovo potere costituente, essi devono necessariamente rappresentare il paradigma indefettibile del lavoro del giurista. Quel che conta sotto il profilo giuridico è che, per cambiare qualunque scelta di codificazione effettuata in precedenza, si rispettino le procedure stabilite dall'ordinamento.

Ed invero, ben ci si può cimentare sul piano dell'impianto assiologico positivizzato, a tal fine utilmente praticando la interdisciplinarità[18], e dichiarando in maniera intellettualmente onesta quale si ritenga di accogliere. Va precisato, però, che, ove lo faccia, lo studioso deve restare consapevole che ha due opzioni. O si muove sul terreno politico, della *politica del diritto* (che resta politica, perché il diritto costituisce soltanto l'ambito in cui essa si esercita), ed allora sarebbe (quasi del tutto) irrilevante la sua qualificazione professionale. Ovvero, se sceglie di operare sul terreno della *scienza giuridica*, i suoi giudizi di valore dovrebbero rimanere dentro (e non potrebbero debordare da) i margini della interpretazione, dell'ermeneutica, delle norme poste dall'ordinamento vigente, senza confondersi con la pur nobilissima proposizione di soluzioni (più o meno idonee) ai problemi sul tappeto. Ciò inevitabilmente sfocerebbe nel propugnare l'una o l'altra deontologia (non giuridica), e dunque nell'abdicare dal ruolo che gli compete, nell'abbandonare il campo del suo 'specifico' professionale.

Per spiegarsi con un esempio, si prenda il caso di un oggetto di studio di notevole importanza per il diritto amministrativo, quello della delineazione del confine tra

[17] Insomma, con una metafora, è come se, insoddisfatti del mondo in cui si vive, ci si tuffasse dalla sponda di un fiume, confidando che quello che si trova sulla sponda opposta siamigliore. Non è possibile però guadare il fiume, giacché le acque sono profonde e la sponda opposta assai lontana, al punto che nemmeno si può intravederla. Ebbene se, nuotando nel mezzo del fiume, giunti là dove non è più dato scorgere la sponda da cui ci si è mossi né quella opposta, ci si interrogasse su come sarà il mondo di là dal fiume, lo sforzo di immaginazione di quello che vi si troverà non può non risentire, in modo significativo, dell'apparato di conoscenze acquisito nella vita che si è abbandonata. In altri termini, pur sognando un mondo migliore, comunque non ce lo si potrà immaginare privo di quanto di buono c'era in quello dalquale si proviene.

[18] Ma senza perdere di vista la specialità delle diverse scienze sociali – economia, sociologia, politologia, ecc. –, che non possono esser fuse in unasola, in grado di occuparsi 'scientificamente' di tutti i profili.

ISSN 2036-7821

'pubblico' e 'privato'[19].

Orbene, con la sintesi e l'inevitabile conseguente estrema semplificazione imposte dalla sede, convenendosi che le due principali 'filosofie' – corrispondenti ad altrettanti modelli ideologici (che nella realtà non di rado si sono combinati e si combinano) –, cui da oltre un secolo si ispirano gli ordinamenti del mondo occidentale, siano quella liberale e quella socialista, si può facilmente capire che l'apprezzamento della misura, del grado di accoglimento dell'una e/o dell'altra in un dato ordinamento sia compito proprio del giurista, qualunque sia la veste operativa che assume (giudice, avvocato, studioso, ecc.). È a lui, infatti, che tocca saper leggere quanto di ciascuno dei due modelli sia stato trasfuso nel dato ordinamento. Non competendogli però, in quanto tale, di prender partito fra l'uno e l'altro, se non nei limiti della interpretazione giuridica delle norme.

È quindi nella prospettiva dell'ermeneutica[20] che la riflessione giuridica può e deve occuparsi della delineazione del confine in parola, e, pertanto, ragionare sulle cause che postulano in oggi l'arretramento del primo[21]. Ma solo al fine di verificare se i rimedi tecnico-giuridici previsti dal diritto positivo (per implementare le scelte politiche di privatizzazione) siano efficaci e coerenti con gli obiettivi che si volevano conseguire. Il profilo – come si comprende – è molto delicato, giacché il discrimine tra la politica del diritto e la scienza giuridica, o, se si vuole, fra l'operare *de jure condendo*, da un lato, e lo *jus conditum*, dall'altro, non di rado si presenta sottilissimo.

Per esprimersi allora ancor più chiaramente, il giurista deve restar fuori dall'esercitare l'opzione fra ciò che merita d'esser compito pubblico e ciò che invece conviene che sia lasciato al privato. Questa opzione in sé consiste in un giudizio di valore che, proprio perché tale, non gli compete. Solo una volta che sia stata effettuata dalla politica, il relativo contenuto, ormai codificato, costituirà l'imprescindibile parametro di riferimento dell'opera del giurista. Più in generale, non gli spetta di stabilire se e quanto, in oggi, lo Stato sociale possa o debba sopravvivere. Nella fisiologia della sua attività, però, rientra a pieno titolo lo studio della funzionalità degli istituti all'uopo predisposti dall'ordinamento. Entro questi limiti, può ben dirsi che la sua azione contribuisca in qualche modo ad integrare la scelta politica di delineazione del confine tra 'pubblico' e 'privato'.

Tuttavia, non v'è dubbio che il primo e più elevato livello dell'analisi giuridica abbia ad oggetto l'interpretazione della Costituzione. E, su questo terreno, il giurista deve

[19] Al riguardo, non appare revocabile in dubbio che, al fine di comprendere l'ambito di azione del giurista – laddove questi voglia cimentarsi con temi, come appunto la delineazione del confine fra 'pubblico' e 'privato', che affondano le radici, verrebbe di dire, nella filosofia, e quindi implicano la 'politicità' della loro risoluzione –, sia indispensabile interrogare e saper leggere il sistema delle fonti nel suo complesso, perché è in questo che è tenuto a trovare le risposte che cerca.

[20] Senza debordare, perciò, nell'agone politico.

[21] In buona sostanza, inefficienza e corruzione.

ISSN 2036-7821

cimentarsi con i valori e le *Weltanschauung* consacrati nella Carta, perché l'intero ordinamento è da questi informato. Se ne deriva che resta suo precipuo compito valutare, con riferimento al modello costituzionale e alle relative prescrizioni, anche le politiche di privatizzazione[22]. Ciò significa che, mentre non è giuridicamente apprezzabile il giudizio di valore sottostante alla scelta di siffatte politiche, lo è invece il giudizio di conformità, o anche di sola compatibilità, di queste con il paradigma costituzionale[23].

Naturalmente, tutto ciò chiarito, che l'indagine debba, dunque, partire dalla disciplina giuridica positiva non implica affatto che non si possa – e anzi, non di rado, proprio si debba – circoscrivere la 'casistica' dell'osservazione. Ciò risulta per vero – lo si intuisce facilmente – indispensabile. Una volta delimitato l'oggetto, l'ambito materiale, e cioè la 'casistica' su cui concentrare l'indagine, bisogna analizzare la giurisprudenza che ne offre la lettura concreta, e solo in base a ciò provare ad inferire un assunto teorico attraverso l'uso della logica.

In definitiva, sempre che si voglia conservare al giurista una specificità nel panorama allargato dei ccdd. 'scienziati sociali', appare questa la maniera corretta di procedere, e ciò anche rischiando l'accusa di 'formalismo'[24]. Sottoscrivere pienamente tale metodo, peraltro, non significa anche ritenere che le ragioni di una ricerca non possano (e anzi forse debbano sempre) trovare genesi in dati pre, o meta, giuridici. E infatti un conto è che esse consistano *anche* di considerazioni non giuridiche, altro, ben diverso, che lo svolgimento dell'indagine sia difforme dal metodo giuridico.

---

[22] E, perciò, la fissazione del confine tra 'pubblico' e 'privato'.

[23] È per questo che la Costituzione può efficacemente rappresentarsi con una suggestiva metafora. Una volta affermatosi il costituzionalismo, infatti, essa è paragonabile all'àncora che impedisce alla barca (l'ordinamento giuridico) di andare alla deriva: la misura della cima che lega l'àncora alla barca sta ad indicare la metodologia che il marinaio (il giurista) deve utilizzare: egli può scegliere di allungare od accorciare la cima, ma non di andare alla deriva. A meno che non salpi l'àncora, ciò che, fuori dalla metafora, integrerebbe una rivoluzione dell'ordine costituito. Se una Costituzione, ad esempio, predica il valore/principio della uguaglianza (così come fa la Carta italiana del 1948), è in relazione ad esso che il giurista deve misurare la legittimità di ogni scelta legislativa e conseguentemente, valutata quest'ultima come legittima, quella di ogni scelta amministrativa. Il valore/principio dell'uguaglianza persiste finché la Costituzione resta in vita. Tuttavia, un conto era realizzarlo (mediante leggi e, poi, atti e provvedimenti amministrativi) subito dopo la sua entrata in vigore; altro, ben diverso, conto è farlo dopo oltre settant'anni, nel frattempo essendo significativamente mutati gli scenari economico-sociali. Ed è facilmente comprensibile che legislazione e amministrazione vanno adeguate a seconda di come questi scenari cambiano. Il Legislatore, evidentemente, non può essere onnisciente ed infallibile. Non di meno, per valutare la legittimità delle scelte amministrative di regolazione e di gestione (provvedimentale e non), il giurista deve prioritariamente guardare alla legge (nel quadro disegnato dalla Costituzione), senza mai perdere la consapevolezza che questa può non essere costituzionalmente legittima e, per definizione, non può farsi carico di disciplinare ogni possibile situazione della multiforme vita associata.

[24] Il giurista è per definizione specialista della forma. Ma – si badi bene – ciò non significa che il giurista, per ciò solo, meriti l'accusa di formalismo. È formalista lo specialista della forma che la utilizza per tradire la sostanza. Di regola, invece, lo specialista della forma non è affatto formalista: il giurista, infatti, utilizza la forma per garantire, non per tradire, la sostanza. La forma è garanzia della sostanza. Ciò anche se è ben possibile che essa venga usata per svuotarla dei suoi propri contenuti. Il diritto è forma: è evidente che un tale assunto possa degenerare in formalismo, ma questo è il versante patologico di una fisiologia secondo cui, in essenza, il diritto è, e non può che restare, forma.

ISSN 2036-7821

Il rischio di sconfinare dagli ambiti propri del 'giuridico' è altissimo. Soprattutto in epoche caratterizzate da grandi trasformazioni, qual è indubbiamente quella presente, in cui si assiste alla emersione di fenomeni, temi e concetti del tutto nuovi.
Si pensi, ad esempio, alle ricerche, sempre più numerose, in tema di *cyberspazio*[25] e di metaverso[26], nelle quali il fascino della realtà virtuale può facilmente condurre l'autore a soddisfare il bisogno, più che fondato, di esplorare il nuovo ambito, facendosi così consistente il rischio di sconfinamento.
Si pensi, ancora, agli studi aventi ad oggetto *big data*[27], algoritmi[28] ed intelligenza

[25] Che, secondo il *Vocabolario on line Treccani*, è «Lo spazio virtuale nel quale utenti (e programmi) connessi fra loro attraverso una rete telematica (v., per es., internet) possono muoversi e interagire per gli scopi più diversi, come, per es., la consultazione di archivî e banche dati o lo scambio di posta elettronica […]. Per estens., nelle più recenti formulazioni teoriche, lo spazio virtuale costituito attraverso qualunque forma di scambio informativo a distanza, anche una telefonata». Sul tema, fra i tanti, si v.: M. MAURINO, Cybersecurity, *sicurezza nazionale e trattamento dei dati personali*, in R. URSI (a cura di), *La sicurezza nel cyberspazio*, Franco Angeli, 2023, pp. 169 ss.; F. SAMMITO, G. SICHERA, *L'informazione (e la disinformazione) nell'epoca di internet: un problema di libertà*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, fasc. 1, pp. 77-131; M. BETZU, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Diritto costituzionale*, 2020, fasc. 1, pp. 117-133; A. VENANZONI, *"Cyber"-costituzionalismo: la società digitale tra silicolonizzazione, capitalismo delle piattaforme e reazioni costituzionali*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2020, fasc. 1, pp. 5-34.

[26] Che, secondo l'*Enciclopedia on line Treccani*, è «Termine – impiegato per la prima volta nel 1992 da N. Stephenson nel romanzo cyberpunk ***Snow crash*** per indicare un mondo virtuale in 3D popolato di repliche umane digitali – con il quale si definisce una zona di convergenza di spazi virtuali interattivi, localizzata nel cyberspazio e accessibile dagli utenti attraverso un avatar con funzione di rappresentante dell'identità individuale. Superando i concetti di realtà virtuale e realtà aumentata, e come evoluzione dell'ubiquitous computing, la costruzione di un essere in presenza attraverso la tecnologia sociale (di cui Second life può essere considerato la forma prototipica) si avvale dell'interoperabilità fra mondi e piattaforme, in un ambiente di ricerca che crea e interconnette informazioni, soggetti, avatar e oggetti, corrispondendo al concetto di ***onlife*** elaborato da L. Floridi; l'universo costruito attraverso le reti globali di comunicazione trova tra i suoi campi di applicazione il gaming e l'intrattenimento, la formazione e la didattica, il marketing, le arti e le attività professionali. Il termine ha avuto vasta risonanza mediatica nell'ottobre 2021, quando M. Zuckerberg ha mutato la denominazione dell'azienda da lui fondata, che controlla piattaforme quali Facebook, Instagram e WhatsApp, in ***Meta Platforms, Inc.***, con logo il simbolo matematico dell'infinito». Sul tema, fra i tanti, si v.: M. RUBINO DE RITIS, A. FUCCILLO, V. NUZZO (a cura di), *Diritto e universi paralleli. I diritti costituzionali nel metaverso*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, in corso di pubblicazione; P. BONINI, *Il 'metaverso'. Questioni e prospettive di diritto costituzionale*, in *GiustAmm.it*, 2022, fasc. 9; A. CELOTTO, *Tema del 'metaverso' e delle sue implicazioni per l'ordinamento giuridico*, in *GiustAmm.it*, 2022, fasc. 7; G. NATALE, *Metaverso: necessità di un diritto reale per un mondo virtuale. Gli aspetti giuridici rilevanti del Metaverso*, in *Rass. Avv. Stato*, 2022, fasc. 1, pp. 237 ss.

[27] Che, secondo il *Vocabolario on line Treccani*, è la «Ingente insieme di dati digitali che possono essere rapidamente processati da banche dati centralizzate». Sul tema, fra i tanti, si v.: L. AMMANNATI, G.L. GRECO, *Piattaforme digitali, algoritmi e "big-data": il caso del "credit scoring"*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2021, fasc. 2, pp. 290-324; M. FRANZONI, *Lesione dei diritti della persona, tutela della "privacy" e intelligenza artificiale*, in *Jus civile*, 2021, fasc. 1, pp. 4-20; M. TRESCA, *Big data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, fasc. 2, pp. 545-557.

[28] La cui definizione, secondo il *Vocabolario on line Treccani*, è diversificata in due: «In informatica, insieme di istruzioni che deve essere applicato per eseguire un'elaborazione o risolvere un problema. - In logica matematica, qualsiasi procedimento "effettivo" di computo di una funzione o di decisione di un insieme (o predicato), cioè qualsiasi procedimento che consenta, con un numero finito di passi eseguiti secondo un insieme finito di regole esplicite, di ottenere il valore della funzione per un dato argomento, o di decidere se un dato individuo appartiene all'insieme (o soddisfa il predicato)». Sul tema, fra i tanti, si v.: D.U. GALETTA, *L'azione amministrativa e*

ISSN 2036-7821

artificiale[29], tutti argomenti che, con ogni evidenza, impattano significativamente sulla questione della formazione delle decisioni pubbliche, della riduzione dei margini di discrezionalità che residuano in capo all'autorità amministrativa e della loro più penetrante sindacabilità giurisdizionale.

Si pensi, infine, ai temi – diversi benché connessi – della digitalizzazione dell'amministrazione pubblica, quel processo, cioè, di ammodernamento ed aggiornamento della P.A. allo scopo di migliorare la gestione e la sicurezza delle informazioni, ed il loro accesso[30]; e della amministrazione digitale, o *e-government*[31], attraverso cui, allo scopo di fluidificare i processi amministrativi nella resa dei servizi pubblici riducendone i costi, si adoperano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) in modo da rendere più efficiente l'azione.

Trattando tali temi, è facile lasciarsi sedurre dal loro fascino, perdendo di vista che il giurista deve affrontarli studiandone le ricadute sulla costruzione degli istituti giuridici coinvolti. E dunque, il fatto che l'ipotesi di lavoro riguardi fenomeni e concetti del tutto nuovi, e perciò sia fondata su valutazioni di ordine tecnologico, economico, sociologico o politico-istituzionale, può facilmente indurre ad attendersi una ricerca squilibrata sul versante non *stricto sensu* giuridico. Così occorre, sì, partire dalla descrizione degli assunti teorici consolidati; ma solo perché sembra necessario

---

il suo sindacato: brevi riflessioni in un'epoca di algoritmi e crisi, in *Questione Giustizia*, 2021, fasc. 1, pp. 225-231; G. GIORGINI PIGNATIELLO, *Il contrasto alle discriminazioni algoritmiche: all'anarchia giuridica alle "Digital Authorities"?*, in *federalismi.it*, 2021, fasc. 16, pp. 114-135; G. LO SAPIO, *La trasparenza sul banco di prova dei modelli algoritmici*, in *federalismi.it*, 2021, fasc. 11, pp. 239-252.

[29] Che, secondo l'*Enciclopedia on line Treccani*, è «Disciplina che studia se e in che modo si possano riprodurre i processi mentali più complessi mediante l'uso di un computer. Tale ricerca si sviluppa secondo due percorsi complementari: da un lato l'i. artificiale cerca di avvicinare il funzionamento dei computer alle capacità dell'intelligenza umana, dall'altro usa le simulazioni informatiche per fare ipotesi sui meccanismi utilizzati dalla mente umana». Sul tema, fra i tanti, si v.: G. COMANDÉ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, fasc. 1, pp. 169 ss.; A. CONDELLO, *Il non-dato e il dato. Riflessioni su uno scarto fra esperienza giuridica e intelligenza artificiale*, in *Ars interpretandi*, 2021, fasc. 1, pp. 97 ss.; D.U. GALETTA, ***Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono, in federalismi.it, 2023, fasc. 12, pp. 4-14.***

[30] Si v. in proposito A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Diritto pubblico*, 2019, fasc. 1, pp. 117 ss.; E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, 2019, fasc. 2, pp. 363 ss.; A. NATALINI, *Come il passato influenza la digitalizzazione delle Amministrazioni pubbliche*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2022, fasc. 1, pp. 95 ss.; G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 2022, fasc. 3, pp. 601 ss.; G. SGUEO, *La visione e la voce nella transizione digitale dei governi democratici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2022, fasc. 4, pp. 1015 ss.; nonché da ultimo, L TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2023.

[31] Sul tema cfr.: A. CELOTTO, *La burocrazia digitale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, fasc. 1, pp. 265 ss.; P. FALLETTA, *Lo «Stato digitale» la trasparenza amministrativa in rete: le nuove piattaforme digitali per la diffusione di contenuti informativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2021, fasc. 2, pp. 559 ss.; M. SIMONCINI, *Lo «Stato digitale» l'agire provvedimentale dell'Amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2021, fasc. 2, pp. 529 ss.

ISSN 2036-7821

riproporre in qualche modo tali assunti al fine di chiarire in premessa le ipotesi che, attraverso la ricerca, si vogliono dimostrare coerentemente con il metodo induttivo.
D'altro canto, ogni induzione richiede comunque una previa scelta e delimitazione dell'oggetto su cui indagare. E non pare proprio possibile sceglierlo e circoscriverlo se non in base ad un'idea, un'intuizione, di respiro teorico che reclama di essere dimostrata. In particolare, lo spunto non può non nascere dal rinvenire un andamento del diritto vivente che non corrisponde ai principi ed ai valori codificati ed immanenti nell'ordinamento, ponendosi lo scopo di dimostrare se ed in quali limiti tale andamento sia accettabile, ovvero meriti di essere giuridicamente criticato per la mancata corrispondenza al paradigma dei principi e valori codificati dall'ordinamento.
Ecco, la linea prospettica nella quale muoversi sembra essere esattamente questa: verificare se, ed in che misura, nella disciplina positiva e nella accezione di questa da parte dei giudici, si danno casi in cui – al fine (naturalmente non dichiarato) di legittimare uno stato di fatto, che finisce per negare la essenza stessa del diritto – si tradisce il modello deontologico che viene considerato giuridicamente corretto. Modello che, sicuramente, è tale anche in base a valutazioni di corrispondenza ad istanze, in parte, metagiuridiche, le quali, cioè, almeno nella loro prima forma di manifestazione, si 'abbeverano' – e non possono non farlo – alla fonte assiologica, pre-giuridica[32], ma, immanenti nell'ordinamento, sono stati poi da esso positivizzati.
Più in generale, e con ogni necessaria umiltà intellettuale, ci si chiede se i così rilevanti richiamati mutamenti della realtà socio-economica che caratterizzano l'attuale contingenza storica non siano tali da indurre, sì, corrispondenti trasformazioni del 'giuridico', le quali, però, rischiano di realizzarsi perdendo di vista gli indispensabili parametri di riferimento (assiologici, ma) positivamente fissati, in base ad una necessità di adeguamento malintesa, giacché determina la legittimazione di qualsiasi novità, purché sia conforme al cambiamento.
Insomma, sembra proprio che si debba contrastare la tendenza ad utilizzare il diritto in modo strumentale per rafforzare ogni qualunque cambiamento (oggettivamente derivante, sì, dalla mutata realtà socio-economica, ma) a prescindere dalla sua compatibilità con i consolidati istituti giuridici basilari dello Stato di diritto. Tali istituti, infatti, senza dubbio assumono significati nuovi e diversi alla luce della mutata realtà, ma ciò non fa venir meno le ragioni che li hanno generati, fondate su valori inesauribili, le quali richiedono perciò risposte aggiornate, senza, però, che si consentano operazioni di azzeramento, magari surrettizie, proprio per mano dei giuristi[33]. Questi, dunque, devono evitare di contribuire a determinare uno stato di

[32] La sovranità popolare, la legalità, la democraticità della struttura e della funzione dei pubblici poteri, ecc.
[33] Così facendo, questi ultimi (siano essi solo sedicenti tali, ovvero, anche inconsapevolmente, abdicanti dal ruolo) si farebbero complici della legittimazione di un disegno la cui realizzazione comporta, non solo

ISSN 2036-7821

cose in cui il diritto finisce col perdere ogni specificità, appiattito sulla politica[34] e sulla obiettiva, in un certo senso naturale, ontologica, confusione di questa con la 'effettività'. Se così fosse, il diritto sarebbe definitivamente spogliato di qualsiasi spazio di garanzia per l'umanità, che ne è la vera ragion d'essere.

5. Considerazioni conclusive con qualche cenno alla collocazione editoriale, alle Scuole ed alle collane scientifiche.

In sintesi, per concludere, scrivere una monografia significa dimostrare in tesi una ipotesi di ricerca, adottando un metodo scientificamente fondato (quello preferito da chi scrive combina induzione e deduzione).

La ricerca della verità scientifica, continuamente in divenire, quindi, nel campo del diritto amministrativo, e del diritto pubblico in genere, non può non passare attraverso una scansione metodologica del progetto di ricerca che, esplicitata all'inizio, dovrà essere seguita con coerenza nella redazione.

Ed il progetto non può mancare di articolarsi affrontando del tema prescelto tre profili. Dapprima, il profilo *descrittivo*, che concerne, appunto, la descrizione del vigente assetto della disciplina positiva e la individuazione dei profili problematici che presenta, evidentemente anche attraverso un'attenta rassegna delle opinioni della dottrina. A seguire, il profilo *ricognitivo*, che si risolve nella puntuale ricognizione delle risposte rinvenute nel diritto vivente, quello determinato dall'opera dei giudici, ai profili problematici individuati all'esito della descrizione del tema. Infine, il profilo *ricostruttivo*, consistente nello scrutinio critico delle risposte offerte dai giudici, che sono state oggetto della precedente meticolosa e rigorosa ricognizione, al fine di proporre una originaria costruzione teorico-dogmatica del tema indagato, nel che consiste la dimostrazione in tesi della ipotesi di ricerca secondo le conclusioni dell'autore.

Tutto ciò nella serena consapevolezza che la verità processuale – quella esitante alla vicenda giurisdizionale di ogni singola fattispecie concreta oggetto del giudizio dei magistrati – non necessariamente coincide con la verità scientifica. Quest'ultima è, per antonomasia, continuamente in divenire[35], e dunque fisiologicamente destinata ad esser superata da una nuova opera che, sfidando la convinzione scientifica consolidata, abbia dimostrato perché essa è non più attendibile. È proprio in questo che si rinviene il limite intrinseco della certezza del diritto, la quale, nel suo rappresentare virtuosamente l'aspirazione da rincorrere, si definisce come caratteristica di un futuro mai realizzabile, nell'oggi rivelandosi più veritiera, in suo luogo, quella della plausibilità.

---

l'affermazione di un determinato (non rileva se, e quanto, deprecabile) progetto politico, ma una definitiva sepoltura dei tratti tipici del metodo giuridico.

[34] Intesa in senso lato: che sia fatta di contenuti tecnologici, economici, sociologici, o quant'altro, poco importa.

[35] Con la terminologia dell'attuale, le tesi di Galileo in oggi sarebbero definite *fake news*.

ISSN 2036-7821

Alla dottrina spetta questo compito, al tempo stesso delicato e difficile. Deve monitorare, con impegno e piglio persino spietati, l'opera della giurisprudenza, altrimenti rischiando di restare nella sua torre eburnea, enunciando dall'alto, dal chiuso recinto della sua ristretta cerchia di eletti, verità concepite a tavolino, sostanzialmente impermeabili ai problemi della vita reale, per tanto incapaci di valere *sub specie aeternitatis*. È esattamente questa la fenomenologia che il giurista deve osservare e studiare, per inferire da essa – alla medesima stregua degli scienziati 'duri' – la verità scientifica.

Guidato dalla fede nella ricerca della verità scientifica, quindi, lo studioso non può appiattire i risultati della sua indagine sulla giurisprudenza: insomma, induzione sì, ma 'bacchettando' (se necessario anche duramente) i giudici, ricorrendo, per rivelarne gli errori, in via deduttiva alla mancata corrispondenza ai paradigmi costituiti essenzialmente dalla *teoria generale del diritto*, dalla *logica giuridica* e dai *principi generali dell'ordinamento*.

Il fuoco dell'indagine, dunque, va posto sulla questione giuridica – ossia sulla vicenda e/o l'istituto giuridico indagati –, senza mai confonderla con le ricadute politiche, tecniche, economiche o sociali che dalla sua risoluzione potranno generarsi. Queste – com'è ovvio – non possono non essere prese in considerazione: ma né come oggetto né come finalità dell'indagine, bensì esclusivamente come le sue ragioni.

Per concludere veramente, è molto importante che nell'introduzione della monografia, l'autore compiutamente illustri tre aspetti. In primo luogo, l'*oggetto* e le *ragioni della indagine*, chiarendo di cosa la ricerca si occupa e quali sono le ragioni (fattuali e giuridiche) che ne suggeriscono la conduzione, spiegando cioè perché è necessario (o solo interessante) farlo. In secondo luogo, l'*obiettivo* e il *metodo della indagine*, esplicitando l'ipotesi scientifica che intende dimostrare in tesi, e come procederà per farlo, dichiarando il metodo (deduttivo, induttivo o induttivo/deduttivo) che adotterà. Infine, il *piano della indagine*, descrivendo in sintesi l'indice del lavoro.

Non resta che fare un rapidissimo cenno al ruolo dell'appartenenza ad una Scuola. Questo aspetto è assai importante, perché le sensibilità e le attitudini si affinano nel confronto dialogante con i maestri ed i colleghi coi quali si condivide la quotidiana esperienza dello studio e dell'insegnamento. Ma anche perché la (non indispensabile, ma preferibile) pubblicazione della monografia in una collana consente all'autore di sottoporsi ad una valutazione scientifica preliminare per l'inserimento sottratta alla non improbabile 'trappola' delle reciproche 'faide' fra scuole diverse.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il garante per l'infanzia e l'adolescenza e le politiche di welfare.

di Carla Acocella

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

Sommario

Sommario: 1. Cenni introduttivi. Il nodo dell'omologia. – 1.1. Il posizionamento dei garanti nelle politiche sociali: delineazione e attuazione. Rinvio. – 1.2. Il quadro giuridico rilevante interno e sovranazionale. – 2. Il ruolo di garanti dei diritti e le implicazioni sulla collocazione degli stessi nelle politiche sociali. – 3. Il contributo dei garanti alla attuazione delle politiche di *Welfare*: né erogatori di prestazioni né esercenti funzioni autoritative. – 4. La natura delle posizioni giuridiche tutelate. – 5. Il contributo dei garanti alla delineazione delle politiche di *Welfare* e i livelli essenziali delle prestazioni.

Abstract

Investigating the topic and drawing up a balance sheet regarding the positioning of the Guarantor Authority for Children and Adolescents in the framework of social policies requires starting from the positive data, and therefore from the relevant legal framework in which the national Authority is placed - established as known by law only in 2011 - but also its counterparts at regional level.

In reality, the very possibility of declining the authorities established at a territorial (particularly regional) level to guarantee the rights of children and adolescents, or of those - perhaps already existing and equipped with additional competences - to which they have been attributed, among others, these functions, in terms of "homologous" figures to the national reference one, are anything but obvious.

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

ISSN 2036-7821

1. Cenni introduttivi. Il nodo dell'omologia.

Indagare il tema e tracciare un bilancio in ordine al posizionamento dell'Autorità garante per l'Infanzia e l'Adolescenza nel quadro delle politiche sociali impone di muovere dal dato positivo, e dunque dal quadro giuridico rilevante in cui si colloca l'Autorità nazionale – istituita come noto con legge solo nel 2011[1] – ma anche i suoi omologhi a livello regionale.

In realtà la possibilità stessa di declinare le autorità istituite a livello territoriale (in particolare regionale) a garanzia dei diritti dei fanciulli e degli adolescenti, o di quelle – magari già esistenti e dotate di ulteriori competenze – alle quali siano state attribuite, tra le altre, tali funzioni, in termini di figure "omologhe" a quella di riferimento nazionale è tutt'altro che scontata. In questo senso, e per semplificare[2] sul punto, la diversa eppur contigua questione del coordinamento tra i due livelli – nazionale e locale/regionale – è nella sua misura minima regolato attraverso il riferimento, presente nella legge n. 112/2011, istitutiva dell'Autorità nazionale, all'art. 3, alla "Conferenza nazionale per la garanzia dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza", segnatamente attraverso delle indicazioni in ordine alla sua funzione (c. 6), alla sua struttura (c. 7) e ad una serie di compiti, elencati dal medesimo articolo (c. 8), intestati alla medesima. Tra le ragioni che sottendono la previsione di tale figura rileva, appunto, una esigenza di collaborazione tra l'AGIA e i garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza e figure analoghe[3]. Sembra del tutto incidentale nell'economia della norma il riferimento, che pure figura nel corpo della disposizione, a requisiti ai quali guardare nel tentativo di inferire una pretesa omologia tra autorità nazionale e autorità regionali. Senz'altro non sembra cioè

∗ Il presente contributo riprende e sviluppa le considerazioni svolte al Convegno "Il Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza nel quadro dei rapporti Stato/Regioni", tenutosi il 6 marzo 2023 presso il Consiglio Regionale della Campania e organizzato dal Garante per l'infanzia e l'adolescenza della Campania. Il testo costituisce parte del volume C. Acocella, F. Pinto (a cura di), *I garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza tra sistema delle tutele e sistema dei poteri*, in corso di pubblicazione.

[1] Si tratta della Legge 12 luglio 2011, n. 112. In tema G. Morani, *Un nuovo organo monocratico, autonomo e indipendente, a tutela dei minori: l'autorità garante dell'infanzia e dell'adolescenza*, in *Dir. famiglia*, 1/2012, 490 ss.; G. Recinto, *La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee*, in *Dir. famiglia*, 3/2012, 1295 ss.

[2] Il tema è affrontato nei contributi di G. Sirianni, *Le ragioni dell'indipendenza*, in C. Acocella, F. Pinto (a cura di), *I garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza tra sistema delle tutele e sistema dei poteri*, cit.; R. Calvano, *Il garante nazionale e i garanti regionali per l'infanzia: problemi costituzionali*, *ivi*, e G. Serges, *La disciplina delle attribuzioni e delle funzioni dei Garanti dell'infanzia nei rapporti tra legge statale e leggi regionali*, *ivi*. Sul dialogo tra le esperienze di decentramento regionale e la regolazione attraverso organismi indipendenti si vedano G. Sirianni, A. Valastro, *Autorità indipendenti di regolazione e Regioni*, in *www.assemblea.emr.it*.

[3] Ai sensi dell'art. 3, comma 6, L. n. 112/2011: "Nel rispetto delle competenze e dell'autonomia organizzativa delle regioni, delle province autonome di Trento e di Bolzano e delle autonomie locali in materia di politiche attive di sostegno all'infanzia e all'adolescenza, l'Autorità garante assicura idonee forme di collaborazione con i garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza o con figure analoghe, che le regioni possono istituire con i medesimi requisiti di indipendenza, autonomia e competenza esclusiva in materia di infanzia e adolescenza previsti per l'Autorità garante".

ISSN 2036-7821

risolutiva in tale prospettiva la circostanza che il legislatore abbia indicato alle regioni la "indipendenza", l'"autonomia" e la "competenza esclusiva in materia di infanzia e adolescenza" quali elementi da tenere in considerazione per l'ipotesi di istituzione di garanti regionali con competenza in questo comparto e/o di figure analoghe.

Ciò, anzitutto perché è tutt'altro che percorribile la qualificazione delle indicazioni (di questo ordine) rese dalla fonte statale come prescrittive nei confronti delle Regioni nel quadro di una dialettica tra competenze legislative statale e regionali. In questo specifico senso, ad avviso di chi scrive, a porre un problema di riparto di competenze fra Stato e Regioni, o meglio di verifica del rispetto dei criteri di riparto declinati dal dato positivo costituzionale, non è tanto e non immediatamente p.c.d. la scelta del "raccordo", ossia la previsione con legge statale di particolari modelli organizzativi, nel senso della stretta integrazione appunto, delle attività dei garanti – nazionale e regionali[4] – quanto, anzitutto, la previsione di connotati strutturali ed organizzativi che si pongano, da un lato, oltre i traguardi fissati dalla normativa di rango internazionale rilevante (la quale resta un dato propulsivo centrale rispetto alla legislazione – tanto statale quanto regionale – istitutiva dei garanti[5] – rendendo in tal senso immediatamente intellegibile il dato dell'inattitudine della fonte statale in quanto tale a imporre l'istituzione di garanti regionali[6]), e dall'altro lato, in potenziale contrasto con – e questo mi sembra l'elemento risolutivo – la competenza (esclusiva, o anche, in via residuale, concorrente) delle Regioni a disciplinare comparti che sono di sicuro rilievo sociale[7]. In realtà il valore trainante della necessità per la legislazione nazionale tutta (sia di livello statale che di livello regionale) istitutiva dei garanti in questo settore ad allinearsi alle poche, essenziali, indicazioni delle Convenzioni

[4] Introduce invece il tema della osservanza dei criteri di riparto con riguardo all'ipotesi che la legge statale "avesse previsto modelli organizzativi impostati alla stretta integrazione delle attività del garante nazionale e di quelli regionali", A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, in *Le Regioni*, 4, 2014, 721 ss., spec. 769.

[5] Sul punto sempre A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, cit., 771 intravede come ipotesi interpretativa più sostenibile quella che ascrive all'attuazione degli obblighi internazionali il fondamento della competenza legislativa nella istituzione dei garanti per i diritti dell'infanzia. L'A. esclude al contempo l'opportunità di ricondurre al titolo di competenza in materia di "ordinamento civile e penale" (art. 11, c. 2, lett. l) il fondamento della competenza legislativa istitutiva di tali garanti per la ragione che essa, dovendosi praticare sia per il livello statale che per quello regionale, comporterebbe, con riguardo a quest'ultimo, l'emersione di profili di illegittimità costituzionale delle leggi regionali istitutive. Sul tema della prevalenza degli obblighi internazionali si rinvia a G. Serges, *Adattamento al diritto internazionale pattizio e strumenti per assicurare la prevalenza degli "obblighi internazionali" nell'ordinamento italiano*, in *Dir. società*, 2/2015, 277ss.

[6] A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, cit., 770: "Né è in alcun modo possibile da parte dello Stato imporre alle regioni l'istituzione o anche soltanto la nomina del garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza".

[7] I titoli competenziali rilevanti a questo proposito sono rispettivamente (c. 4) quello dei servizi alla persona e sociali, nonché (c. 3) istruzione, tutela della salute.

ISSN 2036-7821

internazionali rilevanti in punto di tutela dei diritti dei bambini e degli adolescenti, relativizzerebbe anche la questione della interferenza da parte della fonte statale sull'esercizio di funzioni amministrative da parte dei garanti regionali, e quindi al fondo il tema del dialogo, più che tra fonti legislative di diverso ordine – statale e regionale – tra competenza legislativa e potestà amministrativa, cioè tra l'individuazione della materia che radica – rispetto agli alternativi livelli territoriali, statale e regionale – la potestà a configurare ruolo, poteri e competenze dei garanti e esercizio in concreto di questi ultimi[8].

Il rilievo formulato poi dalla Corte dei Conti[9] e registrato anche dalla dottrina[10], della convergenza dei contenuti che ricorrono nella legislazione regionale di disciplina delle figure istituite a livello regionale, non muta i termini della questione, non consentendo certamente di trarre alcun elemento di prescrittività dalle indicazioni della legge statale, restando dato che si muove su un piano meramente descrittivo.

Infine la divaricazione concettuale tra il piano della previsione – quand'anche alla stessa si intendesse attribuire portata prescrittiva – e quello dell'attuazione, imporrebbero comunque di verificare in concreto la corrispondenza del modello sperimentato a livello regionale al modello disegnato sul piano nazionale; e ciò considerando il disallineamento tra i due piani che, già solo al livello regionale, è

[8] Come noto la relazione tra fonte legislativa di disciplina delle funzioni ed esercizio delle funzioni amministrative è stata decifrata sino ad una certa fase (anteriormente all'intervento della Riforma del Titolo V) dal principio di parallelismo tra potestà legislativa e funzioni amministrative, in ordine alla cui "potata limitata" si veda L. Torchia, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà (a proposito della sentenza 303/2003 della Corte Costituzionale)*, in *Astrid-online.it*, 2003, che ne fornisce la sintesi in base alla quale, in forza di tale principio "l'amministrazione costituisce attuazione o esecuzione del comando legislativo e quindi il soggetto titolare della competenza legislativa in una data materia ha, consequenzialmente, la potestà amministrativa nella stessa materia e può determinarne le modalità di esercizio, compresa la possibilità di attribuzione o delega ad altro soggetto".

[9] Si veda la Relazione della Corte dei Conti, sez. gen. di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, "La gestione dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, (2014-2016), Delib. 29.1.2018, n. 272018/G che sul punto registra come "le funzioni affidate al Garante regionale, sebbene non coincidano perfettamente nelle previsioni contenute nelle diverse leggi, tuttavia, ricalcano, per lo più, le finalità ed i compiti attribuiti dalle convenzioni internazionali all'organismo centrale, declinandole a livello locale".

[10] Sul punto si veda G. Sirianni, *Le ragioni dell'indipendenza*, cit., che segnala come "le leggi regionali, pur nella varietà e nella ridondanza delle formulazioni, presentano contenuti sostanzialmente convergenti", nonché A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, cit., 742-743, che guardando alle Regioni osserva che "le garanzie di indipendenza ed autonomia sembrano … abbastanza omogenee almeno per ciò che riguarda le modalità di nomina dei garanti, la definizione di requisiti oggettivi richiesti per la nomina, l'indicazione rigida e ampia delle cause di incompatibilità, nonché, infine per ciò che attiene all'impossibilità di revoca della nomina, se non per motivi di eccezionale gravità. Meno salde e più variabili appaiono, invece, le scelte operate dai legislatori regionali in merito alla durata del mandato e alle modalità con cui si esplica il rapporto fra garanti e organi politici regionali", e per quanto riguarda il quadro delle funzioni segnala la presenza di quattro tipologie funzionali.

ISSN 2036-7821

stato registrato[11].

1.1. Il posizionamento dei garanti nelle politiche sociali: delineazione e attuazione. Rinvio.

Tornando dunque alla individuazione degli elementi utili a collocare l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, e i corrispondenti garanti regionali, nel quadro delle politiche di *Welfare*, mi sembra si debba guardare ad una duplicità di piani – sui quali ci si intratterrà di seguito – quello del contributo spiegato da tali figure alla delineazione di politiche sociali, e quello dell'attuazione delle stesse politiche.

1.2. Il quadro giuridico rilevante interno e sovranazionale.

I riferimenti normativi destinati a fornire le principali indicazioni in tale prospettiva ricostruttiva sono senz'altro, guardando al quadro interno, le previsioni contenute nella legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali n. 328 del 2000[12], astrattamente tese ad intercettare – grazie all'ampio riferimento alla promozione della "non discriminazione", dei "diritti di cittadinanza", alla prevenzione, eliminazione e riduzione del "disagio individuale e familiare" – proprio il terreno valoriale sul quale insiste la missione delle autorità di cui si discorre. A quelle richiamate si aggiungono, nella stessa legge, le previsioni relative alle aree (materiali) di intervento degli attori del sistema integrato dei servizi sociali, che contemplano espressamente quella del "sostegno per i minori in situazioni di disagio tramite il sostegno al nucleo familiare di origine e l'inserimento presso famiglie, persone e strutture comunitarie di accoglienza di tipo familiare e per la promozione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza"[13], nonché quella del "sostegno delle responsabilità familiari … per favorire l'armonizzazione del tempo di lavoro e di cura familiare"[14]. A questo proposito il riferimento ai minori e alle famiglie presente nella legge quadro intercetta *ratione materiae*, attraverso entrambe le categorie, la *mission* dei garanti, integrandoli nella trama dei rapporti istituzionali complessivamente volta a perseguire obiettivi tipici delle politiche di *Welfare*. Va a tal riguardo considerato, infatti, che tale duplice riferimento, nell'esprimere una esigenza di superamento del disagio non solo individuale, attribuisce particolare

[11] In questo senso osserva, infatti, che "L'attivismo regionale è stato peraltro contraddetto dalla lentezza con cui spesso le regioni hanno proceduto nel dare effettiva attuazione alle proprie leggi istitutive dei garanti": G. Sirianni, *Le ragioni dell'indipendenza*, cit.

[12] L. 8/11/2000, n. 328.

[13] Così l'art. 22 (rubricato "Definizione del sistema integrato di interventi e servizi sociali"), comma 2, lett. c), L. n. 320/2000 indica gli "interventi di sostegno per i minori in situazioni di disagio tramite il sostegno al nucleo familiare di origine e l'inserimento presso famiglie, persone e strutture comunitarie di accoglienza di tipo familiare e per la promozione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza".

[14] Cfr. art. 22, comma 2, lett. d), L. n. 328/2000.

ISSN 2036-7821

rilievo alla famiglia come centro propulsivo di "protezione sociale attiva"[15] ed entità capace di promuovere la coesione sociale[16].

Il secondo riferimento rinvenibile nel quadro giuridico interno è inevitabilmente rappresentato dalle leggi istitutive delle autorità in questione – avendo quelle regionali per una gran parte dei casi preceduto quella statale del 2011[17], istitutiva dell'Autorità nazionale – le cui previsioni però sono a loro volta da riguardare alla luce dei riferimenti internazionali, ciò proprio ove ci si ponga nella prospettiva di indagare la portata conformativa di poteri e funzioni che promana dalle disposizioni in esame. A cominciare, infatti, dalla configurazione in senso autenticamente indipendente delle autorità preposte a garanzia dell'infanzia, tutta da dimostrare e affidata ad un dettato normativo "arioso", convince l'idea che la possibilità che essa, condizionando più in generale l'intera questione della legittimazione di tali garanti[18] e del fondamento delle relative leggi istitutive[19], si atteggi quale obiettivo giuridicamente necessitato debba riportarsi alla presenza di obblighi internazionali, e che quindi, in questo settore, il fenomeno stesso dell'indipendenza sia per così dire incentivato dalla necessità di recepimento e di attuazione di previsioni di diritto internazionale, segnatamente la Convenzione universale dei diritti del fanciullo di

[15] R. Morzenti Pellegrini, *Il sistema integrato dei servizi sociali tra universalità, solidarietà e concorrenza*, in *Riv. e proc. amm.*, 2012, 1239 ss. spec. 1277-1278 e S. Monzani, *Le politiche per la famiglia e i servizi a favore dei minori*, in F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari, *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020, 441 ss. spec., 449.

[16] Sul punto, nel rinviare alla notazione svolta da R. Morzenti Pellegrini, *Il sistema integrato dei servizi sociali tra universalità, solidarietà e concorrenza*, cit., relativa al superamento di un approccio legato ad una esigenza riparativa del disagio che si sostanzierebbe nella creazione di un sistema integrato degli interventi sociali, S. Monzani, *Le politiche per la famiglia e i servizi a favore dei minori*, cit., 449, segnala il contributo dell'art. 16 della legge quadro nel sostenere "il ruolo peculiare delle famiglie nella formazione e nella cura della persona, nella promozione del benessere e nel perseguimento della coesione sociale".

[17] R. Calvano, *Il garante nazionale e i garanti regionali per l'infanzia: problemi costituzionali*, cit., rileva, oltre al dato temporale della anteriorità di alcune leggi regionali istitutive dei garanti dell'infanzia rispetto alla legge statale, quello della derivazione da una "storia diversa" della matrice culturale dei primi. La questione dell'intreccio tra leggi regionali e legge statale che rimontano a diversi periodi è affrontata anche da G. Sirianni, *Le ragioni dell'indipendenza*, cit., e da A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, cit.

[18] Questo avviso pare cogliersi nel rilievo secondo il quale "il fatto di rappresentare l'attuazione di un obbligo internazionale e di far parte del sistema internazionale di protezione dei diritti allestito dalla Convenzione di New York e da quella di Strasburgo conferisce ai garanti dell'infanzia un *surplus* di legittimazione e di protezione nello svolgimento dei loro compiti di monitoraggio, promozione e protezione": G. Sirianni, *Le ragioni dell'indipendenza*, cit.

[19] Come si è visto (cfr. *supra* nota 5) il tema è quello della riconducibilità all'attuazione degli obblighi internazionali della competenza legislativa spesa in occasione dell'istituzione del garante nazionale e dei garanti regionali dell'Infanzia, il quale, nondimeno, consente anche di pervenire a particolari conclusioni in ordine alla conformazione dei poteri degli stessi garanti. Per A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, cit., infatti, "La denominazione di 'Autorità garante' e non solo 'garante dell'infanzia e dell'adolescenza', come nelle leggi regionali, è stata scelta proprio per sottolinearne l'omogeneità anche in termini di indipendenza alle altre Autorità Amministrative Indipendenti istituite a livello nazionale e, forse, anche per enfatizzare il ruolo che a tale Authority è attribuito ai fini del rispetto di obblighi previsti a livello internazionale".

ISSN 2036-7821

New York del 1989[20], la Convenzione europea dei diritti dei fanciulli di Strasburgo del 1996[21], nonché risoluzioni delle Nazioni Unite (anche attraverso il Comitato dell'ONU sui diritti dell'infanzia[22]) e degli atti di *soft law* adottati dalle istituzioni europee diretti a promuovere interventi degli Stati membri a garanzia dei diritti dei bambini e degli adolescenti[23].
Il quadro giuridico rilevante appare ad ogni modo essenziale per consentire di svolgere notazioni in ordine a un duplice ordine di elementi: la natura delle funzioni intestate ai garanti in parola ed effettivamente esercitate da questi ultimi, e correlativamente la natura e la consistenza delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte nella loro azione. A ben vedere si tratta complessivamente di indicazioni più precise in relazione ai beneficiari della tutela (minori, famiglie) rispetto a quelle, non sempre univoche ed esaustive, sulla natura giuridica delle pretese oggetto di tutela.

2. Il ruolo di garanti dei diritti e le implicazioni sulla collocazione degli stessi nelle politiche sociali.

Sullo sfondo di questa indagine si staglia la qualifica dei soggetti di cui si discorre in termini di "garanti di diritti". Si tratta a ben guardare della curvatura finalistica impressa alla istituzione, prima nelle regioni e poi a livello nazionale, delle autorità garanti dell'infanzia e dell'adolescenza, apparendo cioè il principale obiettivo intercettato da tali norme proprio quello di fugare il rischio di violazione dei diritti dei minori.
Guardando allo stesso connotato dell'indipendenza, sul quale si è in precedenza indugiato, esso figura nella L. n. 112/2011: unitamente all'assenza di "vincoli di subordinazione gerarchica" – paradigma ormai recessivo nel nostro modello organizzativo[24] – anzitutto in termini di "indipendenza amministrativa", ossia come orizzonte nel quale l'istituenda autorità veniva chiamata a esercitare funzioni e compiti, qui evocato espressamente in funzione del perseguimento della piena attuazione e della tutela "dei diritti e degli interessi delle persone di minore età";

[20] Convenzione del 20.11.1989 ratificata con L. 27.5.1991 n. 176.
[21] Convenzione del 25.1.1996, ratificata con L. 20.3.2003 n. 77. Sulla convenzione europea v. L. Giani, *Attori istituzionali i dipendenti ed effettività della tutela dei diritti dell'infanzia*, in *www.giustamm.it*, 1.3.2010.
[22] Per la ricostruzione delle osservazioni del Comitato istituito per verificare lo stato di avanzamento nell'attuazione della Convenzione di New York, nonché delle raccomandazioni e risoluzioni dell'Assemblea generale sul punto si veda ancora A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, cit.
[23] Anche per l'elencazione di questi atti si rinvia ad A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, cit., 726-727.
[24] Sul punto si veda A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, cit., 760 che ritiene l'impiego della espressione, "estranea all'impianto del nostro sistema amministrativo", risultato della "meccanica trasposizione di disposizioni presenti nella normativa di altri ordinamenti".

ISSN 2036-7821

ancora all'art. 2, comma 1 come connotato delle figure soggettive da designare[25]; nonché all'art. 3, comma 6, in riferimento, come si è segnalato in precedenza, ai requisiti delle corrispondenti figure da istituire a livello regionale.

La trama dei riferimenti qui riportati, in particolare il primo e il terzo[26] che si atteggiano come omologhi sul piano della finalizzazione dell'indipendenza – rispettivamente a livello statale, per l'AIGIA, e a livello regionale, per l'ipotesi di istituzione delle corrispondenti autorità regionali – consente di inferire il valore strumentale dell'indipendenza rispetto alla garanzia dei diritti. Tale ultimo obiettivo sembra mettere in ombra la presenza (e quindi l'attribuzione alle autorità di cui si discorre) di una funzione di amministrazione attiva. Oltre a non essere quest'ultima implicata dalla necessità di tutelare diritti, il rilievo è in qualche misura favorito dalla tendenza ad aderire alla polarizzazione tra funzioni di garanzia e funzioni di amministrazione attiva[27]. Rispetto a tale semplificazione, nella prassi applicativa in cui tali figure vengono calate e si muovono, intervengono tuttavia dei profili di complicazione. Uno di questi è il risultato della interazione, che non trova necessariamente una disciplina espressa nel dato positivo, tra queste autorità e altri attori che, invece, senz'altro operano ad entrambi i livelli: fornitura di servizi ed esercizio di funzioni in senso proprio.

Basti aver riguardo in tal senso, per esempio, alle figure degli assistenti sociali. Ebbene, l'espressione fornitura di servizi sociali si rivela idonea a sintetizzare l'ampio spettro di attività esercitate ai sensi della legge quadro n. 328/2000, nei diversi ambiti materiali indicati dal citato art. 22, tra i quali appunto non figurano solo gli interventi a sostegno dei minori. Il comma 1 dello stesso articolo prefigura il "sistema integrato" come fondato su "politiche coordinate nei diversi settori della vita sociale", ed in concreto consistente in una integrazione dei servizi alla persona e al nucleo familiare con eventuali misure economiche ed eventuali percorsi attivi. La previsione dettata dal comma successivo contempla tra i diversi settori: il contrasto alla povertà; il sostegno attraverso, misure economiche, alla vita autonoma e alla permanenza presso il domicilio di persone non autosufficienti; il sostegno alle donne in difficoltà; l'integrazione dei soggetti con disabilità; il sostegno agli anziani e ai soggetti con disabilità finalizzato a favorire la permanenza di questi presso il domicilio, o la loro accoglienza, in via residuale presso strutture residenziali e semiresidenziali; il contrasto alle dipendenze con integrazione socio-educativa.

[25] Art. 2, c. 1, L. n. 112/2011: "L'Autorità garante è organo monocratico. Il titolare dell'Autorità garante è scelto tra persone di notoria indipendenza".

[26] Il secondo riferimento all'indipendenza, relativo ai requisiti soggettivi, è quello che rileva meno nella economia del discorso che si sta svolgendo.

[27] Ritiene che i garanti regionali, alla luce delle funzioni attribuite dalle leggi regionali, appaiano come una figura intermedia "fra un organo di amministrazione attiva e una autorità di garanzia", A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, cit., 747.

ISSN 2036-7821

L'area più direttamente coinvolta dall'azione dei garanti è rappresentata dalle "misure per il sostegno delle responsabilità familiari, ai sensi dell'art. 16[28], "per favorire l'armonizzazione del tempo di lavoro e di cura familiare"[29] e gli "interventi di sostegno per i minori in situazioni di disagio tramite il sostegno al nucleo familiare di origine e l'inserimento presso famiglie, persone e strutture comunitarie di accoglienza di tipo familiare e per la promozione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza"[30].

Nel senso che l'azione dei soggetti che operano nelle pieghe del sistema integrato degli interventi e dei servizi, con i quali (tra gli altri) si trovino a dialogare i garanti per l'infanzia e l'adolescenza, sia essenzialmente costituita da prestazioni sociali e quindi da servizi, militerebbe la circostanza che tutti gli interventi negli ambiti indicati[31] siano espressamente qualificati in termini di "livello essenziale delle prestazioni" erogabili, "sotto forma di beni e servizi" secondo requisiti stabiliti dalla pianificazione nazionale, regionale e zonale, nei limiti del Fondo Nazionale per le politiche sociali[32]. A ben guardare, tuttavia, proprio la circostanza che, di seguito, il comma 4 del medesimo articolo evochi tra i livelli essenziali delle prestazioni sociali (leps) il Servizio sociale professionale[33], riguardato perciò sul piano estrinseco anch'esso in termini di prestazione, apre alla possibilità che, le figure rilevanti (gli assistenti sociali in sostanza) esercitino anche attività amministrativa in senso proprio, implicata per così dire dal "risultato ultimo" che la previsione di un Servizio Sociale professionale intende perseguire. La erogazione di prestazioni necessarie a ridurre o a rimuovere situazioni di bisogno – il fine ultimo – implica infatti tutta una serie di passaggi, per esempio quelli volti ad assicurare la compatibilità con la programmazione territoriale e con la disponibilità di risorse economiche che la

[28] Art. 16, L. n. 328/2000 rubricato "Valorizzazione e sostegno delle responsabilità familiari".

[29] Cfr. art. 22, c. 2, lett. d), L. n. 328/2000.

[30] Cfr. art. 22, c. 2, lett. c), L. n. 328/2000.

[31] L'art. 22, c. 2 si riferisce espressamente a "gli interventi di seguito indicati" come livello essenziale delle prestazioni.

[32] Grazie alla previsione iniziale del Fondo per le politiche sociali ad opera della L. 27.12.1997 n. 449 (art. 59, c. 44), poi ridenominato Fondo nazionale per le politiche sociali (art. 113, d. lgs. n. 112/1998 e art. 20, L. n. 328/2000), può dirsi accolta, prima dell'intervento della legge quadro sul sistema integrato dei servizi sociali, in tale ordinamento settoriale l'idea dei livelli essenziali secondo V. Molaschi, *I livelli essenziali di assistenza sociale*, in F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2022, 77 ss., spec. 79.

[33] Il Servizio sociale professionale è contemplato accanto al Segretariato sociale (che del primo costituisce tradizionalmente un tassello, essendo il primo filtro della domanda, e punto di accesso al sistema integrato dei servizi, "porta unitaria di accesso", e quindi col primo non va confuso) e al Pronto intervento sociale "storicamente considerati comparti del servizio in esame" (P. Grazioli, *Accesso al sistema dei servizi ed esigibilità delle prestazioni*, in F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari, *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, ed. 2020 cit., 393 ss., spec. 404 ss.) tra i leps dall'art. 22, c. 4, L. n. 328/2000. Si tratta di un servizio rivolto ad accogliere, indirizzare e farsi carico del bisogno rappresentato dall'utente, ma nell'erogare queste attività prestazionali svolge con evidenza anche attività amministrativa in senso proprio.

ISSN 2036-7821

sottende, o ancora, quelli messi in campo in adempimento delle eventuali competenze attribuite dal Coordinamento Istituzionale[34], ma che in sostanza richiedono sovente la partecipazione ad attività di programmazione, organizzazione e valutazione degli interventi monitoraggio, realizzazione di forme di cooperazione con altri attori pubblici e privati.

Del resto non appare affatto una novità che gli assistenti sociali esercitino funzioni propriamente amministrative, come quelle che descrivono un particolare svolgimento del ruolo da essi esercitato nell'ambito degli istituti tesi a fronteggiare le ipotesi in cui la famiglia di origine non sia in grado di provvedere ai minori. In particolare, con riguardo al percorso di affidamento dei minori, l'ipotesi che esso abbia natura consensuale e intervenga quindi sulla base dell'accordo con chi esercita la potestà genitoriale o la tutela del minore, postula l'adozione di un atto amministrativo dei servizi sociali comunali competenti, reso esecutivo con decreto del giudice tutelare. Qui, dunque, gli assistenti sociali entrano in gioco, piuttosto che come erogatori di prestazioni e di utilità materiali dirette ai soggetti attivi della protezione, quali figure nelle quali si identificano i servizi (uffici[35]) sociali comunali competenti e perciò figure attraverso le quali viene messa in campo una funzione amministrativa. Ciò a dispetto della generale tendenza a cogliere, nelle diverse e alternative ipotesi degli affidamenti giudiziali[36], la presenza di un ruolo ingombrante

[34] La composizione dell'organo (sindaci dei comuni associali nell'Ambito, Presidente della Provincia relativa, e anche Direttori generali di ASL) esprime un diaframma delle realtà locali che si riconoscono negli Ambiti territoriali rilevanti per la programmazione degli interventi sociali e la erogazione dei corrispondenti servizi.

[35] Vale in questo senso la compiuta assimilazione che nel linguaggio giuridico globale si produce rispetto ai termini ufficio e servizio, in forza dell'impiego che le istituzioni europee fanno dell'espressione "*service*", come paradigmaticamente esemplificato dal formante giurisprudenziale in tema di *in house providing* che ripete un noto passaggio a mente del quale, con riguardo al requisito del "controllo analogo", il controllo esercitato dall'ente pubblico affidante sul soggetto destinatario dell'affidamento, acciocché quest'ultimo possa qualificarsi come entità "in casa", deve essere "analogo a quello esercitato dalla p.a. sui propri servizi", che significa sui propri "uffici", evidentemente da intendersi non in senso fisico.

[36] Cfr. a tal riguardo l'art. 330 c.c. a mente del quale "1. Il giudice può pronunziare la decadenza dalla responsabilità genitoriale quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti [147; 570 c.p.] o abusa dei relativi poteri [320, 324; 571, 572 c.p.] con grave pregiudizio del figlio. 2. In tale caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare [333; 38, 51 att.] ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore". Si veda pure l'art. 403 c.c. significativamente inciso dalla novella recata dall'art. 1, comma 27, L. 26.11.2021, n. 206 recante "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata", nel quadro della c.d. Riforma Cartabia, il quale, oltre a modificare la lettera del primo comma, ha inserito nel corpo dell'articolo ulteriori otto commi. Il senso della riforma in ordine alla disciplina dell'allontanamento d'urgenza è quello di tipizzare i casi che giustificano l'intervento della pubblica autorità, nonché procedimentalizzare tale intervento, nel solco di una riflessione sulla giustizia minorile che è stata condizionata, ad avviso di taluno, tanto da acquisire perciò anche valore simbolico, dai fatti di cronaca confluiti nella inchiesta, avviata dalla Procura di Reggio Emilia, denominata "Angeli e Demoni". Di interesse la circostanza che i riferimenti operati dalla novellata disposizione, che è di immediata applicazione (con entrata in vigore dal giugno 2022) rispetto a quelle oggetto di delega, al Tribunale per i minorenni vanno intesi operati al neo-istituito

ISSN 2036-7821

degli assistenti sociali – in grado di riconoscersi nella veste meno tollerata dell'autorità –, come dimostra il dibattito che circonda l'attribuzione delle funzioni di ispettorato sociale o meglio la peculiare curvatura impressa a tale vicenda, nella richiesta in tal senso formulata nell'area abruzzese[37], dalla esigenza di evitare, appunto, che un provvedimento di allontanamento, rispetto al quale gli assistenti sociali esercitano funzioni consultive e valutative, possa prodursi con sconfinamenti, abusi di potere, o conflitti di interesse.

Il possibile elemento di complicazione al quale si faceva in precedenza riferimento è rappresentato dalla eventualità che, appunto, i garanti per l'infanzia e l'adolescenza dialoghino con pubbliche amministrazioni (più che con erogatori di prestazioni in senso stretto), pur esercitando essi stessi funzioni che non sono, o almeno non appaiono alla luce del dato positivo rilevante, di amministrazione attiva quanto piuttosto di garanzia dei diritti complessivamente intesa.

3. Il contributo dei garanti alla attuazione delle politiche di Welfare*: né erogatori di prestazioni né esercenti funzioni autoritative.*

Ove ci si chieda poi quale contributo la funzione di garanzia dei diritti (e non quella di amministrazione attiva) spieghi nelle politiche di *Welfare*, guardandosi anzitutto al piano dell'attuazione – su quello della definizione e delineazione delle politiche si indugerà oltre – sembra che non ci si possa riferire ai garanti come attuatori delle politiche sociali negli stessi termini in cui si fa al cospetto delle figure professionali principalmente coinvolte nel sistema integrato dei servizi e degli interventi sociali.

In un primo senso non è dato collegare il ruolo di attuatori delle politiche sociali, ove riferito ai garanti per l'infanzia, a dinamiche (che li vedrebbero coinvolti) di erogazione di prestazioni in senso proprio. Sembra utile a tal riguardo muovere proprio da un dato che definisce in maniera paradigmatica la missione di queste

---

Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, del quale – poiché suddiviso in due articolazioni, quella distrettuale e quella coincidente con le sedi circondariali – il Tribunale per i minorenni costituirà una sezione distrettuale.

[37] Si tratta di un disegno di legge (D.D.L. Senato n. 2325) presentato nella precedente legislatura su iniziativa del Consiglio regionale dell'Abruzzo, assegnato per l'esame il 22.9.2021, di modifica dell'art. 2, del d. lgs. 14.9.2015, n. 149, recante disposizioni per la razionalizzazione e la semplificazione dell'attività ispettiva in materia di lavoro e legislazione sociale. Nello specifico la proposta di istituzione di un Ispettorato delle funzioni sociali era diretta a inserire strumenti di controllo sull'operato delle professioni sociali a tutela dei minori (dunque, essenzialmente, da parte degli assistenti sociali e altre figure professionali presenti presso le strutture di accoglienza, e in ciò esibiva un collegamento con le vicende di cronaca cui si accennava) nel corpo di una disciplina che regola l'attività ispettiva in materia di lavoro e legislazione sociale. Il risultato sarebbe stato perseguito mediante l'innesto sulle attuali competenze dell'Ispettorato nazionale del lavoro (in ciò il carattere "spurio" dell'operazione, ad avviso di chi scrive), delle "funzioni ispettive in ambito sociale volte al corretto espletamento delle attività relative all'idoneità genitoriale, alla protezione dei minori e a quelle svolte nell'ambito delle strutture di accoglienza". In tema si veda il contributo di A. Di Martino, *La funzione di ispettorato sociale dei Garanti regionali per l'Infanzia e l'Adolescenza*, in C. Acocella, F. Pinto (a cura di), *I garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza tra sistema delle tutele e sistema dei poteri*, cit..

ISSN 2036-7821

figure, nella prospettiva in cui si muove la Convenzione di New York citata, ossia la provvista di "aiuti appropriati ai genitori e ai tutori legali nell'esercizio della responsabilità che incombe loro di allevare il fanciullo" attraverso "la creazione di istituzioni, istituti e servizi incaricati di vigilare sul benessere del fanciullo"[38]. Senz'altro le coordinate fornite dalla previsione definiscono in maniera assai elastica e ampia l'impegno a sostenere i destinatari della tutela (minori di età) rispetto al godimento delle pretese loro riconosciute, impegno che peraltro incombe sugli Stati firmatari della stessa convenzione quanto alla istituzione di soggettività preposte all'esercizio di funzioni di vigilanza, monitoraggio[39] e stimolo rispetto all'esercizio di competenze attribuite ad ulteriori attori (soggetti pubblici) nel quadro del perseguimento delle finalità di cui si discorre, latamente collegate alla garanzia del benessere del fanciullo. Nonostante l'ampio tenore testuale, la disposizione consente di escludere che il contributo e l'aiuto prefigurato dalla norma, per la parte richiesta ai garanti, possa in senso tecnico essere considerato una prestazione sociale diretta a soddisfare un bisogno, né dei destinatari ultimi della tutela, cioè i bambini e gli adolescenti, né dei soggetti immediatamente ed espressamente riguardati dalla norma, ossia i genitori e i tutori legali dei primi. Nondimeno, però, il tipo di aiuto di cui si discorre, che presuppone l'inserimento dei garanti in una articolata trama di rapporti, può valere latamente quale contributo all'attuazione delle politiche sociali investite *ratione materiae* dalla missione dei garanti.

In un secondo senso, non sembra possibile collegare il ruolo di attuatori delle politiche di *Welfare* all'esercizio di funzioni di amministrazioni attiva in senso proprio da parte dei garanti, dovendosi tuttavia segnalare la difficoltà di tracciare una netta linea di confine tra garanzia in senso stretto e ponderazione (discrezionale) di interessi, questa seconda capace di identificare spazi di espressione di autoritatività, come lo stesso dibattito in tema di autorità amministrative indipendenti conferma[40]. Come noto, infatti, esistono diverse posizioni in dottrina inclini, per un verso, a riconoscere uno spessore autenticamente amministrativo,

[38] Cfr. art. 18, comma 2, Convenzione di New York cit.

[39] Su questo specifico punto si veda il saggio di P. Pantalone, *L'incerta natura giuridica dei Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza tra tutela effettiva di diritti e adempimento di doveri intragenerazionali di protezione*, C. Acocella, F. Pinto (a cura di), *I garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza tra sistema delle tutele e sistema dei poteri*, cit., in che analizza il ruolo svolto dai garanti dell'infanzia e dell'adolescenza in qualità di "'guardiani' dell'adempimento di doveri altrui … che incombono non solo in capo a coloro che hanno la responsabilità dei minori (es. genitori e tutori), ma anche di altri soggetti pubblici e, per quanto interessa in questa sede, di altre Autorità indipendenti di garanzia".

[40] Sul punto si vedano anche i saggi di R. Calvano, *Il garante nazionale e i garanti regionali per l'infanzia: problemi costituzionali*, cit.; G. Sirianni, *Le ragioni dell'indipendenza*, cit., e P. Pantalone, *L'incerta natura giuridica dei Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza tra tutela effettiva di diritti e adempimento di doveri intragenerazionali di protezione*, cit., dove l'A. tra l'altro muove dalla classificazione delle Autorità indipendenti operata da parte della dottrina (E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023, 227 ss.), tra autorità di garanzia; autorità di vigilanza e controllo su mercati settoriali; autorità di regolazione di mercati settoriali.

ISSN 2036-7821

rispetto all'alternativa meramente giustiziale ed arbitrale, al mandato affidato alle autorità indipendenti, e alla configurabilità perciò di un interesse pubblico specifico affidato alla loro cura[41]; e per altro verso, a valorizzare l'aggiudicazione e la risoluzione delle controversie come connotato maggiormente rappresentativo dell'attività svolta dalle autorità[42]. E' peraltro evidente che la funzione di garanzia dei diritti che le competenze attribuite ai garanti per l'infanzia e l'adolescenza consentono di tratteggiare senz'altro non è indicativa di uno spessore paragiurisdizionale delle prime, cioè di una garanzia di portata "accertativa" – la valenza costitutiva è a maggior ragione fuori campo – quanto piuttosto di una esigenza di protezione in senso ampio, legata in misura significativa ad una finalità promozionale di un contesto favorevole al rispetto (anche alla diffusione della cultura del rispetto) e al godimento dei diritti riconosciuti ai minori. Sono in tal senso indicative dell'assenza, nelle competenze intestate ai garanti, di portata risolutiva del conflitto che può innescarsi tra il destinatario della tutela (il minore) e chi si ponga in una dinamica oppositiva nei confronti del medesimo (anche ove inserito in un rapporto amministrativo di prestazione[43]) anche le previsioni che, nel conferire ai garanti un potere – che pur si muove in un'area di contiguità ad "attività strettamente amministrative"[44] – di raccolta delle segnalazioni, ne circoscrivono la destinazione ad una prospettiva di sostanziale interlocuzione con le ulteriori autorità competenti. Questo è verificabile, non solo nei casi in cui i poteri di segnalazione siano radicati nell'ambito di dinamiche conflittuali – come accade per le segnalazioni

[41] In questo senso A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 127, Id., *Il potere discrezionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, I, Torino, 2010, 371 ss.; nonché M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998.

[42] Sul punto si v. M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 96; Id., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993, 99. Si veda pure A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 420 ss., secondo il quale al potere pubblico è affidato "il controllo sul rispetto delle regole" … "la pre-definizione da parte della legge dei divieti, la posizione funzionale di qualificata indipendenza dell'amministrazione chiamata ad applicare le regole di concorrenza e le peculiari modalità di svolgimento della sua attività … elementi che … convergono coerentemente nel definire una speciale garanzia delle posizioni giuridiche connesse con la disciplina della concorrenza" che pertanto "attingono alla pienezza del diritto soggettivo". Negano la configurabilità di un interesse pubblico specifico affidato alla cura delle amministrazioni indipendenti, in ragione della incoerenza di tale possibilità con il loro carattere neutrale, pure G. Vesperini, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 1990, 415; L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 55. Esclude che il modello della regolazione indipendente consenta ad un "regolatore non eletto" di condurre una effettiva ponderazione di interessi E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, 199.

[43] Sul rapporto amministrativo si veda M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008; G. Greco, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 585-627.

[44] Di questo avviso, riflettendo sulle funzioni relative alla gestione delle linee telefoniche di ascolto, alla formazione dei tutori volontari, alla vigilanza delle strutture che ospitano bambini e adolescenti, è A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, cit., 747, che segnala che si tratta di funzioni che "confinano maggiormente con l'attività più strettamente amministrativa".

ISSN 2036-7821

"inerenti i casi di conflitto di interesse tra i minori e chi esercita su di loro la potestà genitoriale, in particolare i casi di rischio per l'incolumità fisica"[45] – ma in via generale come accade per i poteri di segnalazione relativi "alla violazione delle norme previste a tutela dei minori, in tutti gli ambienti anche esterni alla famiglia, nella scuola, nei luoghi di cura, nelle strutture sportive e in particolare nei luoghi in cui sono collocati per disposizione dell'autorità giudiziaria e tramite i servizi sociali territoriali"[46]. Con riguardo a tali ipotesi è espressamente previsto che siano comunicate alle autorità competenti le situazioni che richiedono "interventi immediati d'ordine assistenziale o giudiziario", in linea con una opzione accolta anche a livello nazionale in cui la segnalazione relativa a casi di stato di abbandono in cui versino persone di minore età è diretta "alle autorità giudiziarie e agli organi competenti" proprio in quanto finalizzato alla "loro presa in carico da parte delle autorità competenti"[47].

Dunque, in adesione alla prospettiva ermeneutica di cautela – che pare più opportuno accogliere – che muove dalla difficoltà di distinguere in maniera netta funzioni di garanzia da funzioni di cura dell'interesse pubblico, e scoraggia letture nel senso che le stesse si escludano reciprocamente, l'interesse affidato in cura ai garanti in esame pare possa essere riguardato quale interesse alla difesa dei diritti dell'infanzia, con la conseguenza che a quest'ultimo debba ascriversi spessore collettivo. Il superamento della curvatura individuale della protezione di cui si discorre è stato del resto segnalato proprio con riguardo alle posizioni giuridiche soggettive contemplate dall'art. 31 della Costituzione[48], nell'atto di ribadire l'impegno della Repubblica nel sostenere l'adempimento dei compiti genitoriali in seno alla famiglia[49], di guisa da suggerire dunque una dimensione collettiva dell'impegno, e una lettura socialmente orientata delle pretese a fronte delle quali si articola tale impegno. L'accezione di socialità che si esprime dunque in una strutturazione delle pretese rilevanti in termini collettivi consente, nell'economia della riflessione che si sta conducendo con riguardo a queste autorità di garanzia, di rappresentarle come difensori dei corrispondenti interessi socialmente rilevanti e di esibire in ciò un significativo indicatore del legame delle prime (e del ruolo dalle stesse rivestito) con le politiche di *Welfare*.

---

[45] In questi termini si esprime la legge regionale lombarda 30.3.2009 n. 6 istitutiva della "figura e dell'ufficio del Garante per l'infanzia e l'adolescenza", art. 2, comma, 1, lett. k).

[46] Cfr. art. 2, comma, 1 lett. j), L.R. Lombardia n. 6/2009 cit.

[47] Cfr. art. 3, comma 1, lett. h), L. n. 112/2011 cit.

[48] Sulla socialità come cifra essenziale dello "Stato democratico voluto dalla Costituzione", si veda C. cost. sent. n. 217 del 1988. Ritiene che i diritti dell'infanzia siano affermati come "valori sociali" nell'art. 31 Cost., A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, cit., 757.

[49] Propone una lettura dell'intervento dei garanti dell'infanzia e dell'adolescenza in termini di adempimento di doveri intergenerazionali di protezione, P. Pantalone, *L'incerta natura giuridica dei Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza tra tutela effettiva di diritti e adempimento di doveri intragenerazionali di protezione*, cit.

ISSN 2036-7821

Il che impone anche, conseguentemente, di riguardare come elementi per così dire accidentali di questa prospettiva, per esempio, l'attribuzione di forme di rappresentanza processuale alle stesse autorità per l'infanzia[50], tali da non pregiudicare, ove assenti, il senso complessivo della tutela dei valori sociali intestata a tali autorità, o specularmente detto, non implicati dal riconoscimento in capo ai garanti di una funzione di tutela di detti valori sociali.

L'apertura ad una dimensione sovraindividuale dell'interesse rappresentato e tutelato grazie all'istituzione dei garanti per l'infanzia, e l'esigenza (sottesa alla prima) dell'ordinamento di dotarsi di uno schema di protezione non limitato alla evenienza processuale, ma anticipato, sul piano sostanziale, nelle forme – seppur indipendenti o tendenzialmente tali – della cura amministrativa dell'interesse[51], sono del resto coerenti con quella caratterizzazione ambivalente impressa, negli atti di diritto internazionale rilevanti in questo settore, alla moderna cultura minorile[52] da una duplice necessità: quella che sottende l'attività a tutela di uno specifico minore, finalizzata a disinnescare una dialettica oppositiva, e quella di assicurare una protezione collettiva dell'infanzia, che si declina, perciò, non come protezione assoluta, ma come ponderazione e bilanciamento tra diverse istanze: esigenze dei minori, responsabilità genitoriali, responsabilità delle istituzioni pubbliche nella cura, educazione, assistenza. La copertura "amministrativa" del bisogno consente in sostanza di fornire una risposta anche alla seconda delle descritte necessità, riecheggiando peraltro quella dinamica di "composizione degli interessi sociali" e di

[50] A titolo esemplificativo si consideri la previsione, presente nel Regolamento della Regione Puglia, 11.11.2008, n. 23 recante "Composizione e Funzionamento dell'Ufficio del Garante regionale dei Diritti del Minore", art. 2, comma 2, lett. r), a mente della quale l'Ufficio del Garante: "rappresenta i diritti e gli interessi dell'infanzia e dell'adolescenza presso tutte le sedi istituzionali, collaborando con tutte le autorità competenti operanti sul territorio regionale; interviene presso gli organismi giudiziari per rappresentare gli interessi del minore d'età nel corso di procedimenti civili o penali, indipendentemente e autonomamente dall'azione dei genitori e dei legali rappresentanti dello stesso e si può costituire parte civile in procedimenti penali aventi ad oggetto violazione dei diritti dei minori".

[51] A questo proposito si veda P. Pantalone, *L'incerta natura giuridica dei Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza tra tutela effettiva di diritti e adempimento di doveri intragenerazionali di protezione*, cit., secondo il quale "l'effettività della tutela dei diritti – specie dinanzi a temi così delicati e che coinvolgono i minori – è innanzitutto assicurata dall'amministrazione prima che dalla giurisdizione".

[52] La traiettoria di sviluppo della cultura minorile sarebbe, secondo parte della dottrina, caratterizzata dal superamento della concezione della protezione dei bambini e degli adolescenti come elemento trainante della tutela: G. Sergio, *La ratifica della convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: una tappa decisiva verso il riconoscimento della soggettività dei minori nelle relazioni familiari*, in *Psicologia e Giustizia*, n. 2, 2003; 4. Questo elemento è valorizzato da A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, cit., 726 per sostenere che la *ratio* dell'istituzione di organismi a tutela dei minori – guardando per esempio alla Convenzione di Strasburgo – non sia quella di consentire a tali autorità di operare "sovrapponendo unilateralmente le proprie decisioni a quelle del bambino o dell'adolescente", ma piuttosto di prefigurare "la previsione di un mediatore, di un organismo cioè che prevenga gli abusi e favorisca la diffusione di una cultura dei diritti dei minori". La stessa A. coglie il significato, coerente con tali sviluppi, della testuale qualificazione – nelle leggi regionali a partire dal 2002 – delle autorità come "garanti" in luogo della pregressa come "tutori".

ISSN 2036-7821

domanda di tutela dei medesimi che disegna diversi percorsi, variamente raccolti dall'organizzazione pubblica[53], che nel caso dei garanti per l'infanzia e l'adolescenza non approda all'adozione di atti autoritativi che definiscano assetti di interessi, ma sovente si risolve nell'esercizio di funzioni, niente affatto banali e irrilevanti, di propulsione (di interventi di competenti autorità), di facilitazione dell'esercizio di altrui attribuzioni e della partecipazione degli interessati ai procedimenti che li riguardano, e quindi del loro ascolto.

Ora, questo insistere dei garanti per l'infanzia nell'area della organizzazione pubblica, in assenza di un'attribuzione di compiti di amministrazione attiva, ma in funzione di snodo e a beneficio della interlocuzione tra attori (pubblici e privati) inseriti in una fitta trama di rapporti, con la finalità di garantire posizioni che è possibile ricostruire come valori di una comunità, è decifrabile sin dagli iniziali

[53] La letteratura sul punto è sterminata: estremamente significativo il contributo di G. Berti, sul tema, occasionato dalla riflessione intorno alla categoria degli interessi diffusi, che hanno dato modo all'A., *Il giudizio amministrativo e l'interesse diffuso*, in *Jus*, 1-2, 1982, 68 ss., di chiarire che sono varie le vie "che si dànno per la tutela di interessi sociali": "lo Stato, mediante la propria organizzazione, crea le condizioni affinché, al di fuori di iniziative del tutto estemporanee, gli interessi sociali, trovino appagamento, attraverso i messi di cui detta organizzazione è dotata, in modo quasi automatico. Il soddisfacimento degli interessi non individuali è un compito dello Stato, ed avviene al di fuori di veri e propri conflitti. Basta l'iniziativa pubblica, che si vale dei procedimenti che il legislatore mette a disposizione degli organi amministrativi"; "l'organizzazione pubblica o non è in grado di affrontare la tutela di tutti gli interessi sociali, oppure ritiene che alla cura di una parte di tali interessi siano più adatte specifiche formazioni, semi-pubbliche o semi-private"; "lo Stato non è più in grado di raccogliere nella propria organizzazione o in quella dei soggetti appositamente creati o investiti tutti gli interessi sociali che emergono dalla società; ed allora questi interessi sono vaganti, disponibili per essere raccolti da chiunque"; "vi sono infine interessi diffusi, non nel senso che essi assumono consistenza solo appunto in quanto diffusi e attraverso la loro estensione a gruppi di individui, ma in quanto promanano con uguale intensità e allo stesso modo da una pluralità di soggetti che si riconoscono nella comune appartenenza a un determinato territorio o ad un ambiente naturale o artificiale". Dello stesso A. che ha segnalato come tale categoria di interessi si sviluppi in linea con la richiesta di forme di legittimazione dell'azione statale che non passi dalla rappresentanza politica ma anzi muova dalla sua crisi, si veda pure *Interessi senza struttura (i c.d. interessi diffusi)*, in AA.VV., *Studi in onore di Amorth*, I, Milano, 1982, 67 ss. In argomento L. De Lucia, *La cittadinanza presa sul serio. Legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo e tutela degli interessi diffusi e collettivi*, in *Pol. del diritto*, 1/2022, 85 ss.. Non è un caso che il ricchissimo dibattito sviluppatosi intorno alle questioni della sostenibilità e della tutela degli interessi delle generazioni future abbia intercettato le categorie di cui qui si discorre, in particolare quella degli interessi diffusi. Sul punto, per il rilievo delle criticità emerse nelle scelte lessicali compiute in sede di revisione costituzionale dell'art. 9, si veda G. Palombino, *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*, Milano, 2022, spec. 116. In tema A.G. Orofino, *La solidarietà in diritto amministrativo: da strumento di protezione dell'individuo a parametro di disciplina del rapporto*, in *Il dir. eco.*, 2/2020, 571-598; A. D'Aloia, *La Costituzione e il dovere di pensare al futuro*, in *Biolaw Journal*, 2/2022, 1 ss.; M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. e società*, 2/2008, 145 ss.; I. Ciolli, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Bilancio Comunità Persona*, 1/2021, 51 ss.; P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi.it*, 1/2023, 86 ss.; P. Pantalone, *L'incerta natura giuridica dei Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza tra tutela effettiva di diritti e adempimento di doveri intragenerazionali di protezione*, cit., dello stesso A., con M. Denicolò, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il dir. eco.*, 1/2020, 125-166; nonché P. Pantalone (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, Modena, 2021.

ISSN 2036-7821

svolgimenti della legislazione regionale istitutiva delle figure in esame. Legislazione nella sostanza riproduttiva di un modello che si presenta contiguo a quello del difensore civico, curvato sull'esercizio – da parte di altri – di funzioni amministrative a tutela di posizioni deboli[54].

4. La natura delle posizioni giuridiche tutelate.

E' a questo punto opportuno tornare sull'ulteriore dato capace di fornire elementi utili a posizionare i garanti dell'infanzia rispetto al quadro delle politiche di *Welfare*, ossia quello rappresentato dalla natura delle posizioni giuridiche tutelate[55]. Il tentativo di individuare queste ultime in coerenza con il ruolo che l'ordinamento disegna per gli stessi garanti che è, come si è cercato di dire per cenni, quello di proteggere interessi socialmente avvertiti come essenziali rispetto ad una particolare categoria di destinatari – fanciulli e adolescenti – induce a guardare evidentemente anche alla categoria dei diritti sociali. Posizioni di vantaggio che, quantunque riconosciute ai singoli, postulano l'appartenenza ad un gruppo come dato conformativo essenziale della relativa pretesa[56], attraverso le quali si invera una dimensione relazionale e non solo personale[57], la dimensione di socialità[58], e che da un punto di vista strutturale – nonostante l'opportunità di accogliere letture svalutative della "diversità strutturale" quale elemento identificativo della categoria rispetto ad altre[59] – si atteggiano come pretese di prestazione[60]. E in tal senso non può negarsi che il quadro giuridico interno presenti elementi di convergenza con quello sovranazionale e internazionale nel conformare in senso pretensivo una serie di

[54] Sottolinea la iniziale declinazione dei garanti regionali nel solco del modello del difensore civico R. Calvano, *Il garante nazionale e i garanti regionali per l'infanzia: problemi costituzionali*, cit.. Avendo sottolineato la diversità di questioni rispettivamente maneggiate da difensori civici e autorità amministrative indipendenti, ritiene i garanti regionali "maggiormente assimilabili al modello dei Difensori civici", P. Pantalone, *L'incerta natura giuridica dei Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza tra tutela effettiva di diritti e adempimento di doveri intragenerazionali di protezione*, cit.

[55] Cfr. *supra*, par. 1.2.

[56] Sul punto G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755 ss, spec. 759, secondo il quale "il diritto sociale "è un diritto individuale (e non del gruppo cui il soggetto appartiene), ma l'appartenenza al gruppo (sociale o umano) individua il soggetto titolare del diritto".

[57] In tema si veda M. Benvenuti, *Diritti sociali*, in *Dig. discipl. pubbl.*, 2012, 270 ss. anche per l'analisi della giurisprudenza costituzionale rilevante nel restituire la dimensione della socialità. Sulla "diversità" come paradigma connotante, in luogo di quello della "normalità sociale", la categoria dei diritti sociali, si veda C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 22.

[58] Sulla socialità come cifra dello "Stato democratico voluto dalla Costituzione" si veda C. cost. n. 217/1988 cit.

[59] E' in questo senso assai noto il dibattito intorno alla prospettazione di tratti distintivi tra le categorie dei diritti di libertà e dei diritti sociali come legati ad elementi di ordine strutturale. Sui limiti di tale rappresentazione M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 1 ss., spec. 7-8.

[60] Per la qualificazione dei diritti sociali come strutturalmente di prestazione e funzionalmente redistributivi si rinvia ancora allo studio di M. Benvenuti, *Diritti sociali*, cit.

ISSN 2036-7821

pretese rilevanti nel comparto che qui ci occupa, come quella riconosciuta al fanciullo ad essere allevato dai genitori dall'art. 7 della Convenzione di New York[61], che guarda alla medesima posizione, configurando quello al mantenimento, all'istruzione e all'educazione, rispetto ad uno dei due termini soggettivi della relazione (i genitori), come un diritto-dovere[62].

Anzitutto il collegamento di questo settore con i diritti sociali, e con le prestazioni attraverso le quali il loro godimento si esprime, sembra essere confortato da argomenti di natura sistematica, come nel caso ligure, in cui la legge regionale di disciplina della fornitura di servizi sociali ha previsto l'istituzione del Garante regionale dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza[63], rinviando ad una legge successiva la regolamentazione puntuale di profili concernenti le funzioni, le azioni, le risorse e le modalità operative dell'Ufficio del Garante[64]. Nella stessa direzione si muove il rilievo della presenza dei diritti dell'infanzia tra i diritti sociali contemplati dagli statuti regionali, riformati successivamente alla riforma costituzionale del 2001, nella parte relativa ai principi fondamentali[65]. Più in generale il processo di creazione dei garanti si inserisce nelle politiche di intervento a tutela dell'infanzia che risultano favorite dal ridisegno della geografia delle competenze legislative operato, a favore delle Regioni, dalla Riforma del Titolo V[66].

Le norme citate, che circondano la tutela del minore rispetto al mantenimento, alla educazione e all'istruzione, e l'assolvimento di tali funzioni anche nel caso di incapacità, disvelano una tendenza, comune al quadro giuridico interno e internazionale, a configurare le posizioni soggettive in parola in senso pretensivo.

Ma è innegabile che nella vicenda governata dai garanti dell'infanzia e dell'adolescenza siano coinvolti anzitutto diritti di altra natura. Con tutti i già accennati limiti delle classificazioni fondate sulla struttura della pretesa, la semplificazione che la sottende si rivela nell'economia del presente ragionamento utile a cogliere un elemento descrittivo della realtà. I garanti dell'infanzia si misurano

---

[61] Cfr. Art. 7, Convenzione di New York cit.: "1. Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto ad un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori ed a essere allevato da essi".

[62] Su cui E. Lamarque, *Il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli*, in F. Marone (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Napoli, 170 ss.; Id., *Art. 30*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I, 622 ss.; B. Liberali, *(Prima) il dovere e (poi) il diritto: alla ricerca degli 'ossimori costituzionali' nella cura dei figli*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2018, 1 ss. Sulla posizione giuridica dei figli, cfr. F. Paterniti, *Lo status costituzionale dei figli*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2013, 23 ss.; G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova, 2015, 49 ss.

[63] Cfr. art. 33, L.R. Liguria, 24.5.2006 n. 12, recante Promozione del sistema integrato di servizi sociali e sociosanitari.

[64] Cfr. art. 33, comma 4, L.R. Liguria n. 12/2006 cit.

[65] R. Filaci, *I diritti dell'infanzia, dell'adolescenza e degli anziani nei nuovi statuti regionali*, in E. Catelani, E. Cheli, *I principi negli statuti regionali*, Bologna, 2008, 65.

[66] In tema si veda G. Serges, *La potestà legislativa delle regioni nel progetto di riforma della costituzione*, in *Rivista AIC*, 2015; F. Pinto, *Il nuovo regionalismo nel sistema delle fonti*, Torino, 2004.

ISSN 2036-7821

sovente con fattispecie in cui si radicano ed emergono pretese a vocazione "resistenziale", conformate cioè da un'ottica difensiva rispetto, per esempio, all'obiettivo dell'integrità psico-fisica da conservare ed assicurare, piuttosto che da linee di svolgimento pretensive. Si pensi a tal riguardo alle ipotesi in cui si renda necessario l'allontanamento, la cui esigenza, ai sensi della Convenzione di New York, si pone allorquando "i genitori matratt*i*no o trascur*i*no il fanciullo"[67]. E' evidente che ci si trova al cospetto di una situazione molto diversa da quella che induce ad agire il diritto all'educazione, venendo qui in rilievo il diritto ad essere protetto da "ogni forma di violenza, di oltraggio o di brutalità fisiche o mentali, di abbandono o di negligenza, di maltrattamenti o di sfruttamento, compresa la violenza sessuale"[68]. Ciò determina, in linea di principio, delle conseguenze sull'atteggiarsi della stessa vigilanza che incombe sulle figure poste a presidio delle pretese difensive di cui si discorre nei confronti di ulteriori attori – si pensi ancora una volta agli assistenti sociali – convolti nella relazione con i titolari di tali posizioni di vantaggio (minori), relazione che non è decifrabile, come si è cercato di dire, sempre e semplicemente in termini di rapporto di prestazione. Gli operatori sociali esercitano sovente, infatti, al cospetto dei minori, come nei confronti di altre categorie di destinatari vulnerabili (anziani, persone con disabilità, persone non autosufficienti), piuttosto che attività erogative, funzioni di tutela, mediazione, vigilanza. Sicché anche vigilare – come è per ellissi (la formula è quella della vigilanza "sul benessere del fanciullo"[69]) richiesto di fare alle figure di cui si prescrive l'istituzione a livello nazionale dalla più volte citata Convenzione universale dei diritti del fanciullo – sul corretto espletamento dei compiti che incombono agli operatori sociali – e nella misura in cui essi si declinano, non in una cornice erogativa (di servizio in senso stretto), quanto piuttosto di funzione[70], e non di funzione sempre autoritativa di cura in concreto di un interesse pubblico, ma di mediazione, di garanzia – è attività che si differenzia significativamente dalla vigilanza sulla erogazione di una prestazione. Non sarebbe senz'altro coltivabile la logica del perseguimento del risultato concreto, che in una cornice processuale assicurerebbe, per dirla in sintesi, l'esercizio dell'azione di adempimento. Laddove, al cospetto di questi diversi casi, si evochi poi un bilanciamento tra diversi interessi da tutelare, questo è destinato ad essere governato e risolto dall'autorità giudiziaria. Paradigmatica si rivela ancora l'occorrenza dei presupposti che giustificano l'allontanamento del minore dal nucleo familiare:

[67] Cfr. art. 9, comma 1, Convenzione di New York cit.

[68] Art. 19, comma 1, Convenzione di New York cit.

[69] Cfr. ancora art. 18, c. 2, Convenzione di New York cit.

[70] Ma sullo stemperamento della rigida distinzione tra funzione e servizio il dibattito è articolato. Senza pretese di esaustività si veda M. Spasiano, *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2004, 297; G. Napolitano, *Le funzioni*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 32; F. Liguori, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *Federalismi.it*, 1/2018, 1 ss.

ISSN 2036-7821

dinanzi alla pretesa, tutta spinta sul versante resistenziale e difensivo, ad essere protetto da forme di violenza o aggressione, di abbandono o negligenza[71], e a quella pretensiva ad essere allevato dai propri genitori (ed in tal senso a trovare soddisfazione mediante la permanenza presso il nucleo familiare)[72], sorge la necessità di operare un bilanciamento tra i due diritti che va rimesso all'autorità giudiziaria[73].
Anche le leggi istitutive dei garanti regionali restituiscono un quadro articolato in cui si collocano posizioni a conformazione difensiva. Solo a titolo esemplificativo guardando alla legge regionale campana istitutiva del Garante dell'infanzia e dell'adolescenza, sembra che i poteri di segnalazione, conferiti a quest'ultimo in relazione all'obiettivo di vigilare sull'assistenza prestata ai "minori ricoverati in istituti educativo-assistenziali, strutture residenziali o comunque in ambienti esterni alla propria famiglia"[74], e finalizzati a suggerire gli opportuni interventi agli organi competenti, più che invocare interventi erogativi a soddisfazione di pretese, prefigurino verosimilmente la rimozione di elementi di offesa.
In ogni caso, anche qualora ci si riferisca a rapporti amministrativi di prestazione, la funzione svolta dai garanti non pare idonea ad incidere in maniera immediata sulla soddisfazione della pretesa, come si accennava, ossia assicurando il conseguimento diretto dell'utilità, ma si concretizza sostanzialmente nella sollecitazione di ulteriori attori. Può riscontrarsi tale seconda prospettiva di conferimento di funzioni promozionali del godimento di diritti sociali, quanto all'Autorità nazionale garante dell'infanzia e dell'adolescenza, nella previsione del contributo reso da quest'ultima alla tutela del diritto alla famiglia, evocato unitamente alla pretesa all'educazione, all'istruzione, alla salute. Esso si traduce nell'esercizio di poteri di segnalazione al Governo, alle Regioni o agli enti locali delle iniziative opportune per assicurare la piena promozione e tutela dei diritti dell'infanzia[75]. Nella stessa direzione si muovono i poteri di verifica della garanzia effettiva delle pari opportunità ai minori nell'accesso alle cure e nell'esercizio del diritto alla salute: il diritto investito dalla previsione è senz'altro un diritto sociale, strutturalmente pretensivo[76], ma i poteri conferiti all'AGIA sono verosimilmente strumentali all'esercizio di ulteriori poteri di segnalazione nella logica appena descritta[77]. Ancora, nella medesima logica, la

[71] Si veda ancora l'art. 9 della Convenzione di New York cit.
[72] Art. 7 della Convenzione di New York cit.
[73] Si riferisce espressamente al "bilanciamento" lo stesso D.D.L. n. 2325/2022 cit., che pur si muove, come si è accennato, nella prospettiva di circoscrivere proprio la latitudine dei poteri di valutazione e di intervento dei servizi sociali comunali coinvolti nei procedimenti urgenti di allontanamento dei minori ai sensi dell'art. 403 c.c. attraverso il conferimento all'Ispettorato nazionale del lavoro di specifiche funzioni di vigilanza e di controllo sugli interventi richiamati.
[74] Cfr. art. 2, comma 1, lett. d), L.R. Campania, 24.7.2006 n. 17.
[75] Cfr. art. 3, comma 1, lett. g, L. n. 112/2011 cit.
[76] Sul punto si veda ancora M. Benvenuti, *Diritti sociali*, cit.
[77] Cfr. art. 3, comma 1, lett. e), L. n. 112/2011 cit.

ISSN 2036-7821

previsione successiva dei poteri di segnalazione "in casi di emergenza, alle autorità giudiziarie e agli organi competenti" della "presenza di persone di persone di minore età in stato di abbandono al fine della loro presa in carico da parte delle autorità competenti" è espressione di una soluzione che, in presenza anche di una violazione del diritto sociale nella sua dimensione prestazionale, non è immediatamente satisfattiva del diritto, poiché la presa in carico da parte delle autorità competenti alla quale si fa riferimento postula un quadro articolato di azioni.

5. Il contributo dei garanti alla delineazione delle politiche di **Welfare** *e i livelli essenziali delle prestazioni.*

Gli elementi sin qui considerati hanno consentito di svolgere qualche notazione in ordine al contributo fornito dai garanti dell'infanzia e dell'adolescenza all'attuazione delle politiche di *Welfare*. Ulteriori indicazioni vanno d'altro canto nella direzione di riferire tale contributo anche al livello della costruzione di tali politiche. I livelli essenziali delle prestazioni[78] offrono in questo senso occasione alle figure in esame di partecipare alla delineazione di tali politiche. Quanto al collegamento tra l'istituto dei leps e le politiche sociali va anzitutto rammentato che nella legge quadro sul sistema integrato degli interventi e dei servizi sociali era trasfusa una opzione che operava esattamente in questa prospettiva, laddove affidava alla pianificazione nazionale[79] –

[78] Il tema è come noto assai indagato dalla dottrina. In argomento, senza pretese di esaustività, si vedano V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008; V. Molaschi, I *livelli essenziali di assistenza sociale*, in V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari, (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., ed. 2022, 77 ss..; G. Rossi, A. Benedetti, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il nuovo titolo V della Costituzione. Stato/Regioni e Diritto del lavoro, supplemento a Lavoro nelle p.a.*, n. 1/2002, 22 ss.; L. Trucco, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (a cura di), I *diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, Napoli, 2013, 103 ss.; M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 1 ss.; R. Manfrellotti, R. Miranda, *Determinazione dei livelli essenziali e conferimento di funzioni amministrative: l'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. come "parametro presupposto" nel giudizio di costituzionalità*, in E. Bettinelli, F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2004, p. 462 ss.; C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in G. Campanelli, M. Carducci, N. Grasso, V. Tondi della Mura (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010, 63 ss..

[79] Titolari della funzione programmatoria – indicata come (art. 3, comma 1, L. n. 328/2000 cit.) metodo "per la realizzazione degli interventi e dei servizi sociali, in forma unitaria ed integrata" – sono lo Stato, le Regioni ed i Comuni (art. 3, comma 2). Allo Stato spetta l'adozione del Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali (art. 18), che tra i vari contenuti contempla (art. 22) quello delle "caratteristiche" e "requisiti della prestazioni delle prestazioni sociali comprese nei livelli essenziali previsti dall'art. 22". Il compito di determinare le prestazioni comprese nei livelli essenziali, in forza delle previsioni della L. n. 289/2002, art. 46, comma 3 (L. finanziaria per il 2003), è stato trasferito dalla sede della pianificazione nazionale all'adozione di un DPCM, con determinazione operata "nei limiti delle risorse ripartibili del Fondo nazionale per le politiche sociali, tenendo conto delle risorse ordinarie destinate alla spesa sociale dalle Regioni e dagli Enti locali e nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica dal DPEF. La prima attuazione del sistema prefigurato dalla legge quadro è intervenuta con l'adozione del Piano nazionale 2001-2003 (D.P.R. 3.5.2001). Sul punto V. Molaschi, *L'organizzazione amministrativa dei servizi sociali*, F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari (a

ISSN 2036-7821

considerando che i piani sociali nazionali incorporano per definizione le politiche di *welfare* – la determinazione dei livelli. La circostanza che la stessa scelta sia stata successivamente superata non muta i termini della questione e cioè l'idea – sottesa a quella saldatura – dell'inveramento delle politiche sociali attraverso la declinazione di prestazioni che devono ritenersi immediatamente esigibili. La stessa scelta, di recente operata (con la legge di bilancio per il 2023[80] e ribadita dal c.d. d.d.l. Calderoli[81]) di collegare il perfezionamento del processo di realizzazione del c.d. regionalismo differenziato alla definizione dei leps (subordinando il primo alla seconda), al di là dei profili di criticità sollevati dalle strade prefigurate per il conseguimento dell'esito[82] – anche in relazione allo specifico punto rappresentato

cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, ed. 2022 cit., 43 ss., spec. 60-61, che sottolinea anche la non assimilabilità tra il Piano nazionale degli interventi, mai adottato dopo quello del 2001-2003, e lo strumento di programmazione successivamente introdotto, rappresentato dal Piano sociale nazionale (art. 21 d.lgs. n. 147/2017); nonché Id., *I livelli essenziali di assistenza sociale*, *ivi*, 77 ss.

[80] Si tratta della L. 29.12.2022 n. 197, art. 1, commi 791-805. In particolare il comma 791 ha previsto che "L'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'art. 116, terzo comma, della Costituzione, relative a materie o ambiti di materie riferibili … ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, è consentita subordinatamente alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP)". Come noto con DPCM del 23.3.2023 è stato istituito il Comitato tecnico scientifico con funzioni istruttorie per l'individuazione dei LEP (CLEP) incaricato di fornire supporto alla Cabina di regia, alla quale è stata affidata – secondo funzioni e compiti indicati dall'art. 1, c. 793, L n. 197/2022 cit. – l'attività di determinazione dei lep. Il CLEP si è insediato il 9.5.2023 e, a valle della definizione delle modalità organizzative di lavoro, sono stati costituiti 10 sottogruppi distinti per aree tematiche, ciascuno competente per alcune materie tra quelle indicate dall'art. 116, c. 3 Cost., ai quali è stato infine aggiunto un undicesimo sottogruppo dedicato all'analisi delle materie ulteriori, rispetto a quelle di cui all'art. 116, c. 3.

[81] Cfr. D.D.L. S. 615/2023, recante Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione, presentato il 23.3.2023, esaminato dalla Commissione Affari costituzionali e del quale, al 23 novembre 2023, non risulta ancora iniziato l'esame dell'Assemblea. Sul punto che qui più interessa la proposta è nel senso di (art. 3 della proposta) prevedere che, al fine di attuare l'art. 116, c. 3 Cost., i livelli essenziali delle prestazioni, e i relativi costi e fabbisogni standard siano determinati con uno o più DPCM.

[82] Per un'analisi dei profili critici (concernenti, tra gli altri: la preoccupazione della riduzione del Parlamento a sede sostanzialmente ratificatoria delle intese; la scelta della modalità di intervento rappresentata dallo strumento della legge-quadro; le modalità di determinazione dei lep con Dpcm; la inopportunità del metodo eletto per introdurre tale rilevante disciplina, ossia una legge di bilancio) emersi nei tentativi di attuazione del disegno di differenziazione sinora avanzati, anche con riguardo ai più recenti e a quelli attualmente oggetto di discussione, si veda L. Chieffi, A. Lopes, D. Scalera, S. Staiano, *Introduzione. Profili ordinamentali*, in AA.VV., *Regionalismo differenziato. Razionalizzazione o dissoluzione. Una ricerca delle Università della Campania*, Napoli, 2023, X ss.; S. Staiano, *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *Federalismi.it*, 7/2023; Id., *Il regionalismo differenziato. Debolezza teorica e pratica del conflitto*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2019; Id., *Anti-mitopoiesi. Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, in *Federalismi.it*, 29/2022; F. Manganaro, *Regionalismo differenziato e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma*, in *Giustizia insieme*, 2.2.2023; G.M. Salerno, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere*, in *Federalismi.it*, 1/2023; nonché R. Calvano, *Il* monstrum *del regionalismo differenziato e le sue vittime*, in *Lacostituzione.info.it*, 26.4.2023; e Id., *Il garante nazionale e i garanti regionali per l'infanzia: problemi costituzionali*, cit.; P. Torretta, *La legge di bilancio 2022 e l'assistenza sociale: quale LEPS e tante 'buone intenzioni'*, in *Federalismi.it*, 11/2022.

ISSN 2036-7821

dalla predeterminazione dei LEP[83] – è indicativo del rilievo determinante che il ricorso a tale ultimo dispositivo assume nella prospettiva di consentire il passaggio alla dimensione dell'effettività[84] nella garanzia di una serie di utilità avvertite come fondamentali nell'esercizio dei diritti di cittadinanza, quindi acciocché ne sia assicurato un godimento trasversale. Che il legame tra i LEP e la questione sociale travalichi una dimensione contingente, e sia percorso dalla aspirazione di affrontare nodi consolidati, come la persistenza dei divari – rilevabili non solo su base territoriale – e dunque dalla esigenza di mettere in campo meccanismi perequativi, è dimostrato anche dalla circostanza che tale nesso sia coltivato a margine non solo del progetto di realizzazione della differenziazione ma anche di quello di ripresa e resilienza. La legge di bilancio 2023 evoca espressamente la finalità di "favorire un'equa ed efficiente allocazione delle risorse collegate al Piano nazionale di ripresa e resilienza"[85], che, come si è avuto modo di sottolineare, è un programma di ricostruzione del tessuto economico in reazione e superamento degli effetti causati dalla emergenza pandemica che pone sotto i riflettori in maniera evidenza l'indifferibilità e l'ineludibilità della ricostruzione del *welfare* italiano[86], mostrando di muoversi nella consapevolezza del radicamento delle diseguaglianze, fornendo delle risorse per rafforzare il comparto degli interventi socio-assistenziali per raggiungere risultati concreti in termini di coesione territoriale, o ancora il settore socio-sanitario in funzione di sostegno delle categorie più vulnerabili[87]. In questo disegno di ricostruzione trova uno spazio centrale la definizione dei leps, esibiti ancora di recente come strumentario utile a consentire di "erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale"[88], e come identificativi di un complesso di prestazioni e dunque di valori strumentali rispetto all'affrancamento dal bisogno e al superamento

[83] Sul punto e sul significato che l'obiettivo di definizione dei LEP assume nel percorso di cui si discorre, per la capacità di assicurare l'avvio del percorso perequativo in attuazione della legge n. 42 del 2009", si vedano ancora L. Chieffi, A. Lopes, D. Scalera, S. Staiano, *Introduzione. Profili ordinamentali*, cit., XVI, che rammentano l'avviso della Corte costituzionale (sent. n. 220/2021; si veda pure C. cost. n. 62/2020 e n. 142/2021) che identifica nel "ritardo nella definizione dei Lep" un "ostacolo non solo alla piena attuazione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali, ma anche al pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali".

[84] Si veda al riguardo il riferimento, operato dall'art. 1, comma 791, citato alla "soglia di spesa costituzionalmente necessaria" come elemento decisivo per erogare "prestazioni sociali di natura fondamentale".

[85] Cfr. art. 1, c. 791, L. n. 197/2022 cit.

[86] In argomento C. Acocella, *Contributo allo studio dell'effettività dei diritti sociali. Decisioni pubbliche e sindacato giurisdizionale all'epoca del ritorno al bisogno del* welfare, Napoli, 2022, spec. 148 ss.; Id., *Dimensione economica e sociale nel progetto di ripresa e resilienza*, in AA.VV., *Parrhesia in dialogo tra saperi. Studi per Lucio d'Alessandro*, Napoli, 2023. In tema A. Lamberti, *La tutela della salute "oltre la pandemia": PNRR e riforme per un nuovo modello sociale e sanitario*, in *Giustamm.it*, 9/2022, 1 ss.; L. Chieffi, *Una nuova stagione per i diritti sociali? La spinta offerta dal* Recovery Fund *per il rilancio dei welfare sanitari*, in *BioLaw Journal*, 4/2021, 3 ss.,

[87] P. Torretta, *La legge di bilancio 2022 e l'assistenza sociale: quale LEPS e tante 'buone intenzioni'*, cit.

[88] Cfr. ancora l'art. 1, comma 791, L. n. 197/2022 cit.

ISSN 2036-7821

di debolezze strutturali del nostro modello di *welfare*[89].
Sul punto le attribuzioni dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza si esprimono a un duplice livello, ossia quello consultivo e propositivo (di formulazione di osservazioni e proposte sull'individuazione dei leps relativi ai minori) e di controllo (attraverso la vigilanza in merito al rispetto dei leps)[90]. Sul piano del metodo la pratica di ascolto, collazione di indicazioni, espressione di istanze sociale, alla quale i garanti sono vocati per missione, li colloca in una condizione privilegiata per svolgere, in linea con il principio di sussidiarietà orizzontale, soprattutto la prima delle due funzioni richiamate, in vista cioè della individuazione dei livelli essenziali. La circostanza che la legge quadro sul sistema integrato degli interventi e dei servizi sociali sia espressamente richiamata in relazione al processo di realizzazione dei leps[91] quale strumento per perseguire, tra gli altri, gli obiettivi del PNRR in punto di inclusione e coesione sociale, e che tale processo sia calato nella cornice territoriale in cui si svolge l'erogazione dei servizi sociali, ossia gli ambiti territoriali, è espressiva di una esigenza di individuazione, attraverso un metodo ascendente, o come si dice *bottom-up*, di ricostruzione dei bisogni e di conseguente determinazione delle priorità che si riflettono nei livelli essenziali in questo comparto.
L'avanzamento, sul quale l'economia della presente riflessione non consente di soffermarsi, che il processo di definizione dei leps ha registrato nel comparto sociale soprattutto a partire dal 2017 – e del quale dà conto anche il lavoro istruttorio compiuto dal CLEP, avendo individuato, come criterio sulla base del quale elaborare i documenti prodotti, quello di "partire dai livelli essenziali di assistenza o dei servizi sociali o di altro tipi, ove già individuati dalle norme o da quelli che sono impliciti nelle norme"[92] – con l'introduzione di strumenti utili nella prospettiva del contrasto alla povertà[93], successivamente con la configurazione dei "leps di sistema" – tra i quali l'assunzione di un preciso numero di assistenti sociali in rapporto al numero di

[89] Cfr. art. 1, comma 160, L. n. 234/2021 (L. bilancio 2022): "Al fine di garantire la programmazione, il coordinamento e la realizzazione dell'offerta integrata dei LEPS sul territorio, nonché di concorrere alla piena attuazione degli interventi previsti dal Programma nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) nell'ambito delle politiche per l'inclusione e la coesione sociale, i LEPS sono realizzati dagli ambiti territoriali sociali (ATS) di cui all'articolo 8, comma 3, lettera a), della legge 8 novembre 2000, n. 328, che costituiscono la sede necessaria nella quale programmare, coordinare, realizzare e gestire gli interventi, i servizi e le attività utili al raggiungimento dei LEPS medesimi, fermo restando quanto previsto dall'articolo 23 del decreto legislativo 15 settembre 2017, n. 147".

[90] Cfr. art. 3, comma 1, lett. l), L. n. 112/2011 cit.

[91] Sul punto cfr. ancora l'art. 1, comma 160, L. n. 234/2021, cit.

[92] Si veda il Rapporto Finale del CLEP dell'ottobre 2023, pag. 10. Sul CLEP si veda *supra* nota 80. L'assistenza sociale è stata individuata dal sottogruppo n. 2 come ambito di confine.

[93] Il d. lgs. n. 147/2017 individua lep in relazione alla misura nazionale unica di contrasto alla povertà, a partire dal 2018 identificata con il Reddito di inclusione – i leps correlati al REI erano i servizi per l'informazione e l'accesso a tale misura; la valutazione multidimensionale finalizzata a identificare i bisogni del nucleo familiare; il progetto personalizzato e i sostegni ivi previsti – e a partire dal D.L. n. 4/2019, convertito in L. n. 26/2019 identificati col Reddito di cittadinanza.

ISSN 2036-7821

abitanti residenti[94] – in seguito, con l'attribuzione ai servizi educativi per l'infanzia di dignità di lep, o ancora con l'attenzione alle prestazioni per non autosufficienti[95], in certa misura intercetta, quanto alle soluzioni nel merito occorse, un percorso compiuto dall'Autorità nazionale garante dell'infanzia e dell'adolescenza. Rileva a tale specifico riguardo l'adozione nel 2015 e nel 2019 rispettivamente di un documento di proposta intitolato "verso la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali dei bambini e degli adolescenti"[96], e di un documento di studio e proposta sul medesimo oggetto[97]. I due documenti sono idealmente collegati in un unitario percorso di riflessione sul tema, i cui esiti sono

[94] Si veda in particolare la L. bilancio per il 2021, L. n. 178/2020 e il D.P.C.M. 1.7.2021, che aveva previsto di incentivare l'assunzione di assistenti sociali da parte degli ambiti territoriali (1 assistente sociale ogni 6.500 abitanti) per raggiungere la soglia essenziale di 1 assistente sociale ogni 5.000 abitanti. Precedentemente la legge n. 77/2020 di conversione del D.L. n. 34/2020 (art. 89, comma 2-bis) aveva qualificato come servizi pubblici essenziali i servizi socio-sanitari, estendendo la tutela, dunque, rispetto alle previsioni introdotte nel 2017 a prestazioni ulteriori rispetto a quelle rappresentate dalle misure di contrasto alla povertà: "I servizi previsti all'articolo 22, comma 4, della legge 8 novembre 2000, n. 328, sono da considerarsi servizi pubblici essenziali, anche se svolti in regime di concessione, accreditamento o mediante convenzione, in quanto volti a garantire il godimento di diritti della persona costituzionalmente tutelati. Allo scopo di assicurare l'effettivo e continuo godimento di tali diritti, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, nell'ambito delle loro competenze e della loro autonomia organizzativa, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, definiscono le modalità per garantire l'accesso e la continuità dei servizi sociali, socio-assistenziali e socio-sanitari essenziali di cui al presente comma anche in situazione di emergenza, sulla base di progetti personalizzati, tenendo conto delle specifiche e inderogabili esigenze di tutela delle persone più esposte agli effetti di emergenze e calamità. Le amministrazioni interessate provvedono all'attuazione del presente comma nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica". In tema si veda A. Banchero, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali sono diventati realtà? Considerazioni in materia di servizi sociali e sociosanitari, in base alla disciplina della legge 17 luglio 2020, n. 77*, in *Corti supreme e salute*, 2/2020, 1 ss.

[95] Con la legge di bilancio per il 2022, L. n. 234/2021 cit., con riguardo ai servizi educativi per l'infanzia, è stato disposto uno stanziamento idoneo a consentire di incrementare il numero dei posti disponibili negli asili nido comunali tale da raggiungere, entro il 2027, il 33% dei posti in base alla popolazione di età compresa fra 1 e 3 anni (art. 1, comma 172); quanto alla non autosufficienza il legislatore fornisce indicazioni in merito alla attuazione di tali prestazioni, senza individuarle (art. 1, comma 161). In realtà già il d. lgs. n. 65/2017, che raccoglieva la delega conferita con la L. n. 107/2015 (nota come legge di Riforma della Buona Scuola) aveva accolto, pur non evocando mai espressamente la nozione di leps, di questi ultimi un'accezione nel senso di livelli di copertura, in ragione di una correlazione tra gli aspetti educativi e quelli sociali (art. 4, comma 1, lett. a) prevedendo il raggiungimento del "progressivo consolidamento, ampliamento, nonchè l'accessibilità dei servizi educativi per l'infanzia, anche attraverso un loro riequilibrio territoriale, con l'obiettivo tendenziale di raggiungere almeno il 33 per cento di copertura della popolazione sotto i tre anni di età a livello nazionale". Per una sintesi degli interventi occorsi in materia nella legislazione al fine di definire i lep, si veda ancora il Rapporto finale del CLEP dell'ottobre 2023 cit.. Sul punto si rinvia a P. Torretta, *La legge di bilancio 2022 e l'assistenza sociale: quale LEPS e tante 'buone intenzioni'*, cit. In tema si veda pure S. Pasquinelli, *Non autosufficienza, disabilità e PNRR: sei modi per non cambiare nulla*, in *Welforum.it*, 16.6.2021; F. Pesaresi, *La scomparsa dei LEP per la non autosufficienza dalla legge di bilancio 2022. Quando la cattiva pratica cancella le buone intenzioni*, in *Welforum.it*, 4.1.2022.

[96] Documento del 30.3.2015, risultato del Tavolo di lavoro sull'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali relativi alle persone di minore età, istituito presso l'Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza.

[97] Documento del 20.11.2019, intitolato "I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali delle persone di minore età".

ISSN 2036-7821

condivisi dall'Autorità nazionale, come la stessa espressamente ammette, nell'esercizio dei compiti di formulazione di osservazioni e proposte finalizzati all'individuazione dei leps attribuitile dalla legge istitutiva[98]. Può a questo punto svolgersi una prima notazione, di metodo, che concerne la portata, la latitudine e l'incisività del contributo spiegato dal Garante e dai garanti per l'infanzia e l'adolescenza nella determinazione dei leps rilevanti nel settore, processo che resta rimesso, con tutta evidenza, al decisore politico ma che si nutre, in un comparto come quello in esame, della presenza qualificata di attori del sistema, soggetti istituzionali competenti, che realizzano, sullo specifico oggetto dei leps, prodotti quali i risultati dei tavoli di lavoro istituiti a tale scopo. In questo senso i garanti regionali, ai quali non è espressamente intestata una competenza in materia di determinazione dei leps, appaiono collettori privilegiati di indicazioni e di evidenze che emergono a livello territoriale e che è ragionevole rendere disponibili al garante nazionale[99]. Volgendo lo sguardo alle soluzioni in concreto occorse in tali documenti queste consentono di confermare la bontà della soluzione prescelta dalla legge istitutiva in ordine al coinvolgimento del garante nazionale nel processo di determinazione dei leps in ragione della contiguità qualificata di cui lo stesso gode rispetto alle questioni da governare, come per esempio quella rappresentata dal coinvolgimento dei minori nel sistema della giustizia penale[100].

Ancora, guardando al segno delle indicazioni contenute nei documenti di cui si discorre, tali documenti escludono che le prestazioni ivi contemplate possano considerarsi esclusivamente come misure economiche e/o servizi, e segnala che esse valgano più in generale, come "disposizioni o anche processi atti a realizzare uno o più diritti"[101], dato che conferma la tradizionale constatazione del carattere assai articolato e sovente sfilacciato del percorso di definizione e per conseguenza di esigibilità delle prestazioni compendiate dalla nozione di lep[102]. Le singole soluzioni accolte nel merito sono infatti distribuite in un quadro articolato, dal punto di vista

[98] Art. 3, comma 1, lett. l), L. n. 112/2011 cit.. Cfr. Sul punto l'Introduzione del Documento AGIA del 2019 "I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali delle persone di minore età".

[99] Sulla incongruenza tra l'attribuzione all'AGIA dei poteri di formulazione di osservazioni e proposte sull'individuazione dei leps, e l'assenza di una struttura, ascrivibile all'autorità, capillarmente radicata sul territorio, e per il rilievo che tale criticità fosse mitigata dalla circostanza che i liveas non erano mai stati nella sostanza definiti, si veda ancora A. Albanese, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, cit.

[100] Si veda sul punto il Documento dell'AGIA del 2015 sui LEPS citato, 69, nel quale si ritiene che uno dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire a "ogni minorenne che entri in contatto" con tale sistema, sia integrato dalla azione di promozione e sostegno della mediazione penale e familiare e della cultura e pratica della giustizia riparativa, o dalla omogeneizzazione a livello nazionale, tra i vari tribunali, delle prassi e procedure relative all'ascolto del minorenne, al suo diritto ad essere informato e di partecipare a tutti i momenti relativi ai procedimenti giudiziari.

[101] Così il Documento del 2019 sui LEPS citato.

[102] Sul punto si veda C. Acocella, *Contributo allo studio dell'effettività dei diritti sociali. Decisioni pubbliche e sindacato giurisdizionale all'epoca del ritorno al bisogno del welfare*, cit., 226 ss.

ISSN 2036-7821

tipologico, di livelli essenziali delle prestazioni, quadro che riflette naturalmente gradi diversi di esigibilità delle utilità compendiate dai singoli lep. Ciò trova conferma nella classificazione che conduce a isolare tre categorie di lep, che identificano rispettivamente: prestazioni certe per chiunque si trovi in una determinata condizione (lep quale prestazione tesa a rispondere a diritti soggettivi); la "presenza di alcune tipologie di offerta in ogni realtà territoriale/ogni dato numero di abitanti" (lep inteso come garanzia di offerta); la presenza di una "proposta finalizzata a costruire le condizioni di conoscenza o organizzative per una successiva offerta di servizi o soddisfazione di diritti" (lep programmatico)[103]. Viene ascritta alla prima tipologia, ad esempio, la garanzia a favore di ogni bambino di accedere, nell'ambito del ciclo educativo dell'infanzia, ad una mensa di qualità, con copertura dei costi di funzionamento, per il 50%, da parte della fiscalità generale e con compartecipazione in base al criterio dell'universalismo selettivo; vengono ricondotti alla seconda tipologia di lep i posti nido e micro-nido assicurati ad almeno il 33% della popolazione rappresentata dai bambini da 0 a 36 mesi, con costi di funzionamento coperti, almeno per il 50%, dalla fiscalità generale e con costi di compartecipazione in base al criterio dell'universalismo selettivo, o ancora, la diffusione e realizzazione ogni 10/15 km nelle aree urbane e ogni 20/25 km nelle aree rurali, di spazi-gioco pubblici per i bambini della fascia 0-14 anni, con caratteristiche di inclusività e co-progettati e con bambini e familiari della comunità territoriale[104]; infine, è classificata come lep programmatico la creazione di una banca dati sulla disabilità a livello nazionale, con dati disaggregati, relativamente alla fascia di età 0-17 anni. Anche il Piano di azione nazionale per l'attuazione della Garanzia Infanzia (PANGI) adottato il 28 marzo 2022, che si colloca nel solco di un esercizio di programmazione richiesto dall'Unione europea e che si ritiene di raccordare con gli atti di programmazione già adottati, ripropone nel metodo e nel merito soluzioni convergenti con quelle sopra richiamate. Anzitutto, nella misura in cui lo stesso tiene conto delle proposte contenute in particolare nel V Piano di azione e di interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva 2022-2023[105], approvato dall'Osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza, induce a declinare i livelli essenziali delle prestazioni come garanzia di copertura, come accade per i servizi educativi di qualità rivolti alla prima infanzia su tutto il territorio nazionale. In

[103] Cfr. ancora il Documento del 2019 sui LEPS citato.

[104] Il diritto al gioco, declinato nel senso della garanzia di copertura della prestazione su base territoriale, è contemplato dalla stessa Convenzione di New York (art. 31): "1. Gli Stati parti riconoscono al fanciullo il diritto al riposo e al tempo libero, a dedicarsi al gioco e ad attività ricreative proprie della sua età e a partecipare liberamente alla vita culturale ed artistica. 2. Gli Stati parti rispettano e favoriscono il diritto del fanciullo di partecipare pienamente alla vita culturale e artistica e incoraggiano l'organizzazione, in condizioni di uguaglianza, di mezzi appropriati di divertimento e di attività ricreative, artistiche e culturali".

[105] Cfr. Piano nazionale di azione e di interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva 2022-2023. Educazione, equità, empowerment, vol. I, Osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza.

ISSN 2036-7821

secondo luogo rileva, sul piano del metodo, la partecipazione dell'AGIA alla redazione del PANGI, che si è realizzata nel particolare snodo dell'ascolto di bambini e bambine, ragazze e ragazzi, minori non accompagnati, e della sintesi delle indicazioni provenienti da tale attività di ascolto che ha avuto luogo anche in seno alla Consulta delle ragazze e dei ragazzi.

In definitiva la posizione di raccordo occupata dall'Autorità garante nazionale e quella di elevata contiguità ai "bisogni" occupata dai garanti regionali, pone entrambi i livelli in linea di principio in grado di esprimere un ruolo significativo nel quadro delle politiche sociali rivolte a bambini e adolescenti. Non più di due anni fa in una occasione istituzionale di confronto sulle prospettive, tra le altre, dell'inclusione sociale[106], il garante nazionale individuava, a fronte delle risorse messe a disposizione del Paese dal *Next Generation EU* e degli impegni assunti nel Piano nazionale di ripresa e resilienza plurimi piani di intervento che intercettano i soggetti attivi della garanzia che ha mosso l'istituzione dei garanti nazionali e regionali in questo settore: introduzione di livelli essenziali delle prestazioni per asili nido e mense, sui quali si è in precedenza indugiato; misure di contrasto alla povertà assoluta ed educativa; iniziative per colmare il divario digitale; interventi a favore del gioco e dello sport. E' evidente che le opportunità che concretamente verranno messe in campo, non solo nella fase attuativa delle politiche di *welfare* – chiamando in causa le competenze di mediazione, vigilanza, segnalazione – ma anche di definizione delle priorità nell'ambito delle stesse politiche e quindi di costruzione di queste ultime, attraverso le competenze consultive e di impulso, come quelle espressamente conferite all'AGIA in materia di livelli essenziali delle prestazioni, dipendono in larga misura anche dalla capacità di assorbire e di esaltare il contributo offerto dai garanti regionali sul punto.

[106] Si tratta del 66° Convegno di Studi amministrativi svoltosi a Varenna il 16, 17 e 18 settembre 2021, sul tema "Transizione ecologica, innovazione digitale e inclusione sociale: la realizzazione del Next Generation EU", in https://www.garanteinfanzia.org/news/garlatti-per-eguaglianza-sostenibile-intergenerazionale.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Contributo sull'art. 48, comma 3, c.p.a. e sindacato del giudice amministrativo.

di Giuseppe La Rosa

(Professore associato di diritto amministrativo nell'Università telematica San Raffaele Roma.)

Sommario

1. Finalità, ragioni dell'indagine e premesse metodologiche. - 2. Irricevibilità e inammissibilità nel processo amministrativo. - 3. *Segue*… e oltre il processo amministrativo. - 4. Natura, presupposti e finalità dell'opposizione al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. - 5. Considerazioni conclusive sulla proposta soluzione interpretativa dell'art. 48, comma 3, c.p.a.

Abstract

The essay aims at analysing the scope of Article 48, par. 3, Code of Administrative trial stating that where the opposition is inadmissible, the Regional Administrative Court arranges the return of the documents relating to the case for the continuation of proceedings in extraordinary session. Taking into consideration the reference to inadmissibility, the legal question that rises is if this rule applies also in the case the opposition is filed after the expiration of the legal deadline. In this respect, the analysis is carried out by way a systematic approach, taking into consideration the definition of inadmissibility from a processual point of view and the nature and legal features of the opposition act.

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

ISSN 2036-7821

1. Finalità, ragioni dell'indagine e premesse metodologiche.

L'art. 48 c.p.a., nel disciplinare il giudizio conseguente alla trasposizione del ricorso straordinario, dispone che «qualora la parte nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario ai sensi degli articoli 8 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, proponga opposizione, il giudizio segue dinanzi al tribunale amministrativo regionale se il ricorrente, entro il termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione, deposita nella relativa segreteria l'atto di costituzione in giudizio, dandone avviso mediante notificazione alle altre parti» (comma 1); precisando che «qualora l'opposizione sia inammissibile, il tribunale amministrativo regionale dispone la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria» (comma 3). Il tenore della norma, laddove in particolare fa riferimento all'*inammissibilità*, induce una riflessione sulla sua applicabilità nell'ipotesi in cui l'opposizione sia tardivamente proposta. Infatti, nel processo amministrativo è consolidata la distinzione tra inammissibilità e irricevibilità e la considerazione che la tardività nella proposizione del ricorso, ossia della sua notificazione e/o deposito, rappresenti un'ipotesi di irricevibilità e non di inammissibilità. Ebbene, la circostanza che, da un lato, l'art. 35 c.p.a., nel disciplinare le pronunce di rito adottabili dal Giudice amministrativo, mantiene distinta l'ipotesi di irricevibilità da quella di inammissibilità e, dall'altro, l'art. 48, comma 3, cit., si riferisce alla sola inammissibilità dell'opposizione potrebbe indurre a ritenere che al Giudice amministrativo sia riconosciuta, nella sede giurisdizionale, la cognizione di tutte le questioni di inammissibilità dell'opposizione, esclusa la (distinta) questione della sua tardività, che resterebbe di conseguenza attribuita alla Sezione consultiva del Consiglio di Stato chiamata a conoscere del ricorso straordinario.

Il presente studio intende, dunque, analizzare la norma in parola, in una prospettiva sistematica, al fine di meglio delinearne la portata applicativa e definire se il comma 3, cit. possa trovare applicazione anche in ipotesi di opposizione tardiva.

L'interesse per la questione è stato rinverdito dal recente contrasto che si è registrato in via giurisprudenziale. Infatti, in soluzione di continuità rispetto al prevalente indirizzo giurisprudenziale, secondo cui la remissione in sede straordinaria si verifica anche laddove l'atto di opposizione sia stato tardivamente proposto[1], il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha, più recentemente, ritenuto che spetta al Consiglio di Stato nella sede della trattazione del ricorso straordinario l'esame e la decisione della questione della tempestività o meno della notifica dell'opposizione[2].

[1] Cfr., *ex multis*, CGA 2 luglio 2019, n. 631.

[2] Cons. Stato, Sez. I, parere 15 febbraio 2022, n. 361. Tali principi sono stati richiamati e confermati successivamente anche dal Cons. Stato, Sez. I, parere 16 ottobre 2022, n. 1793. La portata di tale arresto, peraltro, dimostra i suoi effetti anche in Cons. Stato, Sez. I, pareri 7 luglio 2022, n. 1190 e n. 1184, e parere 14 marzo 2022, n.

ISSN 2036-7821

A tale conclusione il Consiglio di Stato giunge valorizzando sia ragioni letterali che sistematiche, osservando, da un lato, che nel processo amministrativo è netta la distinzione tra irricevibilità e inammissibilità (trovando espressa conferma nell'art. 35 c.p.a.) e, dall'altro, che l'opzione ermeneutica che voglia affermare l'improcedibilità del ricorso straordinario, anche nell'ipotesi in cui emerga la tardività dell'opposizione, potrebbe provocare un rischio di diniego di giustizia per la parte ricorrente, la quale, considerata la tardività dell'opposizione, potrebbe in buona fede non procedere alla trasposizione, confidando sulla prosecuzione della trattazione dell'affare nella sede straordinaria, per poi vedersi preclusa sia la strada del ricorso straordinario (se dichiarato improcedibile a prescindere dalla tadività della notifica dell'opposizione), sia quella della riassunzione dinanzi al TAR, una volta trascorso il termine perentorio di 60 giorni per la riassunzione.
Si ritiene, dunque, di affrontare la questione da una concorrente prespettiva, ossia: da un lato, attraverso l'analisi dei concetti di inammissibilità e irricevibilità, nella diversa declinazione che hanno ricevuto nei singoli ambiti processuali; dall'altro, mediante una sistematica ponderazione circa la natura, le caratteristiche e la portata dell'atto di opposizione, al fine di valutare se e in che misura a questo possa trovare applicazione il regime processuale previsto con riferimento alla irricevibilità.

2. Irricevibilità e inammissibilità nel processo amministrativo.

A tacere della loro diversa origine etimologica[3], irricevibilità e inammissibilità sono termini che fanno indiscutibilmente parte del tradizionale glossario comunemente in uso tra gli operatori del processo amministrativo[4], sebbene la loro concreta portata sia di incerta perimetrazione. Originariamente, tanto la l. 1034/1971 (*Istituzione dei tribunali amministrativi regionali*), quanto il r.d. 643/1907 (*Regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*) e il r.d. 1054/1924 (*Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*) recavano generici riferimenti alla irricevibilità e alla inammissibilità, mancando, tuttavia, di definire in modo puntuale i casi nei quali si sarebbe configurata l'una o l'altra. Infatti, l'art. 26 l. 1034/1971 si limitava a stabilire che «il tribunale amministrativo regionale, ove ritenga irricevibile o inammissibile il ricorso, lo dichiara con sentenza» (comma 1) e che «nel caso in cui ravvisino la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il tribunale amministrativo regionale e il Consiglio di Stato decidono con sentenza succintamente motivata» (comma 3), così palesando che tanto la irricevibilità quanto la inammissibilità si contrappongono alle statuizioni nel merito del ricorso, senza tuttavia precisare quali circostanze

563, in dichiarata aderenza ai principi espressi nel parere n. 361/2022, cit. richiede all'Amministrazione opponente che sia trasmesso l'atto di opposizione, con la prova della notifica, affinché ne possa valutare la tempestività.

[3] Cfr. F. ANCORA, *Irricevibilità e inammissibilità nel processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022.

[4] A. LUGO, in *Inammissibilità e improcedibilità (Diritto processuale civile)*, in *Nss.*, Torino 1962, p. 483.

ISSN 2036-7821

determinassero l'una o l'altra dichiarazione, né chiarire in che cosa le stesse si differenziassero[5]. Né utili spunti definitori erano rinvenibili nel r.d. 643/1907 e nel r.d. 1054/1924: il primo conteneva unicamente il riferimento alla irricevibilità, riconoscendola nel caso di «omessa notificazione del ricorso all'autorità dalla quale emana l'atto o il provvedimento impugnato o per altro motivo» (art. 17, comma 3); il secondo, invece, omesso qualsiasi riferimento alla irricevibilità, si riferiva solamente alla inammissibilità, stabilendo che «il ricorso incidentale non è efficace, se venga prodotto dopo che siasi rinunziato al ricorso principale, o se questo venga dichiarato inammissibile, per essere stato proposto fuori termine» (art. 37) e che «ove non dichiari inammissibile il ricorso, decide anche nel merito» (art. 45).

Il difettoso coordinamento delle richiamate disposizioni ha determinato una certa varietà di orientamenti[6], su cui la più attenta dottrina ha proposto alcune ipotesi di sistematizzazione. In particolare, prendendo le mosse dalla distinzione tra presupposti di ammissibilità e di ricevibilità, è stato ritenuto[7] che alla prima categoria fossero ascrivibili le ipotesi relative alla legittimazione e all'interesse processuale, nonché alla mancanza di cause preclusive alla corretta instaurazione del processo, quali l'acquiescenza; mentre, nell'alveo della seconda categoria fossero riconducibili le ipotesi relative all'esistenza e alla regolare presentazione del ricorso, nonché alla regolarità del contraddittorio. Secondo una diversa ipotesi ricostruttiva[8], invece, la distinzione tra inammissibilità e irricevibilità sarebbe più apparente che reale, con la conseguenza che le due ipotesi sarebbero invero riconducibili ad unità, dovendosi fare unicamente riferimento alla inammissibilità quale pronuncia che preclude l'indagine sul merito della questione[9].

Nella giurisprudenza amministrativa si è tradizionalmente consolidata l'interpretazione secondo cui l'irricevibilità del ricorso deriva dalla tardività della notificazione o del deposito del ricorso, sebbene non siano mancate letture volte a ricondurre pure tali ipotesi nel generale alveo della inammissibilità[10]; mentre, di

[5] Così, si v. R. VILLATA, *Inammissibilità e improcedibilità. III) Procedimento e processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, 1988.

[6] In argomento, si v. O. SAVINI NICCI, *Le sanzioni a difesa del rito giurisdizionale dinanzi al Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici in onere di Santi Romano*, Padova, 1940, spec.p. 584 e P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, spec. p. 355, che riconducono alla irricevibilità unicamente le ipotesi di tardività nella proposizione dell'azione; diversamente, R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1971, p. 817 e G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, spec. p. 318, ritengono di ricondurre nell'alveo della irricevibilità fatti ostativi alla proposizione del ricorso, quali l'acquiescenza e la rinuncia.

[7] Il riferimento è a A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, p. 1187.

[8] Così R. VILLATA, *Inammissibilità e improcedibilità. III) Procedimento e processo amministrativo*, cit.

[9] In questo senso, cfr. E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Milano, p. 338, che ritiene sussistere una sostanziale equipollenza tra i termini di inammissibilità e irricevibilità.

[10] In questo senso, si v. TAR Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 25 maggio 2010, n. 213; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 12 giugno 2009, n. 3259; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 23 marzo 2009, n. 2972; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 13 marzo 2009, 1908. Una lettura critica di questa impostazione è offerta da A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, p. 127.

ISSN 2036-7821

inammissibilità si parla tutte le volte che sussiste una originaria carenza dell'azione che ne preclude l'esame nel merito. Questa impostazione ha trovato conferma legislativa nell'art. 35 c.p.a. che mantiene distinta la irricevibilità dalla inammissibilità, riconducendo alla prima «la tardività della notificazione o del deposito» del ricorso (comma 1, lett. a) e alla seconda le ipotesi in cui «è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito» (comma 1, lett. b).

Il tenore delle richiamate disposizioni consente di circoscrivere l'irricevibilità ad una unica e sola ipotesi, ossia: al caso in cui il ricorso (di primo o di secondo grado; *rectius*, l'atto introduttivo del giudizio) sia tardivo, perché notificato o depositato oltre i termini di decadenza[11]; qualsiasi altra ipotesi preclusiva all'esame del merito del ricorso deve essere ricondotta nell'alveo della inammissibilità. Tale lettura sembra poter essere confermata da due concorrenti ragioni.

In primo luogo, pare assumere rilevanza la lettura combinata delle lett. a) e b) dell'art. 35, comma 1, cit. Partendo dall'assunto che le due ipotesi ivi previste sono accomunate dalla circostanza che entrambe ostano parimenti alla decisione nel merito del giudizio, troncando il processo prima che lo stesso giunga al suo naturale sbocco di rendere giustizia fra le parti[12], non può non rilevarsi come esse stiano tra loro in rapporto di genere a specie. Segnatamente, l'inammissibilità si verifica laddove risulti carente l'interesse ovvero sussistano altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito (lett. b), diverse, tuttavia, dalla tardività della notificazione o del deposito del ricorso, sanzionata, come detto, con la irricevibilità (lett. a). Pare dunque di immediato riscontro come l'irricevibilità sia riscontrabile nell'unica ipotesi espressamente prevista dalla lett. a), determinando qualsiasi altra ragione ostativa alla pronuncia di merito (anche non espressamente prevista, ma comunque ostativa alla decisione di merito) inammissibilità del ricorso.

In secondo luogo, le ipotesi che comportano inammissibilità dell'azione hanno una natura assai eterogenea tra loro, mentre la natura monolitica della irricevibilità non consente di ricondurre alla stessa ipotesi di tardività o mancato rispetto dei termini diversi da quelli espressamente previsti per la notifica e il deposito del ricorso introduttivo. Tale considerazione trova conferma nella lettura sistematica del codice del processo amministrativo. I termini irricevibile/irricevibilità sono utilizzati in cinque occasioni e sempre assieme ai termini inammissibile/inammissibilità: oltre che

[11] *Contra* F. ANCORA, *Irricevibilità e inammissibilità nel processo amministrativo*, cit., il quale ritiene che la disposizione non chiarirebbe se il ricorso può essere dichiarato irricevibile anche per altre ipotesi e, dunque, non è idonea a stabilire una relazione biunivoca tra tardività e irricevibilità.

[12] G. CORSO, *Commento all'Art. 35*, in (a cura di A. QUARANTA, V. LOPILATO) *Il processo amministrativo: commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, p. 348. Sulle sentenze di rito nel processo amministrativo, *ex multis*, si v. F. FRANCARIO, *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 52, nonché C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005.

ISSN 2036-7821

nel già richiamato art. 35, essi sono utilizzati agli artt. 49 e 95, con riferimento all'integrazione del contraddittorio, all'art. 74, con riferimento alla sentenza in forma semplificata e all'art. 99, per il caso in cui l'Adunanza Plenaria può pronunciare il principio di diritto nell'interesse della legge. I termini inammissibile/inammissibilità, invece, sono utilizzati, oltre che nei cinque casi sopra riferiti con riferimento anche all'irricevibilità, in ulteriori cinque previsioni: ossia, all'art. 18, con riferimento alle ipotesi di ricusazione; all'art. 40, riguardo alla formulazione dei motivi di ricorso in modo non specifico; all'art. 48, nel caso di inammissibilità dell'opposizione al ricorso al PdR; all'art. 95, quanto alla necessità che l'impugnazione sia notificata ad almeno una delle parti interessate a contraddire; all'art. 96, per l'ipotesi in cui l'impugnazione incidentale perde efficacia nel caso di inammissibilità dell'impugnazione principale. Per l'analisi che qui si intende condurre sembra utile rilevare come l'inammissibilità sia prevista in ipotesi assai eterogenee tra loro, comprendendo anche il caso di violazione di termini previsti per il compimento di atti endo-processuali. E' quanto si ricava dal richiamato art. 18, il quale, dopo avere stabilito che «la ricusazione si propone, almeno tre giorni prima dell'udienza designata, con domanda diretta al presidente, quando sono noti i magistrati che devono prendere parte all'udienza; in caso contrario, può proporsi oralmente all'udienza medesima prima della discussione» (comma 2), afferma che «il collegio investito della controversia può disporre la prosecuzione del giudizio, se ad un sommario esame ritiene l'istanza inammissibile o manifestamente infondata» (comma 4) e che «il giudice, con l'ordinanza con cui dichiara inammissibile o respinge l'istanza di ricusazione, provvede sulle spese» (comma 7). La norma in parola, in sostanza, prevede quale conseguenza in caso di vizi nella proposizione dell'istanza, tra i quali deve ricomprendersi anche la tardività, che la stessa sia considerata inammissibile[13].Le considerazioni che precedono consentono di ritenere che nell'attuale sistematica codicistica: *(i)* l'irricevibilità è unicamente ed espressamente riferita all'ipotesi di tardività della notifica o del deposito dell'atto introduttivo del giudizio; *(ii)* qualsiasi ulteriore vizio originario, tanto dell'atto introduttivo del giudizio, quanto di atti endo-processuali rileva quale ipotesi di inammissibilità, salve le ipotesi di improcedibilità; *(iii)* il rapporto di genere a specie che sussiste tra inammissibilità e irricevibilità non consente di applicare la seconda oltre i confini tipologici espressamente previsti dall'art. 35, comma 1, lett. a, c.p.a.

3. Segue*… e oltre il processo amministrativo.*

Valicando i confini del processo amministrativo la distinzione tra irricevibilità e

[13] In questi termini si esprime la giurisprudenza amministrativa, secondo cui «è manifestamente inammissibile perché tardiva l'istanza di ricusazione del Collegio giudicante se proposta non già nel termine perentorio di cui all'art. 18 comma 2, c.p.a., ma successivamente al suo decorso» (Cons. Stato, Sez. IV, 3 luglio 2015, n. 3320).

ISSN 2036-7821

inammissibilità perde di assoluta consistenza, venendo utilizzato ora l'uno ora l'altro termine per ricomprendere tutte le ipotesi che, concretandosi in un vizio originario, impediscono di giungere alla decisione del merito.
Nel processo civile e in quello tributario si riscontra unicamente il riferimento alla inammissibilità, mancando qualsiasi rilievo alla irricevibilità.
Nel Codice di procedura civile, l'inammissibilità trova una disciplina discontinua[14] ed è richiamata con riferimento alle impugnazioni in generale (artt. 342, 448-bis, 348-ter, 350, 357), al ricorso per Cassazione (artt. 360-bis, 365, 366, 366-bis, 375, 380-bis, 391-bis), alla revocazione (art. 398), alla opposizione di terzo (art. 404), al ricorso in appello (artt. 434, 436-bis), ricomprendendo fattispecie molto eterogenee tra loro che attengono alla violazione dei requisiti di forma degli atti processuali previsti dalla legge, nonché a violazioni aventi natura più propriamente sostanziale, quali l'insussistenza originaria del potere impugnatorio, la maturazione di decadenze processuali e il contraddittorio difettoso [15]; d'altronde, prima di giudicare sulla domanda (dovere sancito dall art. 112 del codice di procedura civile) il giudice deve accertare se sussistono le premesse richieste e se siano state osservate le norme che regolano il processo. È chiaro che, come avviene, peraltro, nel processo amministrativo, la sussitenza dei presupposti processuali permette di conseguire la pronunica sul merito della causa; difatti, l'accertamento dei presupposti processuali costituisce un giudizio preliminare che il giudice è tenuto a compiere prima di esaminare il merito della causa, ragion per cui, la pronuncia di inammissibilità del giudice per motivi processuali conclude il processo senza decidere sul fondamento della domanda.
Tuttavia, l'inammissibilità per motivi processuali va tenuta distinta dalla diversa ipotesi, in cui viene risolta negativamente una questione pregiudiziale di altra natura, attinente alla sussistenza dei requisiti dell'azione. L'accertamento di alcuni di questi requisiti, quali la *legitimatio ad causam* o l'interesse ad agire, è logicamente

[14] Tra la vasta dottrina in materia, per una sistematica della problematica, si ritiene utile il richiamo a G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1936, pp. 20 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 1936, pp. 111 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1944, pp. 132, 198 ss; P. BIANCHI D'ESPINOSA, *Inammissibilità e improcedibilità, (Giurisprudenza Compl. Cass. Civ., 1948, II, 89);* F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, p. 336; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, spec. pp. 823 ss.; M. FORMINI, *Orientamenti in tema di improponibilità, inamissibilità e improcedibilità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 1318; A. C. CANOVA, *Inammissibilità e improcedibilità. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, 1988.

[15] Più precisamente secondo F. BARTOLINI, *Inammissibilità*, in *Il Processo Civile*, 2015, l'inammissibilità consiste nella inidoneità di un atto a essere preso in considerazione quale elemento utile ad aprire un corso successivo di eventi davanti al giudice. In aggiunta la Corte di Cassazione sez. civ., n. 15843/2015, ha specificato che «l'inammissibilità è una invalidità specifica delle domande e delle eccessioni delle parti ed è pronunciata nel caso in cui manchino dei requisiti necessari a renderle ritualmente acquisitie al tema del dibattito processuale. Pertanto, se il giudice di merito omette di pronunciarsi su un'eccezione di inammissibilità, la sentenza di merito non è impugnabile per l'omessa pronuncia o per la cerenza di motivazione ma unicamente per l'invalidità già variamente eccepita, in quanto ciò che rileva non è il tenore della pronuncia impugnata, bensì l'eventuale esistenza, appunto, di tale invalidità».

ISSN 2036-7821

preliminare rispetto alla questione di fondo proposta in giudizio, eppure, in parte, è investito il merito della controversia considerato che il giudice quando nega tali requisiti dà una risoluzione della lite, che spiega effetti fuori del processo[16].Ad ogni modo, nel processo civile, tenuto conto delle diverse specie della inammissibilità, ad essa si riconduce tutte le ipotesi che impediscono la trattazione nel merito della controversia, tra cui anche la proposizione tardiva dell'atto introduttivo, considerato che costituisce una questione di rito, senza alcuna riferimento espressamente all'irricevibilità.

Anche la disciplina del processo tributario non contiene alcun riferimento all'irricevibilità, riconducendo ogni profilo originario impeditivo della decisione di merito nell'alveo della inammissibilità. In particolare, il d.lgs. n. 546/1992 prevede la sanzione della inammissibilità del ricorso, tra l'altro, nell'ipotesi di violazione del principio di tassatività degli atti impugnabili (art. 19), di mancato rispetto delle formalità per la costituzione del ricorrente (art. 22), di proposizione dell'azione oltre i termini di decadenza previsti per la impugnazione dell'atto (art. 21), di difetto di difesa tecnica e di sottoscrizione (artt. 12 e 18).

La figura della inammissibilità è stata oggetto di attenzione anche sul fonte del diritto processuale penale[17], ove, in sintesi, è stato considerato che: da un lato, la comminatoria di una sanzione (intesa in senso lato) e la conseguente invalidità dell'atto processuale in violazione della prescrizione legislativa, laddove vengono richiesti determinati requisiti o adempimenti per gli atti processuali a pena di inammissbilità; dall'altro lato, viene fatto riferimento alle disposizioni in cui è qualificata come dichiarazione d'inammissibilità la pronuncia emanata dal giudice penale in rapporto ad una domanda di parte, il cui contenuto constata la mancanza delle condizioni processuali per l'esame del merito.

Per quel che ci interessa, anche in questa occasione, le situazioni alle quali viene ricollegata la inammissibilità sono varie ed eterogenee, ma sempre accomunate dalla medesima *ratio*, già prevista nel processo civile, ossia l'impossibilità di esaminare nel merito la controversia, senza alcuna distinzione con l'irricevibilità.

Unicamente all'inammissibilità, inoltre, fa riferimento il d.p.r. n. 1199/1971 con riguardo al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: in particolare, l'art. 13, recante "*Parere su ricorso straordinario*", prevede, quale contenuto del parere, la «dichiarazione di inammissibilità, se riconosce che il ricorso non poteva essere

[16] Come sottolineato da E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1953, la fomula che esprime esattamente l'impossibilità di risolvere la questione finale di merito per una ragione suppur sostanziale è quella della *improponibilità*.

[17] Cfr., *ex multis*, R. PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali*, Napoli, 1933, pp. 464 ss; S. SATTA, *Sulla pretesa sanzione di inammissibilità nel processo penale*, in *Riv. Ital. Dir. Pen*. 1935, p. 59; G. BELLAVISTA, *Le inammissibilità nel procedimento di opposizione*, in *Archivio Pen*., 1953, p. 542; G. CONSO, *La sanatoria delle nullità assolute nell'odierno proceso penale*, in *Riv. Dir. Proc. Pen*., 1956, p. 526; G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1960, p. 200; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, pp. 784 e ss.

ISSN 2036-7821

proposto», così evidentemente ricomprendendo nell'alveo della inammissibilità qualsiasi causa ostativa alla decisione del merito, compresa la tardività della sua proposizione[18].

Spostando l'attenzione all'ordinamento euro-unitario, invece, è possibile rilevare come la disciplina relativa ai procedimenti giurisdizionali avanti al Tribunale di primo grado[19], alla Corte di Giustizia della Unione europea[20] e alla Corte europea dei diritti dell'uomo[21] faccia unicamente riferimento all'irricevibilità quale generale categoria a cui ricondurre qualsiasi ipotesi che non consenta al giudice l'esame del ricorso nel merito e che, quindi, determini un prematuro arresto del giudizio.

La rassegna che precede, seppur condotta con la brevità imposta dall'economia del presente lavoro, consente di lumeggiare la mancanza di una terminologia comunemente e trasversalmente diffusa nei diversi ambiti processuali e, di conseguenza, l'impossibilità di utilizzare i concetti di irricevibilità o inammissibilità oltre il circoscritto ambito nel quale li stessi sono previsti, assumendo, evidentemente, consistenza differente a seconda dello specifico ordinamento processuale nel quale vengono utilizzati.

4. Natura, presupposti e finalità dell'opposizione al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Si ritiene ora necessario richiamare, seppur brevemente, i principali elementi caratterizzanti l'atto di opposizione e la successiva (eventuale) fase di trasposizione del ricorso nella sede giurisdizionale. L'argomento non può essere trattato senza collocare l'istituto nell'alveo del principio di alternatività, in ragione del quale la proposizione dell'azione in via giustiziale o giurisdizionale preclude la proposizione

[18] Ad eccezione delle ipotesi che si sostanziano in irregolarità sanabili, per le quali è prevista l'assegnazione al ricorrente di un termine per la regolarizzazione, e, se questi non vi provvede, la dichiarazione di improcedibilità del ricorso.

[19] Il riferimento è al Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado, 2 maggio 1991, in GU 136 del 30 maggio 1991, che richiama la irricevibilità con riguardo ai vizi di forma del ricorso (art. 44), alla ipotesi in cui il gratuito patrocinio può essere negato (art. 94), al caso di decisione in forma di ordinanza (art. 111), alla rilevabilità d'ufficio delle questioni di irricevibilità di ordine pubblico (art. 113) ovvero alla forma con cui la parte può sollevare contestazione di irricevibilità (art. 114), nonché alla impugnazione (art. 145).

[20] Nel dettaglio il Regolamento di procedura della Corte di giustizia, 25 settembre 2012, in GU 265 del 29 settembre 2012, richiama la irricevibilità in plurime dispsozioni, tra cui quelle relative all'ordine di trattazione delle cause (art. 53), ai vizi di forma dell'atto (art. 122), alle modalità e ai tempi di rilievo della irricevibilità (artt. 150, 159-bis), al contenuto dell'atto di impugnazione e alle carenze formali (art. 168) e alle modalità di decisione della impugnazione (art. 181) e agli effetti della irricevibilità sulle impugnazioni incidentali (art. 183).

[21] Il Regolamento della CEDU del 1 gennaio 2020 richiama ripetutamente la irricevibilità, pur senza fornirne una puntuale definizione, con riferimento alle modalità di decisione di un ricorso irricevibile (artt. 49, 52, 53, 54), alle modalità e ai tempi di formulazione della contestazione (art. 55), alle conseguenze in caso di mancato riscontro alle richieste di indormazioni o documenti formulati dalla Corte (pt. IV, indicazioni operative).

ISSN 2036-7821

del rimedio alternativo[22]. Il principio in parola si fonda su una pluralità di ragioni concorrenti: da un lato, evitare il rischio che sulla medesima questione vi siano due pronunce di organi distinti e, quindi, preservare l'esigenza di non incorrere nella violazione del principio del *ne bis in idem*[23]; dall'altro, garantire ragioni di economia processuale, che suggeriscono di evitare che sulla medesima vicenda contenziosa siano sollecitati più organi decisionali[24]. Tuttavia, la preclusione del rimedio giurisdizionale, derivante dall'applicazione del ridetto principio di alternatività, rischierebbe di violare il diritto di difesa, costituzionalmente garantito dall'art. 113 Cost., se ai soggetti nei confronti dei quali è stato proposto il ricorso straordinario (anziché quello giurisdizionale, per scelta del ricorrente) fosse preclusa la facoltà di optare per la via processuale, richiedendo, appunto, che il ricorso fosse trasposto avanti al TAR[25]. Per tale ragione, la parte[26] nei cui confronti è stato proposto ricorso

[22] Tuttavia, parte della dottrina, ha ritenuto di non condividere le stesse conclusioni, sottolineando con varie argomentazioni, come il carattere amministrativo del ricorso straordinario farebbe venir meno la *ratio* del rimedio alternativo, oltre a renderlo di dubbia compatibilità costituzionale. Sul punto si v. F. FRENI, *L'amministrazione giuststiziale nel prisma della Costituzione: il nuovo ricoro straordinario al Capo dello Stato nella legge 18 giugno 2009*, n. 69, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 184, secondo il quale il nuovo ricorso straordinario, come delineato dal legislatore del 2009, sarebbe un istituto «ibrido: amministrativo solo nel nome, giurisdizionale nella sostanza e, verosimilmente incostituzionale nella struttura». Cfr. anche ID., *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Roma, 2012, pp. 93 ss. Ritiene che anche a seguito delle ultime riforme il suddetto ricorso non abbia assunto natura giurisdizionale G. D'ANGELO, *La "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: profili critici di un orientamento che non convince*, in Giustiziaamm.it, 2013. Dello stesso avviso anche A. TRAVI, *Ricorso straordinario*, in. *Dig. disc. pubbl*, Agg. 2011, quando afferma che il riconoscimento dell'esperibilità del giudizio di ottemperanza appare «frutto di una ambigua assimilazione di rimedi sostanzialmente diversi, come sono diversi i rcorsi amministrativi da quelli giurisdizionali». Dubbi di incostituzionalità derivanti da un'incompleta giurisdizionalizzazione dell'istituto sono espressi da F. SAITTTA, *Il ricorso straordinario*, in (a cura di B. SASSANI – R. VILLATA) *Il Codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, pp. 1329-1331.

[23] Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 1 agosto 2014, n. 4099, ove viene rilevato che «la regola dell'alternatività del ricorso straordinario al Capo dello Stato rispetto al ricorso giurisdizionale risponde ad una ratio di tutela non già dei privati bensì della giurisdizione, avendo lo scopo di evitare il rischio di due decisioni contrastanti sulla medesima controversia (divieto del "ne bis in idem") e trova applicazione, pertanto, quando si tratta della medesima domanda o dell'impugnazione dello stesso atto, ovvero vi è identità del bene della vita oggetto del rimedio giustiziale esperito», evidenziando altresì che tale regola «è stata, peraltro, interpretata con elasticità dalla giurisprudenza, nel senso che deve trovare applicazione, ad es., anche nel caso di due impugnative rivolte dal medesimo soggetto avverso punti diversi dello stesso atto (Consiglio di Stato, sez. II, 1/10/2013, n. 4489); oppure quando si tratta di atti distinti, ma legati tra loro da un nesso di presupposizione (Consiglio di Stato, sez. V, 3/09/2013, n. 4375); in sostanza, secondo la giurisprudenza, la regola dell'alternatività tra il ricorso straordinario al Capo dello Stato e quello giurisdizionale, sancita dall'art. 8 del d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, deve sempre ritenersi operante nei casi nei quali le due diverse impugnative siano sostanzialmente caratterizzate dall'identità del contendere e della relativa "ratio"».

[24] Si v. L. RAGNISCO, M. ROSSANO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1954, p. 337.

[25] Cfr. M. IMMORDINO, *La tutela non giurisdizionale. Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in (a cura di F.G. SCOCA) *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 631. Si v. anche Corte Cost. n. 78/1966, secondo cui «importa soltanto rilevare che il principio contestato, dando alla parte piena libertà di adire alla tutela giurisdizionale, e facendo dipendere dalla libera determinazione di lei la decadenza da quella tutela, non la rende né impossibile, né difficile, né fittizia: la legge anzi offre, in seno allo stesso ordinamento amministrativo, una protezione ai diritti soggettivi o agli interessi legittimi, che si aggiunge a quella giurisdizionale quando la parte ritiene di poterne fare a meno o da essa é decaduta. E in questo senso essa aumenta la possibilità di reazioni contro l'atto amministrativo

ISSN 2036-7821

straordinario al Presidente della Repubblica ha facoltà di notificare, nel termine di sessanta giorni, atto di opposizione, chiedendo la trasposizione del ricorso nella sede giurisdizionale. Il ricorrente che voglia insistere nel ricorso, quindi, è onerato di depositare nella segreteria del giudice amministartivo competente l'atto di costituzione in giudizio[27], dandone avviso mediante notificazione alle controparti. L'opposizione determina l'improcedibilità del ricorso straordinario, con la conseguenza che ogni questione, anche connessa all'atto di opposizione stesso, sarà oggetto di valutazione nella sede giurisdizionale. In sostanza, con la proposizione dell'opposizione si determina la sopravvenuta carenza di potere decisionale in capo tanto al Consiglio di Stato in sede consultiva, quanto al Presidente della Repubblica, con la conseguenza che il decreto del Capo dello Stato adottato nonostante la proposizione dell'opposizione è affetto da nullità per assoluta carenza di potere.
L'instaurazione del giudizio avanti al Tribunale amministrativo, a seguito della trasposizione di un ricorso straordinario, quindi si realizza attraverso un procedimento composito che consta di due atti tra loro – ontologicamente e cronologicamente - distinti, ossia: l'atto di opposizione e il successivo, eventuale, atto

---

illegittimo». Nella giurisprudenza più recente, si v. TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 14 gennaio 2022, n. 41; Cons. Stato, sSez. III, 7 gennaio 2020, n. 112, secondo cui «listituto dell'opposizione rappresenta, infatti, lo strumento di ciascuna parte per adire il giudice precostituito per legge, in quanto il ricorso straordinario, rimedio alternativo a quello giurisdizionale, presuppone una concorde volontà di tutte le parti all'utilizzo di tale rimedio».

[26] Uno dei profili maggiormente dibattuti in dottrina e giurisprudenza è rappresentato, poi, dalla individuazione dei soggetti legittimati a proporre l'atto di opposizione. Originariamente ai sensi dell'art. 34, r.d. n. 1054/1924, gli unici soggetti ai quali era riconosciuta tale facoltà erano i cointeressati, almeno fino alla sentenza della Corte Cost. n. 1/1964 con la quale era stata dichiarata l'incostituzionalità della suddetta disposizione laddove non estendeva ai controinteressati la possibilità di opporsi alla decisione del rico de ricorso in sede amminsitrativa: sul punto, si v. L. MAZZAROLI, *Giustizia amministrativa*, in (a cura di AA.VV.) *Diritto Amministrativo*, 1993, p. 1810. In seguito, l'art 10 del d.p.r. 1199/1971 ha previsto che l'atto di opposizione può essere proposto dal controinteressato, e dall'ente pubblico, diverso dallo Stato, che ha emanato l'atto impugnato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (cfr. corte cost., 29 luglio 1982, n. 148) e anche dalle Amministrazioni statali, giusta il tenore dell'art. 48 c.p.a. che si riferisce unicamente alla "parte", così facendo ritenere che nel suo alveo sia da ricomprendere qualsiasi soggetto, anche l'Amministrazione statale: così, in dottrina, cfr. secondo parte della dottrina (si v. P. CARPENTIERI, *Commento all'art. 48*, in (a cura di R. GAROFOLI, G. FERRARI) *Codice del processo amministrativo annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, Molfetta, 2012, 782) e in giurisprudenza Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464 e Cons. Stato, Ad. Plen. 6 maggio 2013, nn. 9 e 10. Parte della succesiva giurisprudenza (cfr. TAR Firenze, Sez. I , 27 maggio 2019, n. 793) ha poi ampliato la nozione di parte, al punto da ricomprendervi anche i cointeressati (in particolare, è stato rilevato che «la nozione di parte, nei confronti della quale sia stato proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ricomprende i controinteressati, i cointeressati e la pubblica amministrazione che ha emanato l'atto impugnato, nozione quest'ultima che assicura il pieno rispetto del contraddittorio e la generalizzazione della facoltà di opposizione, testimoniata dall'uso di una formula che comprende anche lo Stato, oltre alle altre pubbliche amministrazioni, ai controinteressati e ai cointeressati. Pertanto, anche i cointeressati sono legittimati a proporre opposizione ai sensi dell'art. 10 d.P.R. n. 1199/1971, ovvero a chiedere la trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale»); *contra,* si v. Cons. Stato, Sez. II, 20 ottobre 2020, n. 6318; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 3 settembre 2020, n. 9332 e TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 3 giugno 2015, n. 1289.

[27] Sulla trasposizione, *ex multis*, si v. G. PELLEGRINO, *Commento all'art. 48*, in (a cura di A. QUARANTA, V. LOPILATO), *Il Processo amministrativo*, Milano 2011, 463.

ISSN 2036-7821

di trasposizione. Questi due atti, benché entrambi volti al concorrente scopo di determinare lo spostamento del giudizio dalla sede amministrativa a quella giurisdizionale, hanno natura diversa. Se è pacifica la natura giudiziale dell'atto di trasposizione – come, peraltro, confermato dall'espressa disciplina contenuta nell'art. 48 c.p.a. - con la conseguente soggezione dello stesso alle regole processuali (ad esempio, quanto ai requisiti formali, all'assistenza tecnica e alla necessaria specialità della relativa procura, nonché alla applicabilità della sospensione feriale al termine per la sua proposizione), lo stesso non può dirsi con riferimento all'atto di opposizione. Questo, infatti, precedendo l'instaurazione del giudizio avanti al Giudice amministrativo, non si inserisce in alcuna sequenza di rito, non potendogli, dunque, riconoscere natura processuale. La natura amministrativa dell'atto in questione[28], peraltro, giustificherebbe l'inapplicabilità della sospensione feriale al termine previsto per la proposizione dell'opposizione[29] e la non necessità dell'assistenza obbligatoria di un avvocato[30]. E non può assumere dirimente rilievo, a parere di chi scrive, la circostanza che l'atto di opposizione sia espressamente richiamato all'art. 48 c.p.a., né che il rimedio straordinario sia stato sottoposto a un processo di giurisdizionalizzazione[31]. Sembra infatti necessario evidenziare come,

[28] L'orientamento maggioritario riconosce la natura amministrativa e non processuale all'atto di opposizione, in quanto esso precede la costituzione del rapporto processuale davanti al TAR, che poterebbe anche non aver luogo nel caso di rinunzia del ricorrente orignario a proseguire il contenzioso in sede giurisdizionale (si v. F. SAITTA, *Diritto processuale amministrativo*, 2007, 781 ss).

[29] La questione è, tuttavia, dibattuta in giurisprudenza: secondo un primo orientamento, «in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato è applicabile il periodo di sospensione dei termini feriali alla fase di opposizione: in conseguenza dell'entrata in vigore del nuovo codice del Processo Amministrativo si è progressivamente attenuata la diversità tra natura amministrativa e giurisdizionale delle decisioni conclusive, rispettivamente dei ricorsi al Capo dello Stato e delle sentenze del g.a. e, anche laddove non si intenda valorizzare le analogie tra i due giudizi, va rilevato che il termine di 60 giorni per l'opposizione dei controinteressati all'ulteriore corso del rimedio straordinario e per il trasferimento in sede giurisdizionale della controversia (previsto dall'art. 10, d.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199), ha natura processuale, in quanto concernente il giudizio davanti al g.a. e non viceversa il ricorso straordinario; pertanto, si applicano le norme sulla sospensione dei termini in periodo feriale» (TAR Veneto, Sez. II, 11 dicembre 2013, n. 1406); secondo opposta impostazione, invece, l'atto in parola non avrebbe natura processuale, non potendo, dunque, beneficiare della sospensione feriale (Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2010, n. 1186).

[30] Così TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 557/2011.

[31] Sulla ricostruzione del ricorso straordinario e del percorso riformatore del legislatore, si v. A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisizione*, in *Dir. proc. amm*, 2015, p. 54; in particolare, a seguito della modifica intervenuta con la l. n. 69/2009, a parer dell'Autore, il nuovo assetto del ricorso straordinario è quello di un "rimedio giustiziale" alternativo a quello giurisdizionale amministrativo e ad esso assimilabile solo sotto alcuni tratti strutturali e funzionali, in linea con quanto è stata affermato dalla Corte Costituzionale con pronuncia n. 73/2014; la Corte in esame spiega che «l'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, cui questa Corte in passato aveva riconosciuto natura amministrativa, soprattutto in ragione della facoltà del Consiglio dei ministri di adottare una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato (sentenza n. 254 del 2004), è stato di recente oggetto di importanti interventi legislativi. Tra questi rileva, in particolare, l'art. 69, secondo comma, della legge n. 69 del 2009, che, modificando l'art. 14 del d.P.R. n. 1199 del 1971, ha stabilito che «La decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente, conforme al parere del Consiglio di Stato».

ISSN 2036-7821

nonostante i richiami contenuti nel c.p.a. (il riferimento è non solo all'art. 48, ma anche all'art. 7, comma 8, che limitando la praticabilità del rimedio alle sole controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, sancirebbe l'attrazione del ricorso straordinario al sistema della giurisdizione amministrativa, di cui costituirebbe forma speciale e semplificata di esplicazione) e all'indubbio rafforzamento della natura giurisdizionale del rimedio, anche ad opera della l. 69/2009, che ha previsto la vincolatività del parere del Consiglio di Stato, il ricorso straordinario continua a trovare la sua disciplina agli artt. 8 ss. del d.p.r. 1191/1971, in disposizioni ancora in vigore non essendo state né integralmente riprodotte, né espressamente abrogate dal c.p.a., residuando profili non assorbiti. E ciò è significativamente vero proprio con riferimento alla disciplina dell'opposizione posta dall'art. 10 d.p.r. 1191/1971, mentre l'art. 48 c.p.a. disciplina la fase della trasposizione[32]. I due plessi normativi, adunque, offrono conferma di come le due fasi (opposizione e trasposizione) assurgano a due momenti cronologicamente e ontologicamente differenti, a cui corrisponde la diversità di natura giuridica.

Venendo alla questione che più direttamente rileva nell'ambito delle presenti riflessioni, l'art. 10, comma 2, d.p.r. n. 1191/1971 dispone che «il collegio giudicante, qualora riconosca che il ricorso è inammissibile in sede giurisdizionale, ma può essere deciso in sede straordinaria dispone la rimessione degli atti al Ministero competente per l'istruzione dell'affare». La portata di questa disposizione – che evidentemente sembra fare un generico riferimento a qualsiasi ipotesi di inammissibilità – deve essere circoscritta in ragione del tenore dell'art. 48, comma 3, c.p.a., secondo cui «qualora l'opposizione sia inammissibile, il tribunale amministrativo regionale dispone la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria». Dal combinato disposto delle richiamate disposizioni deriva che l'effetto restitutorio e la prosecuzione del giudizio nella sede straordinaria non si determina per vizi che riguardano l'atto di trasposizione o l'inammissibilità

L'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che assume così carattere di decisione, ha conseguentemente modificato l'antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio giustiziale, che è sostanzialmente assimilabile ad un "giudizio", quantomeno ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953» con l'ulteriore conseguenza che «la legge n. 69 del 2009, modificando la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nel senso che si è in precedenza illustrato, ha fatto venir meno quel presupposto, su cui si fondava il regime di concorrenza fra tale rimedio amministrativo e il ricorso dinanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria. Nel nuovo contesto, simile concorrenza si trasformerebbe, come ha rilevato la difesa dello Stato, in una inammissibile sovrapposizione fra un rimedio giurisdizionale ordinario e un rimedio giustiziale amministrativo, che è a sua volta alternativo al rimedio giurisdizionale amministrativo e ne ricalca solo alcuni tratti strutturali e funzionali»; è evidente che tali riflessioni esulino dallo scopo del presente lavoro, tuttavia per quel che ci interessa, con la pronuncia in esame viene affermato con riferimento al ricorso straordinario un modello di amminsitrazione giustiziale distinta tanto dall'amministrazione attiva quanto dal potere propriamente organi giurisdizionale.

[32] Così G. PELLEGRINO, *Commento all'art. 48*, in (a cura di A. QUARANTA, V. LOPILATO), *Il Processo amministrativo*, Milano 2011, p. 463; *contra*, F. SAITTA, *Il ricorso straordinario*, in (a cura di B. SASSANI, R. VILLATA) *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2012, p. 1304.

ISSN 2036-7821

originaria del ricorso straordinario[33], ma viene unicamente determinata dalla inammissibilità dell'atto di opposizione. In particolare, è stato precisato in giurisprudenza che la remissione in sede straordinaria si verifica laddove l'atto di opposizione manchi di un elemento essenziale, sia stato proposto da un soggetto non legittimato[34] ovvero sia stato tardivamente proposto[35].

5. Considerazioni conclusive sulla proposta soluzione interpretativa dell'art. 48, comma 3, c.p.a.

L'analisi fin qui condotta consente di interpretare l'art. 48, comma 3, c.p.a. nel senso che il Tribunale amministrativo regionale dispone la restituzione del fascicolo per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria anche nella ipotesi in cui l'opposizione fosse tardivamente proposta, come accertato dallo stesso. In altre parole, il riferimento alla *inammissibilità* cui il comma 3 cit. collega l'effetto restitutorio e la continuazione del giudizio in sede straordinaria non sembra possa essere interpretato in modo restrittivo, ossia tale da escluderne l'applicazione laddove l'opposizione fosse proposta oltre il prescritto termine decadenziale, attraendo tale ipotesi nell'alveo del sindacato del Consiglio di Stato, in sede consultiva.

Tale soluzione fonda le sue ragioni, da un lato, su una interpretazione sistematica dei concetti di inammissibilità e irricevibilità e, dall'altro, sulla natura e la portata dell'atto di opposizione, nella dimensione costituzionale in cui esso si colloca.

Quanto al primo profilo, la lettura sistematica delle rilevanti disposizioni del codice del processo amministrativo sopra condotta ha consentito di evidenziare come l'irricevibilità sia unicamente ed espressamente riferita all'ipotesi di tardività della notifica o del deposito dell'atto introduttivo del giudizio, tanto di primo, quanto di secondo grado; qualsiasi ulteriore vizio originario, sia dell'atto introduttivo del giudizio, sia di atti endo-processuali rileva quale ipotesi di inammissibilità, salve le ipotesi di improcedibilità. Il rapporto di genere a specie che sussiste tra inammissibilità e irricevibilità non consente di applicare la seconda oltre i confini tipologici espressamente previsti dall'art. 35, comma 1, lett. a, c.p.a.: segnatamente, il combinato disposto tra le lett. a) e b) del surriferito comma 1 dell'art. 35 c.p.a. lumeggia come l'irricevibilità sia riscontrabile nell'unica ipotesi espressamente

[33] Si v. Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2009, n. 1194; id., Sez. VI, 7 febbraio 2014, n. 593. *Contra*, si v. l'isolata pronuncia resa da Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 2012, n. 5248.

[34] Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 20 ottobre 2020, n. 6318; TAR Toscana Sez. II n. 663/2013; TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 3 giugno 2015, n. 1289, secondo cui «è legittimato alla proposizione dell'"opposizione" al ricorso straordinario la sola "parte nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario", non anche soggetti terzi, processualmente estranei al ricorso stesso. Pertanto, i cointeressati non possono chiedere che il ricorso sia trasposto in sede giurisdizionale».

[35] Si v. tra le altre CGA 2 luglio 2019, n. 631. Sul punto, si v. però *contra* Cons. Stato, Sez. I, parere 15 febbraio 2022, n. 361.

ISSN 2036-7821

prevista (appunto dalla lett. a), determinando qualsiasi altra ragione ostativa alla pronuncia di merito (anche non espressamente prevista, ma comunque ostativa alla decisione di merito) inammissibilità. Da diversa prospettiva, l'analisi effettuata a partire dai diversi ambiti processuali ha condotto verso la consapevolezza circa l'assenza di una terminologia comunemente e trasversalmente diffusa, con la conseguenza che non può che convenirsi sull'impossibilità di utilizzare i concetti di irricevibilità o inammissibilità oltre il circoscritto ambito nel quale gli stessi sono previsti, assumendo, evidentemente, consistenza differente a seconda dello specifico ordinamento processuale nel quale vengono utilizzati. E, in questo contesto, non può che essere valorizzata, anche nell'ambito della prospettiva interpretativa cui il presente studio tende, la circostanza che unicamente all'inammissibilità fa riferimento il d.p.r. n. 1199/1971, sancendo, all'art. 13, «dichiarazione di inammissibilità, se riconosce che il ricorso non poteva essere proposto», così evidentemente ricomprendendo nell'alveo della inammissibilità qualsiasi causa ostativa alla decisione del merito, compresa la tardività della sua proposizione.
Volgendo lo sgurado ai profili che attengono all'atto di opposizione, si ritiene rilevante considerarne la natura non processuale, non inserendosi in alcuna sequenza di rito, come conferma anche la circostanza che esso trova la sua disciplina all'art. 10 d.p.r. 1191/1971, mentre all'art. 48 c.p.a. è rimessa unicamente la disciplina della diversa fase della trasposizione, avente pacifica natura processuale. L'irricevibilità, a cui non può essere riconosciuto alcun significato trasversalmente applicabile nei diversi ordinamenti processuali, nel processo amministrativo ha un significato esclusivamente circoscritto all'ipotesi di tardiva notifica o deposito dell'atto introduttivo del giudizio, dovendo qualsiasi altra ipotesi originaria preclusiva all'esame del merito della vertenza essere ricondotta nell'alveo della inammissibilità. E ciò non può che valere con riferimento a un atto, come l'opposizione, che non solo non è qualificabile quale atto introduttivo del giudizio, ma ha natura procedimentale, non potendo allo stesso applicarsi regole e categorie espressamente elaborate per il diverso ambito processuale. Del resto, la diversa interpretazione che giugerebbe ad escludere l'applicabilità dell'art. 48, comm 3, c.p.a. all'ipotesi di tardiva opposizione finirebbe per dequotare la natura dell'atto di opposizione. Infatti, l'opposizione al ricorso straordinario è rimedio necessario perché il sistema di tutela giustiziale risulti compatibile con l'art. 113 Cost., consentendo alla parte nei cui confronti è proposto il ricorso straordinario di manifestare la propria volontà a che la questione sia decisa dal TAR, con la conseguenza che la sua proposizione non potrebbe che determinarne l'automatica improcedibilità, spogliando – in modo automatico – il Consiglio di Stato, in sede consultiva, di ogni ulteriore potere decisionale. Tale automatica conseguenza, peraltro, non può riguardare unicamente il merito della questione controversa, ma deve estendersi a qualsiasi profilo, anche di rito, tra cui non può

ISSN 2036-7821

escludersi la tempestività o meno della stessa proposizione dell'atto di opposizione. Diversamente opinando, si giungerebbe al risultato di equiparare, sul piano degli effetti giuridici, la condizione dell'atto di opposizione nullo, perché carente dei requisiti essenziali affinché possa idoneamente manifestare la volontà della parte, a quello, pur valido, ma tardivamente proposto. Sembra doversi rilevare, sul punto, come nullità e tardività attengano a due fasi ontologicamente differenti da cui non possono che derivare effetti differenti, anche con riferimento alla questione che qui ci occupa. Infatti, mentre la nullità è conseguenza della carenza dei requisiti sostanziali dell'atto di opposizione, di guisa che non può darsi luogo alla valida manifestazione di volontà della parte e, dunque, non potrebbe determinarsi l'improcedibilità del procedimento straordinario[36]; la tardiva proposizione non incide sulla presupposta valida manifestazione di volontà a che la questione sia trasposta in sede giurisdizionale, limitando i suoi effetti sul piano meramente procedimentale, ossia alla concreta possibilità che il giudizio possa proseguire avanti al TAR. Da qui può dedursi, sul piano sistematico, la conseguenza che la validità/nullità dell'atto di opposizione rientra nel sindacato del Consiglio di Stato in sede consultiva, spettando a questi la verifica circa la validità sostanziale dell'atto. Una volta che l'atto sia ritenuto valido - e dunque idoneamente espressivo della volontà di trasferire la questione in sede giurisdizionale - non può che conseguirne l'automatico arresto del procedimento straordinario. Laddove il ricorrente provveda alla trasposizione del giudizio avanti il TAR, dunque, spetterà a quest'ultimo il sindacato su tutti gli ulteriori profili di rito, che riguardino anche il rispetto delle formalità e delle tempistiche previste in sede procedimentale, tra i quali, oltre che i pacifici rilievi relativi alla fase di proposizione del ricorso straordinario, devono essere compresi anche ogni profilo relativo alla valida e tempestiva proposizione dell'atto di opposizione.

[36] Sul punto, il Consiglio di Stato n. 1941/2016, rileva che dopo la notifica dell'atto di opposizione da parte del controinteressato, con cui si richiede la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso, le successive vicende procedurali sono demandati alla cognizione del TAR dinanzi al quale la controversia è stata riassunta. In aggiunta, il TAR Liguria, sez. I., n. 2308/2009, a sostegno della soluzione interpretativa qui condotta, ha rilevato che la pronuncia di inammissibilità del ricorso ha luogo unicamente nei casi di irritualità dell'atto di opposizione tra cui viene espressamente riportata dalla sentenza, anche l'ipotesi di tardività dell'atto.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'impatto di Brexit sul sistema internazionale di certificazioni.

di Marco Salzano

(Professore a contratto presso l'Università degli Studi di Roma "Foro Italico")

Sommario

1. Il quadro giuridico – 2. La problematica emersa nella prassi a seguito di Brexit- 3. Consiglio di Stato n. 4089 del 21 aprile 2023, con i suoi risvolti pratici – 4. I limiti del nuovo orientamento – 5. L'approdo risolutivo di Consiglio di Stato n. 7032 del 9 novembre 2023.

Abstract

The EC Regulation n. 765 of 9 July 2008 containing "rules on accreditation and market surveillance with regard to the marketing of products" (hereinafter, the 'Regulation') defines the legal framework that supervises the organization and functioning of the European model for accreditation of certification bodies.

In particular, in order to guarantee the broadest protection of particularly relevant public interests (such as health, safety and environmental protection), the Regulation introduced the accreditation tool, defined in art. 2, point 10, as "the attestation by a national accreditation body certifying that a given conformity assessment body meets the criteria established by harmonized standards". In other words, accreditation by a national body gives the assessment body the effective power to carry out conformity assessments valid throughout the Union, subject to certain conditions.

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

ISSN 2036-7821

1. Il quadro giuridico.

Il Regolamento CE n. 765 del 9 luglio 2008 recante "*norme in materia di accreditamento e vigilanza del mercato per quanto riguarda la commercializzazione dei prodotti*" (di seguito, il 'Regolamento') definisce il quadro giuridico che sovrintende alla organizzazione e al funzionamento del modello europeo di accreditamento degli organismi di certificazione.

In particolare, al fine di garantire la più ampia tutela di interessi pubblici particolarmente rilevanti (quali la salute, la sicurezza e la tutela dell'ambiente), il Regolamento ha introdotto lo strumento dell'accreditamento, definito, all'art. 2, punto 10, come "*l'attestazione da parte di un organismo nazionale di accreditamento che certifica che un determinato organismo di valutazione della conformità soddisfa i criteri stabiliti da norme armonizzate*". In altre parole, l'accreditamento ad opera di un organismo nazionale attribuisce, al decorrere di determinati presupposti, all'organismo di valutazione l'effettivo potere di svolgere valutazione di conformità valide in tutta l'Unione.

Inoltre, il Considerando 15 del Regolamento, sottolinea come la finalità dell'accreditamento sia "*attestare in modo autorevole la competenza di un organismo* (i.e. di valutazione) *ad eseguire attività di valutazione della conformità*", pertanto "*gli Stati membri* non *dovrebbero mantenere più di un organismo nazionale di accreditamento e dovrebbero garantire che tale organismo sia organizzato in modo da salvaguardare l'obiettività e l'imparzialità delle sue attività*".

Da tali disposizioni, pare potersi ricavare che il diritto unionale traccia una strada – quella dell'organismo nazionale di accreditamento unico in determinate e precipue materie – ritenuta la più consona al raggiungimento di obiettivi di uniformità (in tutto il territorio dell'unione, si intende), nonché di affidabilità della attestazione resa dall'organismo di valutazione.

Deve poi considerarsi che la Commissione, giusta art. 14 del Regolamento, istituisce e riconosce l'European cooperation for accreditation (di seguito, '**EA**'), come soggetto al quale è attribuito il ruolo di "*promuovere un sistema trasparente e fondato sulla qualità per valutare la competenza degli organismi di valutazione della conformità in tutta Europa, e gestire un sistema di valutazione* inter pares *fra gli organismi nazionali di accreditamento degli Stati membri e di altri paesi europei*" [1].

[1] Inoltre, il considerando 23 del Regolamento stabilisce che "*il presente regolamento dovrebbe prevedere il riconoscimento di una singola organizzazione a livello europeo per quanto riguarda alcune funzioni nel settore dell'accreditamento. La cooperazione europea per l'accreditamento («EA»), il cui compito principale è promuovere un sistema trasparente e fondato sulla qualità per valutare la competenza degli organismi di valutazione della conformità in tutta Europa, gestisce un sistema di valutazione* inter pares *fra gli organismi nazionali di accreditamento degli Stati membri e di altri paesi europei. Tale sistema ha dimostrato di essere efficiente e di incoraggiare la fiducia reciproca. Pertanto, l'EA dovrebbe essere il primo organo riconosciuto a norma del presente regolamento e gli Stati membri dovrebbero assicurarsi che i loro organismi nazionali di accreditamento aderiscano all'EA per tutto il tempo in cui essa sarà riconosciuta come tale*".

ISSN 2036-7821

Abbiamo dunque, sin qui, tre soggetti in campo: (**1**) l'EA, (**2**) l'organismo nazionale di accreditamento e (**3**) l'organismo di valutazione.
L'art. 10 del Regolamento disciplina poi la valutazione c.d. *inter pares* effettuata da EA, cui si sottopongono gli organismi nazionali di accreditamento, stabilendo che tale valutazione è effettuata "*sulla base di criteri e procedure validi e trasparenti, in particolare per quanto riguarda i requisiti in termini strutturali, di risorse umane e procedurali, la riservatezza e i reclami*" e deve assicurare il rispetto delle condizioni stabilite dall'articolo 8 del Regolamento stesso[2].
Da tale contesto normativo, emerge la assoluta centralità della valutazione *inter pares* o *peer evaluation* rimessa alla competenza di EA e, da quest'ultima, periodicamente rinnovata.
La norma di chiusura del sistema è il successivo art. 11 del Regolamento, laddove, al paragrafo 2, si prevede che le autorità nazionali riconoscono l'equivalenza dei servizi prestati dagli organismi di accreditamento che abbiano superato con successo la valutazione *inter pares* di cui all'articolo 10 e, quindi, accettano i certificati di accreditamento di tali organismi e, conseguentemente, riconoscono piena efficacia agli attestati di valutazione rilasciati dagli organismi da questi ultimi accreditati.
Con ciò, il sistema fa derivare dal superamento della valutazione *inter pares* effettuata da EA il riconoscimento reciproco dei sistemi e dei certificati di accreditamento. Pertanto, nella applicazione pratica di tale principio, la stazione appaltante chiamata, nell'ambito della procedura di selezione del contraente privato, a verificare l'efficacia dell'attestato di valutazione, è tenuta a controllare la sottoscrizione, da parte degli organismi di accreditamento da cui quest'ultimo promana, di un accordo multilaterale (EA Multilateral Agreement, c.d. EA/MLA).

[2] In particolare, l'art. 8 del Regolamento prevede che gli organismi di accreditamento nazionali abbiano i seguenti requisiti: (a) siano organizzati in modo che ne sia garantita l'indipendenza dagli organismi di valutazione, sottratti alle pressioni commerciali ai conflitti d'interesse con questi ultimi; (b) siano gestiti in modo idoneo a salvaguardare l'obiettività e l'imparzialità delle attività; (c) tengano segregate la decisione riguardante l'attestazione di competenza, dalla decisione relativa alla valutazione; (d) adottino disposizioni atte a salvaguardare la riservatezza delle informazioni ottenute ai fini del procedimento di accreditamento; (e) individuano le attività di valutazione della conformità per le quali sono competenti rinviando, alle pertinenti legislazioni e norme comunitarie o nazionali; (f) istituiscono le procedure necessarie per assicurare l'efficienza della gestione e l'adeguatezza dei controlli interni; (g) dispongono di un numero di dipendenti competenti sufficiente per l'esecuzione adeguata dei loro compiti; (h) documentino le funzioni, le responsabilità e i poteri del personale che potrebbe influenzare la qualità della valutazione e dell'attestazione di competenza; (i) istituiscano, applichino e aggiornino procedure per controllare le prestazioni e la competenza del personale; (l) verifichino che le valutazioni della conformità siano eseguite in modo adeguato, evitando oneri inutili per le imprese e tenendo debitamente conto delle dimensioni, del settore e della struttura delle imprese, del grado di complessità della tecnologia dei prodotti e del carattere di massa o seriale del processo di produzione; (m) pubblichino annualmente resoconti oggetto di revisione contabile, in conformità dei principi di contabilità universalmente accettati.

ISSN 2036-7821

Con tali accordi, infatti, i firmatari – soltanto all'esito della positiva valutazione *inter pares* – riconoscono e accettano l'equivalenza dei rispettivi sistemi, nonché l'affidabilità dei risultati della valutazione di conformità forniti dagli organismi certificatori da loro accreditati.
In altre parole, il sistema di accreditamento delineato dal Regolamento (al fine di garantire la coerenza e l'equivalenza delle prassi di accreditamento in tutta Europa) riconosce, da un lato, gli organismi di accreditamento degli Stati membri e, da un altro lato, l'equivalenza degli attestati rilasciati dagli organismi di valutazione della conformità da questi ultimi accreditati[3].

2. La problematica emersa nella prassi a seguito di Brexit.
L'impianto così congeniato - a far tempo dal 31 dicembre 2020, allorquando è terminato il c.d. periodo transitorio di adesione dell'Inghilterra all'Unione Europea - è stato messo in crisi, relativamente all'organismo nazionale di accreditamento per il Regno Unito (United Kingdom Accreditation Service, di seguito, anche 'UKAS'[4]) all'esito dell'uscita del Paese dall'Unione. Infatti, si è messo in discussione che i certificati rilasciati da soggetti accreditati da organismi inglesi non conservino ulteriore validità al fine di partecipare a gare o comunque di ottenere simili punteggi premiali dopo la c.d. Brexit.

3. Consiglio di Stato n. 4089 del 21 aprile 2023, con i suoi risvolti pratici.
In particolare, il tema è diventato sensibile al punto da interessare l'intero settore delle gare pubbliche, nonché tutti gli organismi nazionali di accreditamento d'Europa[5], nel corso del 2023, quando la V Sezione del Consiglio di Stato, con la

[3] Infatti, la Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio ed al Comitato Economico e Sociale Europeo del 5 dicembre 2022 evidenzia che "*il sistema di valutazione inter pares è inteso a garantire la coerenza e l'equivalenza delle prassi di accreditamento in tutta Europa, affinché le autorità pubbliche nazionali e gli operatori del mercato in senso lato riconoscano reciprocamente i servizi forniti dagli organismi di accreditamento che superano con successo la valutazione "inter pares" e accettino quindi i certificati di accreditamento di tali organismi e gli attestati rilasciati dagli organismi di valutazione della conformità da essi accreditati*".

[4] UKAS è il solo ente nazionale per l'accreditamento nel Regno Unito ed è riconosciuto dal Governo britannico per valutare, rispetto agli standard concordati a livello nazionale e internazionale, organizzazioni che forniscono servizi di valutazione della conformità come certificazione, collaudo, ispezione, calibrazione e verifica. UKAS è stato nominato ai sensi delle Regole di Accreditamento per il Regno Unito del 2009 (Atto No. 3155/2009) quale unico organismo nazionale di accreditamento per il Regno Unito ai fini dell'Articolo 4 del Regolamento del Regno Unito per l'accreditamento e la sorveglianza del mercato (c.d. GB RAMS) che costituiscono l'adattamento per il Regno Unito del Regolamento CE 765/2008. UKAS, peraltro, aderisce e partecipa ai gruppi internazionali tra enti di accreditamento quali EA, International Accreditation Forum (IAF) e International Laboratory Accreditation Cooperation (ILAC), che prevedono il mutuo riconoscimento dell'accreditamento e degli organismi accreditati.

[5] Si segnala che, con nota in data 18 maggio 2023, l'EA ha inviato a tutti i propri membri una comunicazione con la quale "*si impegna a sostenere i principi di* ***riconoscimento reciproco*** *tra gli organismi nazionali di accreditamento che sono alla base dell'MLA EA*".

ISSN 2036-7821

pronuncia n. 4089/2023, ha affermato la "*non spendibilità, nel settore degli appalti pubblici, delle certificazioni di qualità rilasciate da enti accreditati UKAS*".

Ai fini del decidere, i Giudici di Palazzo Spada hanno formulato a EA una richiesta istruttoria specificamente riferita allo status di UKAS[6] e quest'ultima ha affermato che "*poiché il Regno Unito non è più uno Stato Membro dell'UE, l'UKAS ha cessato di essere un organismo nazionale di accreditamento ai sensi e per gli scopi del Regolamento CE N. 765/2008" e che "pertanto, i certificati UKAS e i certificati emessi dagli Organismi di Valutazione della Conformità accreditati da UKAS* non *sono più riconosciuti dal sistema normativo dell'UE a decorrere dal 1° gennaio 2021*".

Tale affermazione (per le ragioni che si diranno, a dir poco 'fuori contesto') è stata valorizzata dal Consiglio di Stato, anche costituendo un precedente (si veda, in senso del tutto conforme a Consiglio di Stato n. 4089/2023, Tar Lazio, Sezione I-ter, n. 1634/2023), il quale – affermando che quello inglese non può più essere considerato un ente certificatore ai sensi del Regolamento (CE) n. 765/2008 e che, pertanto, le certificazioni rilasciate da detto ente non sono più idonee a soddisfare i requisiti previsti dalla legge e dai bandi di gara[7] - rischiava di costituire un serio problema per tantissime aziende interessate al mercato delle procedure pubbliche, con ogni comprensibile limitazione sia della liberta di iniziativa economica, sia della concorrenza.

4. I limiti del nuovo orientamento.

Le conclusioni raggiunte dal Consiglio di Stato paiono esporsi ai seguenti due principali ordini di critica:

(a) il primo attiene alla effettiva portata delle precisazioni svolte da EA nel corso dell'istruttoria tenutasi nel giudizio che ha portato all'emanazione della sentenza n. 4089/2023;

(b) il secondo riguarda la portata del richiamo della normativa in materia di appalti al solo sistema di accreditamento individuato dal Regolamento CE No. 765/2008.

---

[6] L'Ordinanza istruttoria poneva all'EA il seguente quesito: "*se lo status di membro della EA riconosciuto ad UKAS lo renda equiparabile agli organismi di accreditamento nazionale ai sensi e per gli scopi del regolamento (CE) n. 765/2008 di cui all'art. 62 della Direttiva 2014/25/UE dei settori speciali ed all'art. 87 del D.Lgs. n. 50/2016 e se le certificazioni di qualità ad esso riferite possano o meno ritenersi validamente riconosciute nell'UE e spendibili nelle pubbliche gare ai sensi del medesimo regolamento 765/2008*".

[7] Tale orientamento, infatti, affermava che la certificazione prodotta da UKAS non soddisfa il disciplinare di gara, perché UKAS non può (più) essere considerato un organismo di certificazione accreditato anche a prescindere dal dettato della disciplina di gara e dalla circostanza che quest'ultima prevedesse o meno l'alternatività tra certificato rilasciato da Ente nazionale unico di accreditamento firmatario degli accordi EA/MLA e certificato rilasciato d Ente autorizzato a norma dell'art. 5, par. 2 del Regolamento (CE), n. 765/2008) "*in quanto non è in questione la qualità di firmatario degli accordi EA/MLA da parte di UKAS, quanto a monte la stessa qualità di organismo di certificazione accreditato di questo Ente*" (Tar Lazio, Sezione I-ter, n. 1634/2023).

ISSN 2036-7821

Con riferimento alla prima questione, come anticipato, deve rilevarsi che EA non ha alcuna potestà di esprimersi, tantomeno con valenza di interpretazione autentica, rispetto alle questioni alla medesima sottoposte, mentre, al contrario, ha, come specificato dallo statuto, l'obiettivo precipuo di operare per rafforzare il principio del mutuo riconoscimento.

Sotto il secondo aspetto, l'affermazione secondo cui le certificazioni rilasciate da un organismo di valutazione della conformità accreditato da UKAS non potrebbero essere riconosciute conformi al Regolamento CE n. 765/2008, non basta a provocare il loro disconoscimento all'interno del settore degli appalti pubblici nel mercato comune.

UKAS, infatti, sino al 31 dicembre 2021 (ovvero sino alla fine del periodo transitorio conseguente alla c.d. Brexit) ha conservato la qualifica, ai sensi e per gli effetti del Regolamento CE n. 765/2008 di organismo nazionale di accreditamento per il Regno Unito e, in tale veste, partecipava all'EA, al pari degli altri organismi nazionali di accreditamento degli altri Stati membri.

Con il distacco del Regno Unito dall'Unione Europea, non solo UKAS ha continuato a mantenere per un ulteriore periodo di due anni lo status di *full member* dell'EA ma, nella sua qualità di firmatario degli Accordi Multilaterali EA era ed è riconosciuto, in base ad un sistema di valutazione *inter pares*, avente le medesime caratteristiche e qualità degli altri organismi nazionali di accreditamento dell'Unione Europea, così da poter garantire all'interno dell'Unione Europea e nello stesso Regno Unito, la continuità del sistema.

Il che era auspicabile e prevedibile, rispondendo al comune interesse degli organismi di accreditamento partecipanti ad EA e degli operatori economici che, in seguito alla c.d. Brexit, non andasse disperso all'interno del territorio europeo il reciproco riconoscimento e l'equivalenza delle certificazioni rilasciate dagli OCIV accreditati da UKAS con quelle rilasciate dagli OCIV accreditati dagli organismi nazionali di ciascun stato membro, così da evitare la necessità di ricorrere ad una duplice procedura di accreditamento; in ciò consistendo, come anticipato al punto 1, la funzione stessa del sistema di valutazione *inter pares*, come chiarito dalla Relazione 5 dicembre 2022 della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio ed al Comitato Economico e Sociale Europeo.

Del resto, l'efficacia degli accordi multilaterali sottoscritti dall'EA ai fini della libera circolazione e del mutuo riconoscimento degli accreditamenti e delle certificazioni si evince dai documenti ufficiali di tale Ente[8] relativi agli accordi multilaterali, laddove

[8] Si fa riferimento, tra gli altri, (*i*) EA16 INF/04:2020 Dichiarazione sull'accettazione e riconoscimento delle attività previste dagli Accordi Multilaterali EA; (*ii*) EA-1/06 A:AB 2022 – Accordo Multilaterale EA. Criteri di sottoscrizione. Direttiva e procedura di sviluppo; (*iii*) EA-2/02 M:2022 EA Procedura per la valutazione degli Organismi di Accreditamento Nazionali; (*iv*) EA-1/13 A:2022 Relazione tra EA e gli organismi di accreditamento

ISSN 2036-7821

emerge che la finalità di questi ultimi è proprio perseguire il mutuo riconoscimento tra organismi certificatori che garantisca l'equivalenza degli organismi di accreditamento e conseguentemente delle certificazioni rilasciate dagli OCIV sulla base delle attività da loro eseguite. Il principio del mutuo riconoscimento che informa l'applicazione e la portata degli Accordi Multilaterali EA è, infatti, riassunto nel motto "*Accredited once, accepted everywhere*" e ciò, al fine di facilitare il mutuo riconoscimento operato dagli organismi nazionali di accreditamento che, sulla base di una valutazione *inter pares*, sono riconosciuti come omologhi, e, pertanto, tutti abilitati all'accreditamento.

Deve poi aversi a mente che, già nel lontano 2014, sulla base dei c.d. Certif Papers ovvero quei documenti finalizzati allo scambio di valutazioni tra la Commissione Europea e gli Stati membri sulla concreta applicazione del Regolamento 765/2008, veniva precisato che, nel considerare gli organismi di valutazione di conformità con sede in paesi extra UE, si dovrebbe attentamente vagliare "*se l'organismo di accreditamento è sottoposto a valutazione inter pares nella rispettiva regione*" (Certif. Paper 2013-01Rev 3). Inoltre, i Certificati chiariscono che il rifiuto di accettare attestati di conformità rilasciati nell'ambito dell'accreditamento da parte di organismi di accreditamento non europei non conformi ai nuovi requisiti europei (ad es. Regolamento 765/2008) "*non può basarsi sul solo argomento della non conformità da parte dell'organismo di accreditamento del paese terzo*" (Certif. Paper 2008-03). E, per quanto più importa, "*sulla base del riconoscimento reciproco di tutte le valutazioni effettuate dai membri dell'EA, qualsiasi duplicazione delle valutazioni degli aspetti o dei requisiti organizzativi dovrebbe essere rigorosamente evitata*" (Certif 2009-06 Rev6).

Inoltre, la dichiarazione EA-1/06 specifica che ogni membro "*promuove l'accettazione internazionale dei risultati delle valutazioni di conformità rilasciate dalle autorità di certificazione accreditate dagli organismi di accreditamento firmatari dell'EA MLA, dell'accordo di mutuo riconoscimento IAC (ILAC MRA) e dell'accordo multilaterale di riconoscimento IAF (IAF MLA)*" [9].

Da tale quadro, emerge che i certificati di valutazione della conformità accreditati i quali operano all'interno dei sistemi di mutuo riconoscimento sia IAF che EA non sono soggetti, nel sistema normativo dell'Unione, a particolari requisiti di validità.

Questa conclusione, del resto, pare confermata dallo stesso regolamento, laddove, all'art. 11 (letto in combinato con il considerando 23), chiarisce che il sistema di riconoscimento reciproco funziona anche con riferimento ad organismi di accreditamento (e senza che vi sia il richiamo alla natura "nazionale" dei medesimi) appartenenti ad altri 'Stati europei non UE'. Beninteso, ferma l'imprescindibile

nazionale di paesi che non sono membri dell'Unione Europea o dell'EFTA; (*v*) EA 1/17 A:2022 Regole di Procedura. Materiali tutti liberamente accessibili presso https://european-accreditation.org/.

[9] L'International Accreditation Forum è l'associazione mondiale che raggruppa gli organismi che svolgono l'accreditamento della valutazione di conformità.

ISSN 2036-7821

precondizione di aver superato positivamente la valutazione inter pares di cui all'art. 10 del Regolamento.

Deve poi porsi attenzione alle conseguenze che la restrizione del campo di applicazione dell'accordo multilaterale che l'organismo nazionale di accreditamento per il Regno Unito ha concluso con EA: esse paiono poter stridere con talune disposizioni costituzionali.

Sotto un primo profilo, la lettura proposta da Consiglio di Stato n. 4089 del 21 aprile 2023 comporta effetti lesivi sia della sfera degli organismi accreditanti, i quali, per cause non imputabili, si ritrovano nell'impossibilità di continuare a svolgere la propria attività istituzionale, sia della posizione dei soggetti accreditati, i quali, *ad nutum* e per cause estranee alla propria disponibilità, vengono colpiti dalla sanzione della nullità delle certificazioni ottenute, con tutto ciò che ne discende rispetto alla partecipazione alle gare di appalto e all'esecuzione dei contratti eventualmente già affidati. È allora evidente che ciò si traduce in una compressione della libertà di iniziativa economica privata, tanto più se si parla di certificazioni rilasciate da un organismo che, fino al 31 dicembre 2020 (ossia, fino al termine del periodo transitorio conseguente alla c.d. Brexit), ai sensi e per gli effetti del Regolamento CE, era (ed è tuttora, in base alle conclusioni cui stiamo giungendo) a pieno titolo un organismo nazionale di accreditamento (per il Regno Unito), e che ha, dunque, operato in tale veste quando ha reso le certificazioni che si pretende di invalidare, nonché come organismo comunque riconosciuto dalla EA in forza dell'accordo multilaterale.

Ma lettura che qui si avversa confliggerebbe anche con l'art. 3 della Costituzione. Infatti, ancorare la validità delle certificazioni allo stabilimento in uno Stato membro dell'Unione europea, senza attribuire rilievo a possibili ulteriori accordi multilaterali che dagli organismi in questione possano essere stati stipulati con gli organi di accreditamento nazionale, condurrebbe ad esiti irragionevoli. Ancor più nel caso che ci occupa ovvero di organismi di Stati che (*i*) al momento dell'accreditamento eseguito alla luce del Regolamento, risultavano parte dell'Unione Europea; (*ii*) si sono ritrovati (non per loro volontà) al di fuori del territorio unionale e (*iii*) abbiano inoltre mantenuto un accordo multilaterale *ad hoc* ai fini del reciproco riconoscimento delle certificazioni di accreditamento rilasciate a favore di organismi di valutazione della conformità[10].

Sotto tale ultimo profilo, apparirebbe allora assurda e contrastante con l'art. 3 Cost. una interpretazione che legittimasse la declaratoria di nullità retroattiva delle certificazioni rilasciate da tali organismi. Infatti, gli accordi stipulati da UKAS sono pienamente validi e legittimi dal momento della sottoscrizione e non si coglie la

[10] Il riferimento è al già citato accordo multilaterale che UKAS ha concluso con European Accreditation ai fini del reciproco riconoscimento delle certificazioni di accreditamento rilasciate dal ricorrente in favore di organismi di valutazione della conformità, e di cui ha dato conto sul proprio sito web istituzionale in data 27 gennaio 2021.

ISSN 2036-7821

motivazione in forza della quale potrebbe affermarsene la totale irrilevanza, per effetto del venir meno dell'elemento dello stabilimento nell'area dell'Unione.
Peraltro, alla irragionevolezza del contenuto dispositivo ipotizzato, si associa la presunta massima giustiziabilità dello stesso: addirittura ne deriverebbe la nullità *ex tunc* delle certificazioni rilasciate da un operatore che non si trovi più nell'Unione.
Peraltro, anche considerando il principio costituzionale dell'affidamento legittimo, sembrerebbe (al minimo) necessario un periodo di perdurante validità delle certificazioni rilasciate dagli organismi con sede in Inghilterra, per consentire a queste ultime di condurre una riorganizzazione, al fine di evitare di subire gli ingenti danni, anche sotto un profilo di responsabilità risarcitoria, che una situazione di immediata invalidità delle certificazioni rilasciate verrebbe inevitabilmente a determinare e per dar modo, altresì, ai privati di poter eventualmente ottenere ulteriori certificazioni sostitutive.

5. L'approdo risolutivo di Consiglio di Stato n. 7032 del 9 novembre 2023.

Nel dibattito, per come fin qui esposto, è intervenuto – ad elidere le aporie che si sono fin qui sottolineate – ancora il Consiglio di Stato, con la decisione n. 7032 del 9 novembre 2023, affermando che, poiché l'organismo di accreditamento britannico ha positivamente superato la valutazione *inter pares* (l'ultima delle quali è avvenuta nel mese di maggio 2021, con rivalutazione prevista nel mese di novembre 2024, quindi in corso di validità), formalizzando il positivo esito di tale valutazione mediante la sottoscrizione dei c.d. accordi EA/MLA, non vi sono valide ragioni per privare di validità il certificato rilasciato da un organismo di valutazione della conformità accreditato da UKAS.
A tale conclusione, si giunge anche ricordando che (**a**) l'art. 44, par. 1, della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici prevede che per 'organismo di valutazione della conformità' si intende un organismo che effettua attività di valutazione della conformità a norma del Regolamento e (**b**) l'art. 87, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (applicabile, *ratione temporis e materiae* alla controversia dalla quale è scaturita la pronuncia in esame) stabiliva che le stazioni appaltanti devono fare riferimento al sistema costituito dal Regolamento medesimo.
Ebbene, dalla richiamata disciplina - tanto comunitaria, quanto nazionale - si evince che il legislatore non ha indicato le condizioni alle quali le amministrazioni aggiudicatrici debbano attenersi nel richiedere ai partecipanti alle procedure di gara le certificazioni, ma si è limitato a prescrivere che le norme prese a riferimento siano quelle dei sistemi di garanzia delle qualità basate sulle norme europee e – soprattutto – che il rispetto di tali qualità sia certificato da organismi di valutazione della conformità accreditati a norma del Regolamento.

ISSN 2036-7821

L'ampiezza della dizione impiegata, sia dal legislatore comunitario sia da quello nazionale, obbliga l'interprete ad intenderla riferita al complessivo sistema di accreditamento delineato dal Regolamento, ivi incluso il meccanismo di equivalenza previsto dall'art. 11, il quale è rivolto agli organismi di accreditamento *degli Stati membri e di altri paesi europei* che abbiano superato con successo una valutazione *inter pares*, sottoscrivendo, all'esito, gli accordi multilaterali EA/MLA; ne consegue la validità, nella materia degli appalti pubblici, dei certificati rilasciati da enti accreditati da tali organismi di accreditamento.

Il principio affermato in via generale dalla Sezione V sembra assumere ancor maggior vigore se riferito alla specifica ipotesi della fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione Europea. Quest'ultima, infatti, non impatta sulle attività degli organismi e dei laboratori accreditati dall'ente nazionale inglese, tanto è vero che (**1**) non soltanto quest'ultimo ha ottenuto il riconoscimento di ente di accreditamento *inter pares* e conserva la qualità di firmatario dell'accordo multilaterale EA in ambito europeo (alla cui sottoscrizione ha partecipato anche Accredia, ente nazionale di accreditamento italiano), il che garantisce l'equivalenza delle caratteristiche e delle qualità del sistema di accreditamento gestito da UKAS rispetto agli organismi nazionali degli Stati membri, ma (**2**), come anticipato, la medesima EA ha modificato il proprio Statuto, al fine di permettere ad UKAS di mantenere lo status di *full member* dei *network* internazionali di accreditamento EA.

Il Consiglio di Stato ha inoltre fatto proprio l'intendimento (sopra anticipato al punto 5.a) per il quale ogni interpretazione relativa al Regolamento è di esclusiva spettanza della Commissione Europea e/o della Corte Europea di Giustizia e, pertanto, l'interpretazione erroneamente fornita da EA e valorizzata nella propria precedente decisione n. 4089, provenga da un soggetto il quale (sebbene riconosciuto all'art. 14 del Regolamento) non ha alcuna capacità di influire, con proprie decisioni o pareri, sull'assetto regolatorio del sistema.

All'esito di tali considerazioni, pare potersi affermare che il meccanismo di accreditamento gestito dagli organismi firmatari dell'accordo EA MLA, che abbiano positivamente superato la valutazione *inter pares* di cui all'art. 10 del Regolamento è accettato dagli altri firmatari come equivalente al proprio, con quanto ne consegue sul piano della pari affidabilità, reciprocamente riconosciuta, nonché dei risultati forniti dagli organismi della valutazione della conformità accreditati dai firmatari medesimi.

La decisione in commento ha anche il pregio di aver sgombrato il campo (sotto due diversi profili) dai dubbi circa l'influenza sul sistema della decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 6 maggio 2021, nella causa C-142/20 (in più passaggi argomentativi richiamata da Consiglio di Stato n. 4089 del 21 aprile 2023.

ISSN 2036-7821

La V Sezione ha infatti affermato che, con la menzionata decisione, la Corte di Giustizia ha stabilito, sotto un primo profilo, che – in virtù dell'articolo 4, paragrafi 1 e 5, e l'articolo 7, paragrafo 1, del Regolamento – ciascuno Stato membro è tenuto a designare un unico organismo nazionale di accreditamento e che gli organismi di valutazione della conformità sono tenuti, in linea di principio, a chiedere l'accreditamento presso tale organismo; ribadendo così soltanto l'unicità del ruolo dell'ente nazionale di accreditamento e il conseguente obbligo degli organismi di valutazione di conformità stabiliti in uno Stato membro di richiedere l'accreditamento esclusivamente a tale ente nazionale.

Si tratta, a ben vedere, di un principio che non rileva nel caso in esame nel quale non è in discussione - come invece nel caso trattato dalla Corte di giustizia - se l'organismo di valutazione della conformità sia stato accreditato dall' Ente unico nazionale di accreditamento dello Stato in cui detto organismo è stabilito, ma si dibatte della diversa questione afferente alla validità, ai fini della partecipazione a una gara pubblica, della certificazione rilasciata a una concorrente da quell'organismo di valutazione della conformità, proprio in quanto accreditato da UKAS.

La richiamata sentenza della Corte di Giustizia ha unicamente precisato che soltanto l'Ente unico nazionale può svolgere attività di accreditamento nei confronti degli organismi di valutazione in esso stabiliti, ma non afferma affatto (il che si rileverebbe nella nostra materia) che i certificati emessi da organismi accreditati da altro Ente nazionale di accreditamento non siano validi in altri Stati dell'Unione.

In secondo luogo, il caso sottoposto all'attenzione della Corte di giustizia riguardava lo specifico accordo di mutuo riconoscimento extra europeo ILAC e non il diverso accordo EA/MLA, il quale formalizza il mutuo riconoscimento dell'equivalenza dei servizi prestati dagli organismi di accreditamento, sia degli Stati membri che di altri Paesi europei, che hanno superato con successo la valutazione *inter pares* volta a verificare il rispetto, da parte dell'organismo di accreditamento, delle condizioni fissate dall'art. 8 del Regolamento.

Pertanto, i principi affermati dalla richiamata decisione non consentono incrinare le conclusioni sopra esposte circa la validità della certificazione di valutazione emessa da un ente membro di EA, anche dopo la Brexit.

Del resto, già con Cons. Stato, Sez. V, 22 luglio 2021, n. 5513 si riconosceva la validità, ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio, di certificati rilasciati da organismi di valutazione accreditati presso l'ente unico nazionale di accreditamento operante in Svizzera firmatario degli accordi multilaterali *ex* art. 14 del Regolamento CE 765/2008 e facenti parte di EA.

All'esito della descritta evoluzione giurisprudenziale, resta confermato che l'interpretazione del sistema normativo conferente, sia unionale che nazionale,

ISSN 2036-7821

impone alle stazioni appaltanti di considerare che la sottoscrizione degli accordi EA MLA per lo specifico settore del certificato richiesto ai fini della partecipazione alla gara d'appalto, abiliti l'ente unico nazionale di un paese europeo a fornire il servizio di accreditamento degli enti di certificazione in modo equivalente agli organismi nazionali degli Stati membri.

Di conseguenza, le certificazioni di qualità rilasciate da organismi stranieri accreditati dall'ente unico nazionale di accreditamento di altro stato europeo, firmatario dell'accordo EA MLA, qual è l'ente britannico UKAS, sono equivalenti alle certificazioni di qualità rilasciate da organismi accreditati dagli enti nazionali degli Stati membri.

Tale conclusione, oltre che dalle motivazioni sopra esposte, sembra sostenuta dalla considerazione per la quale il principio del reciproco riconoscimento dei certificati di valutazione risponde all'esigenza di favorire la più ampia partecipazione alle gare degli operatori economici in condizioni di parità e di non discriminazione, mentre l'opposta opzione ermeneutica si espone alla palese violazione dei principi di concorrenza e parità dei concorrenti, oltre che a dubbi di costituzionalità. Infatti, la giurisprudenza ha chiarito, nell'ambito di giudizi aventi ad oggetto la legittimità di clausole del disciplinare che prescrivevano il possesso di determinate certificazioni aggiuntive rispetto a quelle minime previste, che "*si deve riconoscere alle imprese partecipanti a gare d'appalto di provare con ogni mezzo ciò che costituisce oggetto della certificazione richiesta dalla stazione appaltante, pena altrimenti, in primo luogo, l'introduzione di una causa amministrativa di esclusione in contrasto con una chiara disposizione di legge; ed inoltre la previsione di sanzioni espulsive sproporzionate rispetto alle esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici, le quali devono esclusivamente poter confidare sull'effettivo possesso dei requisiti di qualità aziendali o sul rispetto delle norme sulla responsabilità sociale delle imprese*" (Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2020, n. 2455 e sez. V, 12 novembre 2013, n. 5375).

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Autonomia comunale, funzioni facoltative e finanza pubblica centralizzata.

di Ambrogio De Siano

(Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa. – 2. L'essenza dell'autonomia comunale: le funzioni facoltative. – 3. La finanza comunale dall'unificazione d'Italia ai primi de-cenni del '900. – 4. Segue: dalla riforma del 1931 a quella del 1960. – 5. Il sopraggiungere della Costituzione. – 6. I vincoli europei degli anni '90 – 7. La riforma dell'art. 119 Cost. – 8. L'introduzione in Costituzione dell'equilibrio di bilancio – 9. La finanza comunale nell'ultimo lustro. – 10. Una breve chiusura.

Abstract

The public finances of local authorities (hereinafter ee.ll.), to be fully illustrated, would require a significant discussion. Indeed, in order to make the reader adequately informed about its evolution, it is essential to talk about its relationship with state finance, which, starting from the first legislation of the Kingdom of Italy, has developed in an incessant and inconsistent manner , so much so that even the task of simply identifying the most significant regulatory interventions is difficult.

The nature of this essay does not allow such a broad discussion. So, from a subjective point of view, we will focus only on the Municipalities, keeping aside the Provinces, whose recent events - which begin with the reorganization attempt which took place in 2014 - make the relevant legal framework, and therefore also the financial one, highly obscure : and to address it a specific study would be necessary.

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

1. Premessa.

La finanza pubblica degli enti locali (d'ora in poi ee.ll.), per essere compiutamente illustrata, necessiterebbe di una trattazione di rilevante mole. Invero, al fine di rendere il lettore adeguatamente edotto circa il suo evolversi, si presenta indispensabile raccontare del suo rapporto con la finanza statale, il quale, a far data dalla prima legislazione del Regno d'Italia, si è sviluppato in maniera incessante e incoerente, tanto da rendere arduo persino il compito di semplicemente individuare gli interventi normativi più significativi.

La natura del presente saggio non consente una trattazione tanto ampia. Sicché, sotto il profilo soggettivo, ci si concentrerà sui soli Comuni, tenendo da parte le Province, le cui vicende recenti – che cominciano con il tentativo di riordino consumatosi nel 2014 – rendono il relativo quadro giuridico, e dunque anche quello finanziario, fortemente oscuro: e per affrontarlo sarebbe necessario un apposito studio.

Sotto il profilo oggettivo, invece, premessi alcuni brevi cenni sull'autonomia comunale, ci si diffonderà in una (rapida) rassegna della legislazione che si è occupata delle entrate comunali (essenzialmente) di natura tributaria (lasciando in ombra il profilo delle spese, che da quello delle entrate viene sostanzialmente definito), con l'obiettivo di comprendere se ai Comuni residui spazio per promuovere politiche proprie attraverso l'assunzione di funzioni facoltative.

2. L'essenza dell'autonomia comunale: le funzioni facoltative.

Ammettere l'esistenza di una particolare collettività costituisce il presupposto del riconoscimento di una peculiare sfera di interessi propri di una certa comunità: in ciò sta l'intima essenza del carattere territoriale del Comune, il quale costituisce l'ente di governo preposto alla cura di tali specifici interessi[1]. Mentre «la soddisfazione dei "grandi interessi nazionali appartiene al Governo ed al potere centrale", per converso l'"adempimento dei minuti, giornalieri e amministrativi bisogni propri del centro minore che si amministra" spetta alla gestione locale»[2].

Il Comune costituisce dunque il congegno tecnico-giuridico idoneo al soddisfacimento delle necessità di una determinata collettività locale. È sotto questo profilo che si «scopre, per lo meno nel suo impianto ideale, la sua natura (anzi meglio, il suo concepimento) di ente politico; di ente, cioè, che agisce nel generale interesse della relativa collettività umana e che, per ciò, è suscettibile di avere generalità di scopi»[3].

Uno dei profili maggiormente qualificanti del Comune è quindi la sua competenza nel campo delle funzioni facoltative. La legge, che può limitarsi a fissare prescrizioni

[1] G. PALMA, *Indirizzo politico statale e autonomia comunale*, Napoli, 1982, pp. 91 ss.
[2] G. PALMA, *op. cit.*, p. 94.
[3] G. PALMA, *op. cit.*, p. 97.

ISSN 2036-7821

sulla forma della manifestazione di volontà dell'ente locale, riconosce a quest'ultimo una generale competenza ad assumere ogni possibile funzione relativa ai bisogni della collettività stanziata sul relativo territorio[4]. Per cui il Comune può assumere compiti indipendentemente da una specifica previsione legislativa alla sola condizione che si tratti di un interesse specifico e peculiare della corrispondente collettività[5].

Si comprende perché la categoria di funzioni maggiormente idonea alla determinazione del significato di autonomia comunale è quella delle funzioni facoltative. Ad esse è strettamente connessa la questione delle entrate e delle spese, che, lungi dall'interessare solo aspetti di natura finanziaria, coinvolge profili più 'elevati', quali quelli della democraticità e dell'autonomia del Comune: se quest'ultimo si limitasse a riportare in bilancio le sole voci riguardanti le funzioni obbligatorie, ossia quelle previste dalla legge, il suo «compito sarebbe finito e non avrebbe più ragione di esistere»[6].

3. La finanza comunale dall'unificazione d'Italia ai primi de-cenni del '900.

La discussione sulla finanza locale, in particolare per quel che riguarda lo spazio di discrezionalità nella fissazione delle imposte comunali necessarie a supportare l'autonomia di cui ontologicamente gode il Comune, si pose sin dai primi momenti della unificazione. La sua prima organica sistemazione giunse con la legge n. 2248/1865, il cui All. A diede vita a un sistema tributario semplice e tutto sommato ben congegnato.

Ispirato al principio della comunione di cespiti tra Stato ed ee.ll., il sistema tributario comunale si basava sul dazio di consumo e sulla sovraimposizione applicabile a tutte le imposte speciali.

Tuttavia, l'atteggiamento di benevola astensione nei confronti della tassazione locale da parte dello Stato lasciò ben presto spazio all'interventismo: nel corso degli anni a venire frequenti diverranno gli atti normativi rivolti a soddisfare le necessità centrali, via via crescenti a causa delle crisi economiche soprattutto del comparto agricolo. Necessità che inevitabilmente finiranno per alterare il sistema.

I maggiori introiti fiscali richiesti dall'apparato centrale verranno ricavati a scapito del Comune, la cui situazione finanziaria non può prescindere da quella generale: l'accresciuta pressione fiscale viene bilanciata dal contenimento del prelievo locale, in modo che lo sforzo richiesto alla comunità si presenti sopportabile.

Inizia in questo modo il deterioramento delle casse comunali, il quale è foriero di problemi enormi considerata l'espansione della dimensione cittadina e della relativa

[4] G. PALMA, *op. cit.*, p. 66.

[5] G. PALMA, *op. cit.*, p. 102, ricorda che tale capacità era tipizzata nell'art. 117 della legge comunale di unificazione.

[6] G. PALMA, *op. cit.*, p. 371, riportando il pensiero di P. Lacava espresso in *Finanza locale in Italia*, del 1896.

ISSN 2036-7821

accelerazione dell'urbanesimo. Sono anni in cui la vocazione sociale del Comune va amplificandosi, parallelamente alla dimensione della spesa, che, però, a dispetto della necessità di garantire agli abitanti un numero crescente di costosi servizi, si accinge a subire un traumatico rallentamento.

Le sovraimposte vennero limitate alla sola ricchezza immobiliare. Di contro, venne estesa l'applicazione dei dazi di consumo, dando ai Comuni la possibilità di introdurre nuove imposte, le quali tuttavia si mostrarono poco produttive.

Erano passati pochissimi anni dall'unificazione e lo Stato aveva deciso di inoltrarsi nella strada della progressiva riduzione della tassazione locale sulla ricchezza mobile, operando un graduale assorbimento dei cespiti che dal legislatore del 1865 erano stati riservati ai Comuni.

Alle finanze comunali il colpo decisivo fu assestato dalla legge n. 5784/1870, che privò gli ee.ll. della sovrimposta sulla ricchezza mobile. Per compensazione, ai Comuni fa assegnata la tassa sugli esercizi e sulle rivendite.

Alla limitazione in parola seguì quella sulle spese: nel 1874, con legge n. 1961, si stabilì che l'aumento dei centesimi addizionali potesse essere autorizzato dalle Deputazioni provinciali se destinato a spese facoltative ma dipendenti da impegni di carattere continuativo assunti in precedenza rispetto alla pubblicazione della legge stessa.

La legislazione iniziò dunque a praticare una distinzione tra spese facoltative e obbligatorie, con l'obiettivo di alleggerire il peso finanziario locale.

L'autonomia comunale, che avrebbe dovuto essere garantita dalla legge, viene per tale via fortemente compromessa. E ben presto inizia a farsi strada il dubbio che gli interventi del primo decennio post-unificazione non avessero il carattere della contingenza, ma viceversa esprimessero il modo di far politica delle autorità statali[7].

Prova ne fu la legge Crispi del 1889, in cui la limitazione del potere impositivo degli ee.ll. consentì l'ampliamento dell'area di tassazione erariale.

Ciò non bastò per consentire allo Stato di raggiungere il pareggio di bilancio. Ragion per cui iniziò a farsi strada la tendenza a rovesciare sui Comuni le spese statali. Questi ultimi dovettero così ricorrere all'indebitamento, che finì per portare alcuni grandi Comuni sull'orlo del fallimento – ciò che richiese il loro salvataggio da parte dello Stato.

La situazione della finanza locale aveva cominciato a squilibrarsi in maniera difficilmente riparabile. I problemi si acuirono nel '900, in cui le entrate finirono per essere molto inferiori alle spese, che invece aumentarono a dismisura nel corso del conflitto bellico 1915-1918.

In questo frangente storico lo stato della finanza locale divenne drammatico e la

[7] L'incipiente mutamento dell'orientamento statale in ambito di finanza locale, di cui brevemente si è discorso in questo paragrafo, viene minuziosamente descritto in G. PALMA, *op. cit.*, pp. 399 ss.

ISSN 2036-7821

tassazione comunale divenne insopportabile. Così, a far data dal 1 gennaio 1923, il Governo dispose il blocco delle sovrimposte.
La potenzialità dell'azione comunale andava spegnendosi. Nella maggior parte dei casi le funzioni facoltative consentite risultavano essere solo quelle previste dalla legge, il che le rendeva di fatto obbligatorie.
Remota era la possibilità di condurre politiche locali, ossia di assecondare e promuovere lo sviluppo civile delle rispettive collettività. Ed è anche su questo piano che «si realizza il tanto auspicato, ma scarsamente fertile, principio del "tutto dentro lo Stato"»[8].

4. Segue: dalla riforma del 1931 a quella del 1960.

La relazione tra finanza statale e locale si era venuta conformando in maniera caotica. Così nel 1931 vide la luce la prima legge generale avente ad oggetto la finanza locale (R.D. n. 1175) improntata al principio secondo cui ogni potere emanava dallo Stato[9].
Per le sovrimposte furono stabiliti tre limiti che i Comuni potevano essere autorizzati a raggiungere dalla Giunta provinciale amministrativa. Se il pareggio di bilancio non fosse ancora stato conseguito la Commissione centrale per la finanza locale avrebbe imposto delle economie e, semmai, l'aumento dei tributi e l'applicazione di nuove imposte di consumo.
L'incessante sviluppo delle funzioni degli ee.ll. rese necessario un continuo adeguamento tra entrate e spese: così il testo del 1931 dovette essere integrato al fine di garantire l'erogazione dei servizi pubblici essenziali. Il deteriorarsi della finanza locale fu comunque inevitabile, anche perché il costo della guerra, soprattutto per il ripristino delle infrastrutture per l'erogazione dei servizi, fu enorme. E l'aumento della spesa delle funzioni comportò un inevitabile incremento di quelle per l'ammortamento dei mutui.
Seguirono altri interventi statali rivolti a riordinare e semplificare il sistema tributario: la legge 703/1952, che contribuì poco al miglioramento della dissestata situazione locale: troppo diversa si presentava la situazione nelle varie zone d'Italia per permettere che tutti i Comuni, soprattutto quelli più bisognosi, si risollevassero; e la l. 1014/1960, che compì una ulteriore limitazione della facoltà d'imposizione locale.
L'orientamento del legislatore era da tempo chiaro: lasciare ai Comuni soltanto pochi tributi, benché di gettito rilevante, per poi intervenire con contributi statali al fine di soddisfare i bisogni pubblici. Talché, la finanza comunale si presentava oramai interamente derivata, con la sostanziale impossibilità da parte dei Comuni di assumere funzioni facoltative.

[8] G. PALMA, *op. cit.*, p. 557.
[9] L'evoluzione della finanza locale ad opera della legislazione intervenuta dal 1931 al 1960 è illustrata da U. PERUGINI, *Le finanze comunali*, in M.S. GIANNINI (a cura di), *I Comuni*, Venezia, 1968, pp. 437 ss.

ISSN 2036-7821

5. Il sopraggiungere della Costituzione.

L'ultimo tratto di legislazione statale raccontato nel paragrafo precedente si era svolto già in vigenza della Carta costituzionale.

Nell'articolato di quest'ultima al sistema della finanza pubblica era stato dedicato l'art. 119, la cui originaria formulazione si rivolgeva alle sole Regioni, riconoscendo loro «autonomia finanziaria nelle forme e nei limiti stabiliti da leggi della Repubblica, che la coordinano con la finanza dello Stato, delle Province e dei Comuni» (co. 1). Tale autonomia finanziaria si nutriva di «tributi propri e quote di tributi erariali» commisurate «ai bisogni […] per le spese necessarie ad adempiere le loro funzioni normali» (co. 2), oltre che di «contributi speciali» «per provvedere a scopi determinati, e particolarmente per valorizzare il Mezzogiorno e le isole» (co. 3)[10].

La vecchia versione dell'art. 119 Cost. sanciva tanto il principio della congruità delle entrate tributarie rispetto ai bisogni dell'ente, quanto la necessità del coordinamento tra la finanza regionale e quella statale, da un lato, e quella di Comuni e Province, dall'altro[11].

La disciplina costituzionale trovò formalmente attuazione per la prima volta nel 1970 con la legge n. 281, e poi nell'anno successivo con la l. n. 825, a mezzo delle quali il legislatore continuò l'opera di accentramento del potere fiscale in capo allo Stato, lasciando agli ee.ll. solamente una certa libertà di bilancio.

All'alba degli anni '90 si verificò una lieve inversione di tendenza nei rapporti finanziari tra lo Stato e gli ee.ll.: l'art. 54 della n. 142/1990 riconobbe a Comuni e Province «autonomia finanziaria fondata su certezza di risorse proprie e trasferite», assicurando loro «potestà impositiva autonoma nel campo delle imposte, delle tasse e delle tariffe».

All'epoca, tale disposizione sembrò costituire lo spartiacque tra la finanza totalmente derivata e la nascita, a Costituzione invariata, di un sistema di finanziamento su base locale fondato su risorse proprie di ciascun livello di governo.

Peraltro, il legislatore prese a disciplinare anche il fronte dell'autonomia finanziaria di entrata: la l. n. 133/1999 e il successivo d.lgs. n. 56/2000 regolavano entrate e perequazione, abolendo parte dei trasferimenti statali a destinazione vincolata, cui subentravano le compartecipazioni ai tributi erariali[12].

---

[10] Sulla originaria formulazione dell'art. 119 Cost., si v., tra gli altri, U. ALLEGRETTI, A. PUBUSA, *Artt. 119-120*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Le Regioni, le Province, i Comuni, art. 114-120*, Tomo I, Bologna-Roma, 1985, pp. 337 ss.

[11] A. BRANCASI, *Le trasformazioni dell'assetto e del governo della finanza pubblica negli ultimi cinquanta anni*, in *Dir. pubbl.*, 2018, pp. 413 ss., p. 424, riteneva il vecchio testo dell'art. 119 «abbastanza equilibrato», soprattutto in considerazione del fatto che prevedeva due fondi rivolti a ridimensionare gli squilibri territoriali, i quali allo stesso tempo servivano a limitare la discrezionalità dello Stato.

[12] L'autonomia finanziaria comunale dalla legge del 1970 fino al D.Lgs. 267/2000 è descritta in F. STADERINI, P. CARETTI, P. MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, Padova, 2022, pp. 396 ss.

ISSN 2036-7821

6. I vincoli europei degli anni '90.

L'assetto dei rapporti finanziari tra i componenti della Repubblica da un certo punto in poi è stato significativamente influenzato dall'ordinamento europeo, che fin dal Trattato di Maastricht ha introdotto il divieto di disavanzi pubblici eccessivi.

La materia è stata poi disciplinata dal Patto di stabilità e crescita, comprendente tre distinti atti collegati tra loro, la risoluzione del Consiglio europeo di Amsterdam del 12.6.1997 e due regolamenti (del 7.7.1997, nn. 1446 e 1447), rispettivamente dedicati alla «sorveglianza multilaterale» e alla «procedura per i disavanzi eccessivi»[13].

Alla prima versione del PSC conseguì la introduzione del Patto di stabilità interno (PSI), il quale ha obbligato gli ee.tt. a ridurre progressivamente il finanziamento in disavanzo delle proprie spese, da un lato, e il rapporto tra il proprio ammontare di debito e il PIL, dall'altro.

Molte sono le versioni del PSI che negli anni si sono succedute: tutte contenevano regole di contrazione delle spese e di miglioramento dei saldi, benché mai direttamente correlate all'obiettivo europeo di medio termine. Legiferando in questo modo lo Stato, nel mentre sembrava aver avviato il processo di progressivo smantellamento del sistema di finanza pubblica derivata (ampliando l'autonomia di entrata), al tempo stesso erodeva ulteriori spazi di autonomia agli ee.ll., imponendo tagli generalizzati senza considerare la condizione di ciascuno di questi.

Nella stagione normativa 2015-2016 il PSI è stato sostituito da un meccanismo più semplice: a decorrere dall'anno 2017 gli ee.ll. devono conseguire soltanto il saldo non negativo in termini di competenza tra le entrate finali e le spese finali, pena l'applicazione di sanzioni riguardanti soprattutto la riduzione delle entrate provenienti da alcuni fondi[14].

7. La riforma dell'art. 119 Cost.

All'inizio del nuovo secolo, in risposta soprattutto alla inefficienza espressa dal centralismo, si avvertì la necessità di dare più completa attuazione al disegno autonomista contenuto nella Costituzione del 1948, la cui piena realizzazione aveva trovato tra i principali ostacoli proprio la disciplina della finanza pubblica: una diversa organizzazione finanziaria sarebbe servita a distribuire meglio le risorse e, per conseguenza, a esaltare la diversità delle scelte.

Si è così giunti alla riforma del titolo V, parte II, della Costituzione, con la profonda modifica (anche) dell'art. 119 Cost., la nuova formulazione del quale si presentava molto innovativa rispetto a quella previgente.

---

[13] Il quadro normativo europeo, dal divieto di disavanzi eccessivi ai più recenti sviluppi generati dalla crisi economica e finanziaria mondiale intervenuta nella seconda metà del primo decennio del secolo, viene illustrato da A. BRANCASI, *Bilancio (Equilibrio di)*, in *Enc. Dir.*, Annali VII, Milano, 2014, pp. 167 ss., 173 ss.

[14] F. STADERINI, P. CARETTI, P. MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, cit., pp. 424 ss.

ISSN 2036-7821

Sotto il versante delle entrate, la disposizione in parola prevede che gli ee.tt. «hanno autonomia finanziaria» (co. 1): in particolare questi «hanno risorse autonome», costituite da «tributi ed entrate propri» (che «stabiliscono ed applicano») e da «compartecipazioni al gettito dei tributi erariali riferibili al loro territorio» (co. 2). Inoltre, detti enti, ma solo se esponenziali di «territori con minore capacità fiscale per abitante», utilizzano, «senza vincoli di destinazione», una quota del fondo perequativo istituito con legge dello Stato (co. 3).
Tutte le entrate appena elencate devono consentire «di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite» (co. 4): viene così costituzionalizzato il principio della sufficienza delle risorse rispetto al fabbisogno necessario per l'esercizio dei compiti attribuiti a ciascun ente.
La creazione del sistema discendente da questo principio è da subito sembrato un problema di non facile risoluzione: passaggio ineludibile avrebbe dovuto essere la cessione da parte dello Stato di una percentuale (piuttosto ampia, considerato l'art. 118 Cost.) di propria imposizione ai livelli di governo ad esso 'inferiori', l'ammontare della quale, sommato alle (ulteriori) risorse autonome di ciascun ente, avrebbe reso possibile il soddisfacimento della clausola di autosufficienza finanziaria, che doveva essere quantificata preliminarmente[15]. In altre parole, lo Stato avrebbe dovuto individuare, previa determinazione dei livelli essenziali di prestazione (LEP) e del costo delle funzioni fondamentali, la percentuale di propria pressione fiscale da cedere, riservando alcune aree di prelievo agli ee.ll.
Il cerchio avrebbe dovuto chiudersi con l'eventuale intervento del fondo perequativo, che, in quanto vocato alla eliminazione (o comunque al temperamento) delle differenze tra i vari ee.tt. (del medesimo livello di governo), avrebbe dovuto consentire a ciascuno di questi ultimi di fornire ai cittadini un livello soddisfacente di servizi senza ricorrere a una eccessiva diversificazione della imposizione sul territorio nazionale.
Oltre al fondo perequativo, lo Stato dispone di ulteriori strumenti correttivi, potendo destinare risorse aggiuntive ed effettuare interventi speciali «per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale» e «per rimuovere gli squilibri economici e sociali», così da «favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona», e comunque «per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni» (co. 5)[16].

[15] In virtù del fatto che le funzioni amministrative vengono svolte preferibilmente dai Comuni e, in attuazione dell'art. 118 Cost., eventualmente da Province e Regioni, e solo per ultimo dallo Stato, la clausola di autosufficienza finanziaria comporta che quest'ultimo ceda agli altri livelli di governo una parte della propria imposizione, istituendo su di essa compartecipazioni o trasformandola in tributi propri, così al tempo stesso limitando il proprio potere impositivo (A. BRANCASI, *Uguaglianze e diseguaglianze nell'assetto finanziario di una Repubblica federale, in Dir. pubbl.*, 2002, pp. 909 ss., pp. 937 s.)

[16] In proposito A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali: note esegetiche sul nuovo art. 119 Cost.*, in *Le Regioni*, 2003, pp. 41 ss.

ISSN 2036-7821

Purtroppo, la riforma costituzionale è rimasta inattuata e questo ha finito per pregiudicare ulteriormente i Comuni[17]. Ciò è avvenuto anzitutto a causa delle prime pronunce della Corte costituzionale sull'articolo 119 Cost., le quali hanno avuto ad oggetto l'autonomia tributaria regionale, di fatto producendo l'effetto di congelarla: infatti la Corte ha posto il preventivo intervento legislativo statale di coordinamento come la condizione cui è subordinato l'esercizio del potere delle regioni di istituire nuovi tributi[18].

È ben evidente che un siffatto orientamento giurisprudenziale avrebbe consigliato quantomeno di continuare a tenere in piedi il regime di finanza derivata fino ad allora vigente con l'obiettivo di sostenere gli ee.tt. in attesa dell'attuazione dell'art. 119 Cost. Ed invece nel corso degli anni v'è stata una progressiva e sempre più significativa limitazione dei trasferimenti statali, con un impatto sugli ee.ll. molto forte pure in ragione dell'aumento dei compiti da svolgere, i quali sovente sono risultati privi di copertura finanziaria anche per effetto della giurisprudenza costituzionale, che ha ritenuto illegittimi i trasferimenti in quanto risorse derivate[19].

Oltre a quella di entrata, gli ee.tt. hanno autonomia finanziaria di spesa, che, al pari della prima, è strumentale a svolgere i compiti loro attribuiti.

Nell'esercitarla possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento (art. 119 Cost., co. 6). Con tale previsione il legislatore costituzionale ha introdotto un importante limite alla spesa pubblica, il quale, per un verso, contribuisce al 'dimagrimento' di questa; per un altro, dovrebbe evitare il sorgere di questioni equitative con le generazioni future.

Al di là del divieto appena richiamato, l'autonomia finanziaria di spesa è stata fortemente compressa dalla legislazione statale, talvolta fatta salva dalla Corte costituzionale sulla scorta di una interpretazione estensiva del potere di coordinamento statale[20].

Le analisi condotte hanno tutte condiviso la conclusione secondo cui l'impatto che l'esercizio di questa potestà ha avuto sull'autonomia finanziaria (in termini di riduzione delle risorse a disposizione degli ee.ll. e di limitazioni alle loro politiche) è stato fortissimo. Per tale via la giurisprudenza costituzionale ha finito per contribuire al mantenimento quasi totale da parte dello Stato dei suoi pregressi poteri, sebbene l'autonomia finanziaria di spesa *ex* art. 119 Cost. – così come la stessa Corte ha spesso

[17] Che l'inattuazione dell'art. 119 Cost. abbia comportato il fallimento dell'intero disegno riformatore di natura autonomistica è convinzione molto diffusa in dottrina. Tra gli altri V. CERULLI IRELLI, *Fattori e problemi della inattuazione costituzionale (brevi riflessioni con Luciano Vandelli)*, in *Ist. Fed.*, 2019, pp. 13 ss., p. 16; L. ANTONINI, *Federalismo fiscale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. X, 2017, pp. 409 ss., p. 413.

[18] C. cost., 26.9.2003, n. 296, In proposito A. BRANCASI, *Per «congelare» la potestà impositiva delle Regioni la Corte costituzionale mette in pericolo la loro autonomia finanziaria*, in *Giur. cost.*, 2003, pp. 2562 ss.

[19] C. cost., 16.6.2005, n. 231.

[20] C. cost., 26.1.2004, n. 36.

ISSN 2036-7821

affermato[21] – avrebbe dovuto sopportare solo la etero-definizione degli obiettivi (in larga parte discendenti dall'UE), da esprimersi attraverso la determinazione di un limite complessivo (e temporaneo) di spesa, lasciando agli ee.tt. ampia libertà nel trovare il modo di perseguirli[22].

Al fine di dare attuazione al disegno costituzionale è stata approvata la l. delega n. 42/2009, sulla cui base sono stati poi emanati vari decreti legislativi (d.lgs. n. 85/2010; d.lgs. n. 156/2010; d.lgs. n. 216/2010; d.lgs. n. 23/2011; d.lgs. n. 68/2011; d.lgs. n. 88/2011; d.lgs. n. 118/2011; d.lgs. n. 149/2011; d.lgs. n. 61/2012), che a loro volta hanno demandato ad altri atti normativi una serie di adempimenti[23].

Il sistema è stato però definito nei suoi aspetti portanti. In primo luogo, è stata prevista una diversificazione del modello di finanziamento a seconda della natura delle funzioni, assicurandosi una copertura totale (con una perequazione integrale) solo alle funzioni riconducibili ai LEP e a quelle fondamentali *ex* art. 117, co. 2, lett. m) e p), Cost. In secondo luogo, è stato superato il criterio della spesa storica in favore di quello basato sulla individuazione preventiva dei costi/fabbisogni standard delle funzioni essenziali e di quelle fondamentali, alla luce dei quali verrà determinata anche la perequazione, che, viceversa, per le altre funzioni dovrà essere calcolata in base alla capacità fiscale. In terzo luogo, è stata riconosciuta alle Regioni la possibilità di istituire sia tributi regionali e locali, sia compartecipazioni in favore degli ee.ll.[24].

Dopo una promettente fase iniziale, l'attuazione della l. n. 42/2009 pare trovarsi ad un punto morto, anzitutto per la crisi economica e sanitaria che ha riguardato (non solo) l'Italia, che, da un lato, rende difficile mettere in pratica un cambiamento istituzionale tanto significativo, e, da un altro, ha condotto lo Stato a tenere un comportamento in contraddizione con il cambiamento stesso, praticando tagli lineari pesantissimi, in tal modo finendo per pregiudicare soprattutto le realtà locali virtuose[25].

---

[21] C. cost., 24.3.2016, n. 64.

[22] Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale del primo lustro successivo alla riforma del 2001 si v. A. BRANCASI, *La finanza regionale e locale nella giurisprudenza costituzionale sul nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 857 ss.

[23] F. STADERINI, P. CARETTI, P. MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, cit., pp. 413 ss.

[24] Benché costituisse un passo in avanti nell'attuazione dell'art. 119 Cost., non può non osservarsi che anche la l. 42/2009 si caratterizza per avere contenuti 'figli' dell'egemonia statale, tanto nel metodo, quanto nel merito. Nel metodo, recependo l'orientamento della Corte, lo Stato, in via esclusiva e dunque a dispetto del fatto che il sistema dovrebbe formarsi ed evolversi in esercizio della potestà legislativa concorrente, ha fissato i principi fondamentali del coordinamento e in loro attuazione ha individuato gli spazi propri della fiscalità regionale e locale. Nel merito, la legge delega ha ridotto in modo ancor più marcato rispetto a quanto fosse necessario in base alla interpretazione della Corte costituzionale gli spazi dell'autonomia regionale; a loro volta i decreti di attuazione hanno interpretato la delega finanche in maniera riduttiva, creando una fiscalità regionale e locale fatta sostanzialmente di risorse derivate. In proposito L. SALVINI, *Federalismo fiscale (dir. trib.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. X, 2017, pp. 422 ss., p. 426.

[25] Sull'attuazione dell'art. 119 Cost. anche tramite la l. 42/2009 v. L. ANTONINI, *Federalismo fiscale*, cit., pp. 409 ss.

ISSN 2036-7821

8. L'introduzione in Costituzione dell'equilibrio di bilancio.

La crisi economica e finanziaria mondiale giunta a cavallo dei primi due decenni del nuovo secolo ha comportato un ulteriore cambiamento della disciplina europea, avvenuto dapprima con il c.d. *Six Pack* – comprendente cinque regolamenti (reg. UE 16.11.2011, nn. 1173, 1174, 1175, 1176; reg. UE 8.11.2011, n. 1177) e una direttiva (8.11.2011, n. 2011/85/UE) –, le cui regole sono state di seguito riprodotte con alcuni aggiustamenti nel c.d. *Fiscal compact* (Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance dell'Unione economica e monetaria), stipulato nel 2012 tra molti dei Paesi dell'Unione europea (anche estranei all'area euro), il quale ha reso più incisivo l'obbligo del recepimento delle regole europee negli ordinamenti nazionali: gli Stati aderenti al Trattato avrebbero dovuto farle proprie «tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionali – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio» (art. 3, co. 2).

In ottemperanza alla disciplina europea – ma anche per recuperare credito nei confronti degli investitori, la cui sfiducia ha generato nel 2011 un vertiginoso aumento dei tassi di interesse sui titoli di Stato – sono stati modificati (tramite la legge costituzionale n. 1/2012) gli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost.

Il cuore della riforma costituzionale si rinviene nella nuova versione dell'art. 81 Cost., il quale, tra l'altro, dispone che lo «Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico» (al co. 1); e che «il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e […] al verificarsi di eventi eccezionali» (co. 2)[26].

Appare piuttosto evidente che l'art. 81 imponga un certo tipo di politica di finanza pubblica, caratterizzata senz'altro dalla riduzione della spesa pubblica e, se necessario, dall'aumento della pressione fiscale.

E che la riforma costituzionale sia funzionalizzata ad imporre una politica finanziaria restrittiva può agevolmente desumersi dall'art. 97, il quale prevede che tutto il comparto pubblico debba assicurare «l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico» (co. 1); nonché dall'art. 119, il quale, al co. 1, precisa che gli ee.tt. hanno autonomia finanziaria «nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti

[26] Sul riformato art. 81 cost., si v., tra gli altri, A. BRANCASI, *Bilancio*, cit., 178 ss.; F. GALLO, *Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e il tramonto dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Rass. trib.*, 2014, 1199 ss.; F. BILANCIA, Spending review *e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 45 ss.; G. DI GASPARE, *L'art. 81 della Costituzione, abdicazione della sovranità finanziaria dello Stato?*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2014; AA.VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità (Atti del LVIII Convegno di Studi. Varenna Villa Monastero, 20-22 settembre 2012)*, Milano, 2103.

ISSN 2036-7821

dall'ordinamento dell'Unione europea»; e, al co. 2, nel ribadire che l'indebitamento è ammesso solo per finanziare investimenti, aggiunge che lo stesso necessita della «contestuale definizione di piani di ammortamento» e che comunque vi si potrebbe fare ricorso solo «a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio».
In generale, può dirsi che la l. cost. n. 1/2012 ha tradotto nell'ordinamento italiano i medesimi vincoli che l'UE impone agli Stati membri – vincoli che hanno trovato poi specificazione con la l. 243/2012.
Giudicando la riforma nella sua interezza e al di là del periodo economico particolarmente delicato in cui è stata approvata, è da condividere l'idea di imputare a tutti i centri di spesa una parte di responsabilità per il raggiungimento degli obiettivi europei, riconoscendo un ruolo di coordinamento allo Stato.
Malgrado ciò nella nuova disciplina costituzionale e nella l. n. 243/2012 si ritrovano le medesime contraddizioni che hanno caratterizzato la legislazione ordinaria degli ultimi venti anni: a ben vedere, le disposizioni che comprimono l'autonomia degli ee.ll. sono molteplici, la riforma sembrando in nulla dissimile dalla tipica manovra che si compie nei momenti di crisi economica nei sistemi pluralistici, durante i quali l'autonomia di spesa degli enti periferici viene fortemente contenuta, così che le principali politiche di intervento pubblico vengono spostate a livello centrale[27].
In tal modo finiscono per essere pregiudicati soprattutto gli enti virtuosi, principalmente sui quali, con ogni probabilità, finirà il peso del perseguimento dell'obiettivo di medio termine, essi avendo più stabilità e risorse.
Merita infine di essere sottolineato che, nonostante le regole costituzionali sul bilancio siano cambiate nel senso illustrato, l'art. 119 è rimasto sostanzialmente immutato. Ciò nonostante, alla luce del ruolo che la nuova disciplina ritaglia per lo Stato, il quale deve definire il concorso degli ee.ll. al conseguimento dell'obiettivo di medio termine e alla riduzione del debito complessivo, pare chiaro che la norma in parola non sia sufficiente a preservare la loro autonomia finanziaria, ciò contribuendo a rendere ancor più evidente che quel 'frazionamento di sovranità' (costituzionalmente previsto) tra i diversi componenti della Repubblica è lontano dal realizzarsi in concreto.

9. La finanza comunale nell'ultimo lustro.

L'attuale situazione dei Comuni continua a essere caratterizzata da una forte contraddizione tra il loro spessore autonomistico e la contrazione finanziaria cui sono soggetti.
In un quadro già difficile, anche per la riduzione complessiva del personale, si è

[27] A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali di fronte ai vincoli europei ed alla riforma costituzionale sul pareggio di bilancio*, in *Regioni*, 2014, pp. 49 ss., pp. 72 ss.

ISSN 2036-7821

innestata l'emergenza pandemica, che ha costretto lo Stato a istituire un Fondo per l'esercizio delle funzioni fondamentali degli ee.ll.
Una inversione di tendenza si poteva attendere grazie alle risorse del PNRR, il 35% delle quali (in particolare quelle della Missione 5 "Inclusione e coesione" e della Missione 6 "Salute") sono destinate a essere utilizzate proprio dagli ee.ll.
Epperò, si tratta di una situazione eccezionale, che non sposta l'assetto complessivo della finanza pubblica.
In fondo i Comuni continuano a faticosamente sopravvivere grazie a fonti di finanziamento di natura fiscale etero-definite: IMU, TARI, TOSAP, addizionale IRPEF, cui va aggiunta qualche imposta di scopo[28].
D'altra parte l'attuale tendenza legislativa resta fedelmente ancorata alla tradizione post-riforma del 2001, come si induce da alcuni recenti interventi legislativi cui è spettato il compito di tratteggiare le linee portanti del sistema di finanza pubblica del prossimo futuro: sistema che perdurerà a essere caratterizzato dal predominio della legislazione statale, dal carattere binario delle relazioni intergovernative (con la conseguente marginalizzazione del ruolo delle Regioni), dalla natura derivata delle risorse a disposizioni dei Comuni[29].
Questa struttura verticistica – figlia della gerarchia tra interessi pubblici, all'apice della quale v'è la tutela dei conti pubblici – è altresì alla base dell'attribuzione ad alcune autorità governative di potestà amministrative strettamente connesse con la funzione di coordinamento della finanza statale con quella locale[30]: si pensi al potere del MEF di definire (con atto non regolamentare) i criteri e le modalità di ricorso dei Comuni all'indebitamento.

10. Una breve chiusura.

La disciplina statale di cui si è dato rapidamente conto, nonostante abbia attraversato un periodo temporale lungo oltre 160 anni, ha un elemento di forte continuità: il proposito di dare priorità al soddisfacimento delle necessità statali, anche se ciò comporti l'impoverimento delle politiche locali.
Per il vero, richiamando l'insegnamento riportato nelle pagine iniziali dello scritto

[28] F. STADERINI, P. CARETTI, P. MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, cit., pp. 405 ss.

[29] In proposito si v. l'*Intervento* sullo stato di attuazione e sulle prospettive del federalismo fiscale (anche con riferimento ai relativi contenuti del Piano nazionale di ripresa e resilienza) di A. ZANARDI, consigliere dell'Ufficio parlamentare di bilancio, tenuto in occasione dell'audizione presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale il 20 ottobre 2021 – *Intervento* reperibile all'indirizzo *https://www.upbilancio.it/audizione-sul-federalismo-fiscale-anche-con-riferimento-ai-contenuti-del-pnrr*.

[30] In proposito G. DELLA CANANEA, *Finanza pubblica*, in *Enc. dir.*, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, pp. 514 ss., pp. 525 ss., secondo il quale «L'emanazione di una cornice legislativa – il cosiddetto patto di stabilità interno – decisamente rigida; la predisposizione di una serie di atti direttivi a contenuto tecnico, l'acquisizione di informazioni al fine non solo di monitorare gli andamenti della finanza regionale e locale ma anche di correggerli: tutti questi aspetti sono alla base del processo mediante cui si è cercato di assicurare un nuovo punto di equilibrio tra l'interesse generale – la stabilità delle finanze pubbliche – e gli interessi dei vari enti territoriali» (p. 526).

ISSN 2036-7821

secondo cui l'adempimento dei grandi interessi nazionali appartiene al potere centrale mentre quello dei minuti bisogni della comunità locale spetta al Comune, il proposito in parola potrebbe sembrare tutto sommato giustificato.
Eppure, ad attentamente riflettere, la centralizzazione del sistema di finanza pubblica si presenta non meno rischioso del suo decentramento: se quest'ultimo è considerato particolarmente pericoloso per la tenuta dei conti pubblici[31] non lo è meno l'ulteriore accentramento delle politiche di intervento pubblico.
Attualmente, il compito di soddisfare i diritti delle persone è di fatto divenuto prerogativa esclusiva dello Stato, il che, a tacer d'altro, ha una portata garantista piuttosto circoscritta[32] – a maggior ragione se l'intervento perequativo previsto risulti insufficiente[33]. La tutela dei diritti praticata a livello centrale tende a sorvolare sulle esigenze peculiari provenienti dai territori, le quali è fortemente possibile restino inappagate.
Rivendicando spazi di autonomia non ci si lamenta dunque della riduzione di un mero, astratto, spazio decisionale locale. Viceversa, si prova a evitare di disconoscere le peculiarità antropologiche, la diversità dei territori e i differenti bisogni che da questi derivano: bisogni che si traducono nell'assunzione delle funzioni facoltative e che non possono andare dispersi nella generalità delle politiche statali.

[31] È tuttavia indimostrato che il centralismo sia in grado di migliorare le possibilità di raggiungere gli obiettivi generali di finanza pubblica. In merito sia consentito rinviare ad A. DE SIANO, *Il decentramento della finanza pubblica a venti anni dalla riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione. Storia di un fallimento rileggendo Antonio Brancasi*, in *Dir. pubb.*, 2022, pp. 79 ss., p. 104.

[32] Lo sottolineano C. PINELLI, *Cinquant'anni di regionalismo, fra libertà dallo Stato e culto per l'uniformità*, in *Dir. pubbl.*, 2020, pp. 749 ss., p. 760, nonché L. ANTONINI, *Federalismo fiscale*, cit., pp. 413 s.

[33] Basti pensare che la l. n. 42/2009 assicura la perequazione fiscale solamente per le funzioni riconducibili ai LEP nonché per quelle fondamentali *ex* art. 117, co. 2, lett. *m)* e *p)*, Cost. Questa limitazione, a tutt'oggi dai contenuti ancora incerti, è destinata a rendere cronicamente inadeguata la provvista di risorse per finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite. In proposito deve registrarsi qualche (ma comunque lontano dal verificarsi) avanzamento affinché quantomeno l'obiettivo minimo posto dalla l. n. 42/2009 possa essere raggiunto. Il d.l. n. 124/2019 ha rivisto l'impianto della perequazione comunale, prevedendo che, al termine del periodo di transizione (2030), il Fondo di solidarietà comunale sia basato integralmente sulla differenza tra fabbisogni standard e capacità fiscali standard, cancellando così il tetto del 50% della capacità fiscale perequabile (il cosiddetto *target* perequativo) e abbandonando ogni riferimento al criterio storico. Qualche novità di portata più significativa riguarda la perequazione infrastrutturale, il cui processo è stato riavviato con la l. n. 178/2020, e, successivamente, con il d.l. n. 121/2021. In particolare, è stato riscritto integralmente l'art. 22, l. n. 42/2009 – fin qui rimasto inattuato –, istituendo un nuovo Fondo per la perequazione infrastrutturale. La sua dotazione (dal 2022 al 2033) è tuttavia risibile, né sono previste quote di riserva per il Mezzogiorno. Tali deficienze saranno nell'immediato colmate dal PNRR che ha proprio nella perequazione infrastrutturale uno dei suoi obiettivi.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La funzione di ispettorato sociale dei Garanti regionali per l'Infanzia e l'Adolescenza.

di Alessandro Di Martino

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

Sommario

1. L'ispettorato sociale nel quadro giuridico nazionale e regionale. 2. Le caratteristi-che della funzione di ispettorato sociale che andrebbero riconosciute Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza. 2.1. Rischi e benefici sottesi alla funzione di ispettorato sociale del Garante dell'infanzia e dell'adolescenza: brevi cenni. 3. Il Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza come organo 'filtro' della relazione tra assi-stenti sociali e Tribunale per i minorenni. 4. Ispettorato sociale e vigilanza collaborativa: alcune proposte.

Abstract

The social inspectorate function of the Regional Guarantor Authorities for children and adolescents still represents an aspect little investigated by legal and sociological science, but nevertheless represents a topic on which the Regional Guarantors themselves, starting from the national regulation, which is indeed incomplete , intend to make improvements with the aim of enhancing and maximizing the protection of minors.

The work certainly does not intend to retrace the evolution of the figure of the Regional Ombudsmen for Children and Adolescents, who, in the perspective of maximizing what was stated by the 1989 UN Convention on the Rights of the Child and by the European Convention on the Rights of Children of 1996, like the national one, should operate as "independent expert figures [...] present in the area, easily accessible, capable of perceiving with a non-sectoral approach the actual condition of childhood and adolescence in their area.

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

ISSN 2036-7821

1. L'ispettorato sociale nel quadro giuridico nazionale e regionale.

La funzione di ispettorato sociale delle Autorità garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza rappresenta tuttora un aspetto poco indagato dalla scienza giuridica e sociologica, ma nondimeno rappresenta un tema sul quale gli stessi Garanti regionali, prendendo le mosse dalla disciplina nazionale, invero lacunosa, intendono apportare modifiche migliorative con lo scopo di valorizzare e massimizzare la tutela dei minori.

Il lavoro non intende certamente ripercorrere l'evoluzione della figura dei Garanti regionali per l'infanzia e l'Adolescenza, i quali, nella prospettiva di massimizzare quanto affermato dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 e dalla Convenzione europea dei diritti dei fanciulli del 1996, al pari di quello nazionale, dovrebbero operare come "figure indipendenti esperte [...] presenti sul territorio, facilmente accessibili, capaci di percepire con un approccio non settoriale la condizione effettiva dell'infanzia e dell'adolescenza nella loro zona"[1]. La figura del Garante regionale ha assunto un ruolo centrale per una successiva introduzione di un ulteriore organo a livello nazionale, in quanto molte regioni italiane, ancor prima dell'entrata in vigore della legge n. 112 del 2011[2], istitutiva dell'Autorità garante nazionale per l'infanzia e l'adolescenza, che sostiene l'obbligo di agire "nel rispetto del principio di sussidiarietà"[3], avevano già inserito – nonostante forme e modalità di lavoro differenti[4], nonché andamenti ciclici nel senso dell'aumento ovvero della

[1] In questi termini, L. FADIGA, *Il Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza: un attore non convenzionale nelle politiche sociali*, in *Minorigiustizia*, 3, 2018, 107 ss., spec. 108. Sull'indipendenza di tali Autorità, oltre al citato lavoro di Fadiga (114), si rinvia al contributo di P. PANTALONE, *L'incerta natura giuridica dei Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza tra tutela effettiva di diritti e adempimento di doveri intergenerazionali di protezione*, in C. Acocella, F. Pinto (a cura di), *I garanti regionali dell'infanzia e dell'adolescenza tra sistemi di tutele e sistema dei poteri*, in corso di pubblicazione.

[2] Aderendosi, in particolare, all'idea di A. AVERARDI, *Garanti senza mercati. Il caso delle autorità di garanzie regionali delle persone private della libertà e per l'infanzia e l'adolescenza*, in F. Pinto, C. Acocella (a cura di), *op. cit.*, sulle tre "differenti stagioni di istituzione e stabilizzazione dei garanti".

[3] Il criterio della sussidiarietà, secondo alcuni, va concepito nel senso della semplificazione e concentrazione dello svolgimento delle attività a tutela dei minori, ed in particolare "alla necessità di evitare inutili o dannose sovrapposizioni e duplicazioni di attività". In tal senso, R. FUSTANEO, *I diritti civili dei minori dopo l'istituzione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2013, 452. Critico, invece, rispetto alla sussidiarietà così come disposta dall'art. 3 della legge n. 112 del 2011, M. MAGRI, *Le autorità regionali di tutela dei diritti: il caso dell'Emilia-Romagna*, in *Le istituzioni del federalismo*, 4, 2017, 935, il quale ritiene che "si riscontra debolmente, nella legge n. 112/2011, quel tipo di sussidiarietà intesa come criterio residuale di allocazione di funzioni in capo ad autorità di livello territoriale ampio, finalizzato di agevolare l'amministrazione più prossima ai cittadini".

[4] Sono interessanti le notazioni sul punto svolte da R. PREGLIASCO, *Uno sguardo altrove: un confronto tra le autorità garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza e tra le autorità garanti in Europa*, in *Minorigiustizia*, 3, 2018, 88 ss., la quale, nonostante le peculiarità delle singole regioni, sostiene che le aree di intervento riconducibili alle funzioni svolte dai Garanti regionali dei minori siano sette: vigilanza, accoglienza, segnalazione, promozione, partecipazione, erogazione di prestazioni, interventi presso amministrazioni pubbliche e Autorità Giudiziarie.

ISSN 2036-7821

diminuzione delle funzioni[5] – un proprio garante dei diritti dei bambini e degli adolescenti nel sistema organizzativo di politiche sociali[6].

Sul versante nazionale, la funzione di ispettorato sociale risulta essere estremamente celata ed impone all'interprete un rilevante sforzo di interpretazione, anche in ragione della presenza di due disposizioni normative che da questo punto di vista vengono in rilievo. Anzitutto, l'articolo 4 della legge n. 112 del 2011, istitutiva dell'Autorità garante nazionale per l'infanzia e per l'adolescenza, la quale dispone espressamente che la stessa autorità può "*richiedere alle amministrazioni competenti di accedere a dati e informazioni, nonché di procedere a visite e ispezioni, nelle forme e con le modalità concordate con le medesime amministrazioni, presso strutture pubbliche o private ove siano presenti persone di minore età*". La norma sembra estremamente chiara nell'attribuire la funzione ispettiva al Garante nazionale, anche perché, richiamando l'interpretazione di autorevole dottrina per cui le attività ispettive sono funzionali al momento di "acquisizione di scienza [...], al fine di sapere qualcosa"[7], sembrerebbe assolutamente corretto inquadrare nel novero di poteri di tale organo anche quello

[5] In tema, può essere utile rimandare alla mozione, presentata dal *Comitato di Presidenza dell'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia*, sulla struttura e sui compiti del Garante nazionale e dei Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza, pubblicata su *Minorigiustizia*, 2, 2009, 270 ss. In particolare, dal documento emerge nitidamente come vi fosse, circa quindici anni fa, un "sostanziale disinteresse degli enti regione verso questa figura", avvalorato anche dalla eliminazione della stessa ad opera di due regioni e facendone assorbire le funzioni nella figura del difensore civico; ciò avrebbe provocato, evidentemente, una diminuzione di tutela rispetto a quella garantita dal Garante regionale, e ciò sia perché sarà gestita da un organismo (il difensore civico) che dovrà vigilare su una pluralità di soggetti deboli e non solo sui minori, sia perché non sarà più una figura specializzata.". Recentemente, sulla figura del difensore civico, seppure nella prospettiva delle ADR in diritto amministrativo, cfr. N. POSTERARO, *Contributo allo studio della difesa civica quale strumento di risoluzione alternative delle controversie*, Napoli, 2023. Sul rapporto tra difensore civico e Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, cfr. A. CONTALDO, *L'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza alla luce delle previsioni normative nazionali*, in *Familia*, 5, 2020, 551 ss.; secondo R. PREGLIASCO, *ult. op. cit.*, 97, è opportuno operare una netta distinzione della figura del Garante da quella del Difensore civico "perchè solo così può aversi una reale specializzazione del garante per l'infanzia", nonostante la stessa Autrice ritenga comunque fondamentale una sinergia tra le due figure "dandosi reciproca segnalazione di situazioni di interesse comune coordinando la propria attività nell'ambito delle rispettive competenze". Parzialmente differente è l'opinione di E. LAMARQUE, *I garanti comunali per l'infanzia e l'adolescenza*, in *Minorigiustizia*, 3, 2018, 117 ss., ove, per un verso, si ritiene che i Garanti (comunali) per l'infanzia e per l'adolescenza "si pongono come 'redivivi' difensori civici", e per altro verso, tenuto conto delle peculiarità delle prime, la loro introduzione "segna una forte cesura rispetto al modello del difensore civico comunale così come inteso nella legislazione e nella prassi anteriore alla sua soppressione". Vi è, inoltre, chi ritiene che la sovrapposizione funzionale tra difensore civico e Autorità garante per l'infanzia e per l'adolescenza abbia comportato la formazione di un meccanismo di garanzia non adeguatamente coordinato, caratterizzato al tempo stesso da vuoti di tutela e duplicazione di competenze: cfr. R. MEDDA, *L'"Ombudsman" in Italia tra Stato e Regioni: la perdurante assenza di un sistema integrato di garanzia*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 4, 2017, 961 ss. L'ambiguità della relazione tra Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza ed il difensore civico regionale è rilevata, in un giudizio sul trattamento economico del secondo, da Corte cost., 31 gennaio 2020, n. 7, in *Giur. cost.*, 1, 2020, 70.

[6] La rilevanza della tendenza che attiene all'impatto della disciplina regionale su quella nazionale è sottolineata, tra gli altri, da A. ALBANESE, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, in *Le Regioni*, 4, 2014, 721 ss.

[7] Sono parole di S. VALENTINI, *Ispezione (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, 1979, 938.

ISSN 2036-7821

ispettivo per ragioni attinenti ad una maggiore competenza circa la tutela dei minori[8].

Il grado di efficacia di tale potere esercitato dal Garante regionale verrà analizzato successivamente, valutando anche alcune peculiarità dell'istituto della ispezione che si pongono in frizione con il carattere esclusivamente di *moral suasion* delle attività svolte dall'Autorità. Nondimeno non si può evitare di considerare che il quadro normativo di disciplina di tali competenze si è notevolmente irrigidito con l'approvazione del d.lgs. n. 149 del 2015, in virtù del quale, con lo scopo di razionalizzare e semplificare l'attività di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale, *nonché al fine di evitare la sovrapposizione di interventi ispettivi*, ha istituito l'Ispettorato nazionale del lavoro. Su tale provvedimento normativo si è andata a strutturare la proposta di legge della Regione Abruzzo, ai sensi dell'art. 121, co. 2, Cost., che implica l'aggiunta delle funzioni di ispettorato sociale alle funzioni, già previste dalla citata legge del 2015, dell'Ispettorato del lavoro. Tale modifica, come è sostenuto dai Garanti regionali all'esito della proposta di legge, muove dalla circostanza che non può esservi una categoria di soggetti che intervengono nell'ambito pubblicistico, in questo caso dei minori, che non abbia un controllo dedicato.

L'intervento – per così dire, "all'italiana" – del legislatore statale solleva alcune riserve, attinenti al metodo e al merito: per quanto riguarda il primo aspetto, risulta estremamente controversa l'attribuzione ad un soggetto non competente quanto l'Autorità garante per l'infanzia lo svolgimento di attività inerenti alla tutela dei minori; con riguardo al secondo punto, si tratta dell'ennesima riforma organizzativa "a costo zero"[9], che non solo ingolfa l'Ispettorato del lavoro di ulteriori competenze ma, al tempo stesso, valorizza l'idea che gli interventi del legislatore rischiano di restare lettera morta[10] in assenza di un intervento organizzativo adeguato[11].

---

[8] Nonostante L. FADIGA, *I minorenni e il diritto*, in *Minorigiustizia*, 3, 2019, 28 ss., analizzi le incoerenti linee di sviluppo che hanno circondato l'introduzione e la valorizzazione del modello dei Garanti, sia nazionali che regionali.

[9] Critica rispetto all'esiguità delle risorse a disposizione dell'Autorità garante nazionale per l'infanzia e per l'adolescenza, anche se per ragioni differenti rispetto a quella segnalata, F. ALBANO, *L'autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza: una realtà in divenire*, in *Minorigiustizia*, 3, 2018, 98 ss., spec. 105, la quale individua anche una correlazione con i profili problematici attinenti all'indipendenza, poiché sostiene che "nonostante il bilancio sia autonomo, le spese per il funzionamento dell'Ufficio dell'Autorità garante sono a carico di un fondo *ad hoc* stanziato nel bilancio della Presidenza del Consiglio dei Ministri".

[10] Sono le perplessità condivise (e condivisibili) da E. LAMARQUE, *op. cit.*, 126, la quale ritiene, con riguardo ai Garanti comunali – ma si tratta di una riflessione analogicamente applicabile anche al Garante nazionale e regionale – che un elemento di debolezza di tale figura consiste nella assenza di finanziamenti per l'esercizio delle attività, che "limita le iniziative praticabili a quelle che possono compiersi con le risorse umane e strumentali già disponibili, compromettendo così la stessa possibilità di realizzare quell'opera di promozione dei diritti dei bambini e degli adolescenti che costituisce [...] l'aspetto caratterizzante di tale figura".

[11] Si fa riferimento, in particolare, a quelle riflessioni della dottrina per cui si ritiene che "ogni semplificazione, anche quelle che attengono [...] all'organizzazione, è anzitutto un fenomeno normativo". In questi termini, di

ISSN 2036-7821

La scelta di approfondire specificamente il tema della funzione di ispettorato sociale dalla prospettiva di prevedere funzioni ispettive a vantaggio dei garanti regionali muove, dunque, dal tentativo di contribuire al dibattito in corso sulla traiettoria e, soprattutto, sull'incisività che la stessa debba assumere nell'ambito delle politiche sociali, tenuto anche conto delle potenzialità in essa nascoste in ragione del forte *expertise* dei Garanti regionali per l'infanzia e per l'adolescenza.

2. Le caratteristiche della funzione di ispettorato sociale che andrebbe riconosciuta ai Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza.

Come premesso, l'istituzione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza nel 2011 costituisce applicazione concreta della Convenzione del 1989, ed a questa sono affidati compiti di protezione e promozione dei diritti dei minori e degli adolescenti, anche attraverso la funzione di ispettorato sociale. Quest'ultima consiste nella previsione di controlli ed attività ispettive volte ad accertare che le norme a tutela dei minori e degli adolescenti siano rispettate in tutti gli ambiti della loro vita, come ad esempio la famiglia, la scuola, il lavoro ed il tempo libero.

L'ispettorato sociale dovrebbe quindi costituire, soprattutto nell'interpretazione degli operatori del settore, uno strumento fondamentale per garantire la tutela dei diritti dei minori e degli adolescenti, nonché per individuare eventuali situazioni di rischio o di pericolo per la loro sicurezza e il loro benessere. Fino a questo momento, tuttavia, le funzioni di vigilanza e controllo delle Autorità garanti regionali per l'infanzia sono state declinate esclusivamente in termini di precauzione e di prevenzione, poiché si ritenevano maggiormente efficaci, nella prospettiva della piena tutela dei minori, interventi meramente difensivi. Al contrario, anche attraverso una valorizzazione delle peculiarità autoritative insite al potere ispettivo[12], l'ispezione sociale attribuito all'Autorità nazionale all'articolo 4 della legge n. 112 del 2011, che dovrebbe, in ragione anche delle logiche di sussidiarietà verticale ed orizzontale richiamate anche dallo stesso testo normativo, essere esteso ai Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza, andrebbe inteso in termini positivi, di collaborazione ed in una logica di reciprocità[13] con gli altri operatori di settore,

---

recente, F. LIGUORI, *Il problema amministrativo. Aggiramenti e rimedi*, in F. Liguori, *L'azione amministrativa*, Napoli, 2023, p. 48. Sul tema, in precedenza, si rimanda al noto lavoro di F. MERUSI, *La semplificazione: problema amministrativo o legislativo?*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, 688.

[12] Sulla natura autoritativa delle ispezioni amministrative, recentemente, cfr. L. PREVITI, *Poteri ispettivi e tutele procedimentali tra esigenze conoscitive e diritto al silenzio*, in *Dir. econ.*, 3, 2021, 357 ss.; in precedenza, S. VALENTINI, *op. cit.*, nonché M. BOMBARDELLI, *Le ispezioni amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 1989, 1141, che espressamente afferma come nelle ispezioni sia "insito un tratto autoritativo, in virtù del quale l'esplicazione dell'attività ispettiva determina sempre un'incidenza [...] entro la sfera giuridica dei soggetti che la subiscono".

[13] In termini, si veda lo studio monografico di S. TARULLO, *La collaborazione procedimentale*, Torino, 2008, *passim*, nonché, in precedenza, uno dei primi a discorrere del concetto di reciprocità nell'ambito della collaborazione procedimentale, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 284, secondo il quale la reciprocità non può "non riguardare entrambi i soggetti di un rapporto".

ISSN 2036-7821

nell'interesse del minore e per il migliore perseguimento del pubblico interesse[14].
Prima di analizzare questo aspetto, e cioè prima di verificare se in concreto sia possibile attribuire una natura autoritativa alle funzioni di ispettorato sociale[15], è utile sottolineare alcune delle criticità sottese alla tutela del minore. Anzitutto, un primo profilo problematico che evidenzia la scarsa efficacia dei poteri attribuiti ai garanti, incidendo segnatamente sull'effettività dei diritti e delle politiche sociali, attiene alle modalità con cui i Garanti regionali esercitano il potere di controllo, in quanto, come è stato sottolineato, in caso di un sopralluogo, gli stessi sono tenuti a darne preavviso ai gestori delle strutture, facendo perdere evidentemente utilità alla verifica.
Ulteriore aspetto critico, consequenziale rispetto a quello appena menzionato, che si muove in controtendenza rispetto a percorsi volti alla valorizzazione del ruolo dei Garanti regionali nel comparto della tutela dei minori, attiene alla vigilanza che gli stessi garantiscono rispetto alle strutture che ospitano bambini ed adolescenti. In queste circostanze, è stato sottolineato, non solo dai Garanti, ma anche dalla dottrina, che, all'esito di segnalazioni ricevute, questi svolgono attività istruttorie prive di poteri rispetto alle parti coinvolte, se non quelli di segnalazione alle Autorità competenti[16], e ciò in quanto i Garanti regionali operano con strumenti di *soft law*[17] che conferma l'impossibilità di attribuire alle proprie segnalazioni una efficacia cogente. Tale aspetto, pur essendo stato già approfondito in passato, intercetta un ulteriore profilo critico che attiene alla natura giuridica del Garante regionale, talvolta assimilata ad una Autorità amministrativa indipendente in senso stretto[18],

[14] J. LONG, B. ONGARI, *Le politiche a sostegno dell'infanzia e dell'adolescenza e gli attori non convenzionali del* welfare *minorile*, in *Minorigiustizia*, 3, 2018, 14 ss., spec. 16, ove si ritiene che "quando si parla di *welfare* minorile e in termini più ampi di promozione del benessere delle persone di età minore non si possa prescindere da un lavoro "di rete" e multidisciplinare che coinvolga tutti gli attori dell'accoglienza".

[15] Sulla natura non autoritativa delle funzioni esercitate del Garante regionale si dirà nei paragrafi successivi, ma per ora è possibile comunque rimandare anche al contributo di C. ACOCELLA, *Il garante per l'infanzia e l'adolescenza e le politiche di welfare*, in F. Pinto, C. Acocella (a cura di), *op. cit.*

[16] In tal senso, cfr. A. ALBANESE, *ult. op. cit.*, 747, spec. nota 73.

[17] A conferma di tale aspetto, si veda la Relazione della Corte dei conti, *La gestione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza (2014-2016)*, 2018, 30, dove emerge, sul piano nazionale (ma il ragionamento è certamente estendibile all'ambito organizzativo territoriale, pur non essendo oggetto della trattazione specifica), che la disciplina dei Garanti risulta essere lacunosa in ragione della assenza di poteri interdittivi e sanzionatori.

[18] In questi termini, cfr. G. FERRARI, *Il proliferare del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti: verifica in ordine alla possibilità di riconoscere in via interpretativa tale qualificazione ad organismi pubblici di nuova istituzione*, in *Foro amm. (C.d.S.)*, 9, 2011, 2935 ss., ove l'A. sostiene espressamente che il Garante per l'infanzia e l'adolescenza assolve "tutte le condizioni necessarie per qualificarlo Autorità amministrativa indipendente, e cioè: a) la qualificazione che gli ha dato la legge istitutiva («Autorità garante») ; b) la specificazione legislativa non solo delle funzioni assegnatigli, ma anche dei criteri ai quali deve attenersi nel loro esercizio; c) la totale, assoluta indipendenza sul piano sia funzionale che strutturale rispetto all'Esecutivo, che non ha alcuna possibilità di interferire, con poteri di indirizzo e di controllo, sull'attività da esso svolta, ma ha semmai un obbligo di collaborazione; d) la varietà delle funzioni svolte in dichiarata piena autonomia, che non sono solo propositive, ma anche di amministrativa attiva e di consulenza esperibile d'ufficio rispetto ad iniziative pubbliche e private

ISSN 2036-7821

talaltra – come chi scrive ritiene di condividere – al Difensore civico[19], nonostante le differenze già evidenziate[20]. L'adesione a tale orientamento renderebbe, in una certa misura, accettabile i limiti sul piano della cogenza delle segnalazioni effettuate, poiché il Garante (sia nazionale, che regionale), "a differenza di altri organismi indipendenti, non è chiamata a comporre contrasti reali o potenziali fra interessi"[21].
Le questioni problematiche appena evidenziate, quand'anche risolte nella direzione che si è prescelta, rischiano comunque di non trovare una piena risposta sul piano pratico, e ciò poiché quand'anche vi sia una previsione normativa che attribuisce al Garante per l'Infanzia e per l'Adolescenza la vigilanza sull'assistenza prestata ai minori presso istituti educativo-assistenziali, questa – come è emerso da alcune dichiarazioni degli operatori del settore – non viene svolta in modo periodico né metodico, e ciò sarebbe dovuto anche alla parcellizzazione dei soggetti deputati alla tutela dei minori[22]. Il problema, in questo caso, più che porsi in termini di norma attributiva del potere e di principio di legalità, attiene ad aspetti più strettamente organizzativi, nella misura in cui l'attuale struttura del Garante non consente di svolgere un controllo capillare su tutte le strutture che ospitano i minori, tale da indurre chi scrive a ritenere, in una prospettiva futura, necessaria l'introduzione di delegati territoriali, figure che dovrebbero svolgere una funzione di ausilio del Garante quanto alle indagini istruttorie, nonché una funzione operativa perchè consentirebbe di verificare con maggiore attendibilità le condizioni in cui versano i

---

nella materia *de qua*, e non solo su richiesta dei promotori; e) la possibilità di intervenire in settori estranei alla Pubblica amministrazione con denunce e richieste che i relativi destinatari (le Procure della Repubblica) sono *ex lege* obbligati a valutare; f) il ruolo fondamentale svolto, in piena autonomia e non su previo accordo con l'Esecutivo, anche a livello comunitario e internazionale; g) il sindacato che può svolgere sulla qualità delle iniziative nazionali (statali, regionali, comunali) nel momento in cui il Governo ne dà comunicazione ai competenti organismi internazionali". In linea con il pensiero appena citato, cfr. G. MORANI, *Un nuovo organo monocratico, autonomo e indipendente, a tutela dei minori: l'Autorità garante dell'infanzia e dell'adolescenza*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1, 2012, 490 ss.

[19] A differenza, ad esempio, di come avvenuto con la legge regionale n. 3 del 2019 della Valle d'Aosta, contenente disposizioni in materia di Garante per l'infanzia e per l'adolescenza, che ha inglobato le funzioni del Garante regionale nella figura del difensore civico. Per un commento critico alla soluzione prescelta, P. VIPIANA, *Il Garante per l'infanzia e l'adolescenza in Valle d'Aosta, ultima regione ad aver introdotto l'organo di garanzia dei minori*, in *Le Regioni*, 6, 2020, 1503 ss., che invero ritiene il Garante regionale debba essere previsto come organo a sé, ed in particolare sarebbe maggiormente adeguato "demandare la tutela dell'infanzia e dell'adolescenza ad un organo apposito, la cui denominazione richiami tale compito (garante dell'infanzia e dell'adolescenza)". Si tratta di una considerazione che si condivide dal punto di vista *finalistico*, e cioè incardinare tali funzioni nella figura del Garante regionale, ma non per le ragioni addotte dall'A., che sembrano di tipo esclusivamente formale, ma piuttosto perchè tale figura ingloba soggetti tecnicamente competenti per la migliore tutela del minore.

[20] Su tale discussione, si rinvia nuovamente allo studio di P. PANTALONE, *op. cit.*

[21] *La gestione dell'Autorità garante*, cit., 30. In termini contrari, G. FERRARI, *op. cit.*, 2955.

[22] Aspetto sul quale si vedano le considerazioni di M. MAGRI, *op. cit.*, 956, il quale ritiene che la concentrazione verso un unico soggetto (il Garante regionale) consentirebbe di fornire risposte organizzative adeguate anche rispetto alla crescita esponenziale dei diritti da tutelare.

ISSN 2036-7821

minori nelle strutture cui sono destinati[23].

2.1. Rischi e benefici sottesi alla funzione di ispettorato sociale del Garante dell'infanzia e dell'adolescenza: brevi cenni.

Nella scorsa legislatura, come si è già detto, è stata presentata una proposta di legge con l'obiettivo di istituire le funzioni di ispettorato sociale nel nostro ordinamento, che prevede proprio il conferimento all'Ispettorato nazionale del lavoro di specifiche funzioni di vigilanza e di controllo in materia di affidamento, di idoneità genitoriale e di accoglimento dei minori nelle strutture di accoglienza, in modo tale da consentire, anche in questo delicato ambito, un'adeguata funzione di protezione dei minori da parte dello Stato[24].

Senza dubbio, l'istituzione di funzioni di ispettorato sociale rende necessaria una indagine approfondita, che cerchi di bilanciarne una serie di vantaggi sottesi ad essa – molti dei quali riconducibili alla maggiore tutela apprestabile a vantaggio dei minori – e le numerose insidie che si nascondono nella sua introduzione, rinvenibili nella estrema 'procedimentalizzazione' delle attività e nell'immagine del Garante come ostacolo, tipico, come noto, della narrazione sull'amministrazione contemporanea[25].

Tra i potenziali vantaggi dell'istituzione di un ispettorato sociale spicca, su tutti, l'aspetto relativo alla maggiore tutela dei diritti dei minori e degli adolescenti. L'ispettorato sociale valorizzerebbe il ruolo del Garante regionale inteso come custode della protezione e del rispetto dei diritti delle fasce più vulnerabili della popolazione, poiché garantirebbe, in diverse fasi del percorso di tutela delle fasce più deboli, una presenza costante funzionale a garantire pienamente i diritti dei minori[26]. Questo organo svolgerebbe, dunque, funzioni di monitoraggio e vigilanza in diverse situazioni, persino in quelle complesse e critiche, implicando non solo un significativo potenziamento delle garanzie per i minori e gli adolescenti – poiché verrebbe instaurato un meccanismo di sorveglianza dedicato espressamente al loro benessere e alla salvaguardia dei loro diritti – ma anche perché si determinerebbe un affrancamento di quella visione che intende riconoscere una primazia sulla tutela dei

[23] Secondo F. ALBANO, *op. cit.*, 105, l'assenza di un personale organico stabile, dotato di autonomo ruolo, oltre ad incidere sull'effettività delle azioni del Garante, incidono anche sull'autonomia e sull'indipendenza della struttura stessa.

[24] Anche perchè, come sottolineato da L. FADIGA, *I minorenni e il diritto*, in *Minorigiustizia*, 3, 2019, 28 ss., le persone di minore età rappresentano, a tutti gli effetti, un nuovo gruppo sociale emergente, i cui componenti sono tutt'ora privi di rappresentanza e voce dal punto di vista sociopolitico. Sulla questione si tornerà nel par. 3.

[25] In questi termini, tra gli altri, cfr. F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 1, 2013, 357 ss., nonché, più recentemente, F. LIGUORI, *op. cit.*, spec. par. 1.

[26] Si condivide l'interpretazione di P. PANTALONE, *op. cit.*, il quale ritiene che i Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza dovrebbero assurgere a guardiani "dell'adempimento di doveri altrui". In termini simili, L. FADIGA, *Il Garante regionale*, cit., 111, ritiene che i "garanti dell'infanzia sono in certo modo analoghi a dei sindacalisti che danno voce ai diritti dei loro rappresentati".

ISSN 2036-7821

servizi sociali, ed in particolare quelli relativi ai minori, al giudice minorile[27].
Inoltre, la funzione di ispettorato sociale potrebbe indubbiamente contribuire a una maggiore efficacia nella prevenzione e nel contrasto dei fenomeni di maltrattamento, abuso e sfruttamento dei minori, poiché attraverso una valutazione sistematica e attenta delle situazioni a rischio, il Garante regionale potrebbe avviare misure preventive tempestive, interrompendo così potenziali situazioni di pericolo e offrendo un aiuto concreto a chi si trova in situazioni di vulnerabilità[28]. Si tratterebbe di un approccio, in linea con la direzione che si intende dare a tale potere di ispezione, che muoverebbe da finalità preventive ma che, attraverso un comportamento proattivo delle parti (quindi, non solo il Garante, ma anche i minori stessi), potrebbe ridurre la frequenza di tali problematiche e contribuire a un ambiente più sicuro per i giovani[29].
Un ulteriore vantaggio dell'istituzione di una funzione di ispettorato sociale presso i Garanti regionali riguarderebbe, come già anticipato, il coordinamento e la razionalizzazione delle attività di controllo e vigilanza affidate alle altre figure, soprattutto sul territorio, come il difensore civico. La centralizzazione di tali funzioni in capo ad un unico soggetto specializzato eviterebbe non solo duplicazioni e sovrapposizioni delle azioni delle diverse autorità coinvolte, ma tale sinergia migliorerebbe notevolmente l'efficacia e l'efficienza della programmazione delle azioni da compiere nell'interesse della tutela dei minori, poiché consentirebbe anche di identificare in maniera più accurata e circostanziata le aree geografiche che necessitano di interventi mirati.
La valutazione circa gli aspetti positivi sottesi all'istituzione di una funzione di ispettorato sociale per il Garante regionale non è l'unica da compiere in questa sede, soprattutto laddove l'obiettivo sia quello di fornire alcune soluzioni alternative efficaci rispetto al problema dell'effettività dei diritti dei minori e della frammentazione delle competenze in materia di infanzia ed adolescenza. Il primo grande ostacolo, già accennato in precedenza, potrebbe essere quello dell'aumento

[27] Su tale aspetto si tornerà più in avanti, ma è estremamente utile comprendere come, talvolta, anche il Tribunale per i minorenni, al quale è affidato il compito di vigilare sul corretto espletamento dei servizi sociali, possa essere inadempiente, creando così vuoti di tutela rispetto ai diritti dei minori. È il caso della pronuncia della Corte EDU, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*, nn. 9221/98 e 31963/98, che riguardava un provvedimento emesso dal Tribunale per i minorenni di Firenze, per l'allontanamento di figli minori dalla famiglia e il loro inserimento in una comunità, con progressiva limitazione, fino all'interruzione, del diritto di visita del genitore. Per un commento alla decisione, cfr. N. PASCHETTI, *Scarsa vigilanza del Tribunale per i minorenni sull'operato dei servizi sociali e sui soggetti affidatari: severa condanna della Corte di Strasburgo*, in *Famiglia e diritto*, 1, 2001, 19 ss., nonché A. BULTRINI, *Affido di minori, ruolo dei servizi sociali e degli affidatari membri di una comunità*, in *Corriere giuridico*, 11, 2020, 1530 ss.

[28] Tali aspetti sono stati notati, di recente, da C.T. ANTONIAZZI, *Comitato di controllo sulla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza*, in *La comunità internazionale*, 2, 2019, 317 ss.

[29] Valorizzando, dunque, la natura sussidiaria, da intendere in termini di rapporti *bottom-up*, tra Garanti regionali e soggetti da tutelare, così come ricordato condivisibilmente da A. AVERARDI, *op. cit*.

ISSN 2036-7821

dei costi complessivi per la spesa pubblica, poiché l'allocazione di queste funzioni di ispettorato sociale in capo ai Garanti regionali implicherebbe il ricorso a nuove risorse finanziarie sia per la struttura operativa, che per l'assunzione di personale specializzato, nonché per l'acquisizione di strumenti e attrezzature adeguate. Rispetto a tale argomento, il legislatore ha sì imposto, con riguardo alla disciplina nazionale, lo svolgimento delle funzioni di ispezione sociale presso l'Ispettorato del lavoro, con la clausola di invarianza finanziaria che evidentemente crea una frizione con le finalità sottese al processo di riforma, rinvenibili nella massimizzazione dei diritti dei minori[30].

Ulteriore criticità relativa alla previsione di funzioni di ispettorato sociale in capo ai Garanti regionali investirebbe secondo taluno i rischi di 'burocratizzazione'. In altre parole, la previsione di poteri più penetranti, rispetto a quelli di *moral suasion* affidati ai Garanti regionali, potrebbe nascondere il pericolo di rallentare il flusso di azioni concrete a tutela dei minori. Non si ritiene, tuttavia, di poter condividere tale interpretazione, che proviene in larga parte dagli operatori del settore che vedrebbero nel potenziamento del ruolo dei Garanti una prova di forza rispetto ad altri soggetti che già operano nel campo della tutela dei minori. La centralizzazione di alcune competenze non implica, infatti, l'eliminazione di altri 'corpi tecnici' deputati a tali materie, ma, al contrario, una definizione chiara delle competenze nella più ampia prospettiva di ottimizzazione delle situazioni in cui versano i minori[31].

Rispetto a quanto appena detto, gli operatori del settore sostengono fermamente che la funzione di ispettorato sociale svolta dai Garanti regionali implicherebbe il rischio di conflitti di competenza con le istituzioni già esistenti[32]. L'ispettorato sociale, se non ben strutturato e definito nei suoi compiti specifici, potrebbe generare sovrapposizioni e contrasti con le Autorità già deputate alla tutela dei diritti dei minori e degli adolescenti, come gli assistenti sociali o il Tribunale per i minorenni, in modo non solo da erodere l'efficacia delle funzioni ispettive, ma anche da minare la

[30] Come confermato recentemente da C. ACOCELLA, *Contributo allo studio dell'effettività dei diritti sociali*, Napoli, 2022, 79, secondo la quale "il dato economico entra a vario titolo nella considerazione dei pubblici poteri all'atto di strutturare e mettere in campo politiche sociali".

[31] Assolutamente condivisibile è l'interpretazione, sul punto, di A. ALBANESE, *op. cit.*, 750, che nota come diverse leggi regionali, nel disciplinare l'attività del Garante per l'infanzia e per l'adolescenza "prevedano comunque la possibilità, ed anzi più spesso la necessità, che egli intrattenga rapporti di collaborazione con i soggetti rappresentativi degli interessi del mondo dell'infanzia e ne ascolti la voce".

[32] Nell'ambito della tutela e gestione dei minori stranieri non accompagnati, ad esempio, oltre alle amministrazioni che si occupano tradizionalmente dei flussi migratori (come, ad esempio, le Prefetture, anche attraverso i Sistemi di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati), anche l'Autorità garante per l'infanzia e per l'adolescenza assume un ruolo fondamentale in ragione del fatto che la legge (art. 2, d.lgs. n. 220 del 2017) attribuisce alla stessa il monitoraggio del sistema nazionale dei tutori volontari. In tema, Trib. min., Palermo, 20 giugno 2018. Sul tema, *ex multis*, cfr. F. ALBANO, *Minori stranieri non accompagnati nella prospettiva dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza*, in *Minorigiustizia*, 3, 2018, 98 ss.

ISSN 2036-7821

chiarezza e l'efficienza delle azioni messe in campo.

3. Il Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza come organo 'filtro' della relazione tra assistenti sociali e Tribunale per i minorenni.

Inquadrato il dibattito sulle funzioni di ispettorato sociale va segnalato come la discussione sul potenziamento del ruolo dei Garanti regionali abbia suscitato molte perplessità nella visione degli assistenti sociali, per i quali i primi interferirebbero nel loro operato e nella loro autonomia professionale: si tratterebbe, in sostanza, di un "controllo dall'alto", idoneo a compromettere l'approccio personalizzato e flessibile che essi adottano nel trattare le singole situazioni di disagio sociale riferite ai minori.

Inoltre, si è anche sostenuto che un tale rafforzamento dei Garanti regionali potrebbe implicare un conseguente clima di sfiducia nei confronti dell'operato degli assistenti sociali. Sono due, in particolare, i motivi per i quali tali preoccupazioni non sembrano condivisibili: il primo riguarda l'approccio metodologico che si è scelto e sul quale, si ritiene, dovrebbero improntarsi i rapporti tra tutti gli attori chiamati a svolgere un ruolo nella garanzia di spazi di tutela da attribuire al minore; il secondo, che involge invece profili di merito, riguarda l'attitudine del Garante a svolgere controlli ed ispezioni, nonché a porre in essere determinate attività, certamente maggiore rispetto a quella degli assistenti sociali[33].

Infine, ulteriori preoccupazioni espresse dagli assistenti sociali rispetto ad un preteso "controllo dall'alto" avrebbero ad oggetto la circostanza che il Garante si soffermerebbe eccessivamente sulle lacune delle attività, istruttorie ed operative, degli assistenti sociali, piuttosto che sulla promozione di un approccio orientato alla prevenzione e all'assistenza. Queste le ragioni alla base di una prospettazione delle funzioni di ispettorato essenzialmente "accusatoria", volta a ricercare colpe e responsabilità, e non invece, come si propone, a supporto e funzionale alla messa in campo di politiche utili per affrontare le situazioni di disagio sociale coinvolgono i minori.

Il tema, dunque, è particolarmente delicato ed investe l'ambito delle relazioni tra soggetti attivi nella tutela degli adolescenti, e cioè il Garante regionale, gli assistenti sociali ed il Tribunale per i minorenni. Nel contesto attuale, che poi ha indotto anche il Garante regionale abruzzese a presentare una proposta per l'istituzione di una funzione di ispettorato sociale, il ruolo degli assistenti sociali è molto penetrante, poiché le loro relazioni sono inviate al Tribunale per i minorenni che, in base a

[33] In questo senso, cfr. E. LAMARQUE, *op. cit.*, 125, la quale ritiene che "essendo le relazioni del garante con gli altri poteri pubblici fondate sulla autorevolezza del garante stesso, a seconda della provenienza professionale del garante differente sarà la sua possibilità di instaurare rapporti di proficua collaborazione con i dirigenti scolastici, i dirigenti ospedalieri, i servizi sociali, il tribunale per i minorenni".

ISSN 2036-7821

quanto emerge dalle stesse relazioni, decideranno sulla sorte dei minori[34]. In questa dinamica, per un verso, emerge paradossalmente l'assenza del Garante regionale per l'infanzia, e per altro verso, invece, la primazia degli assistenti sociali, deputati a svolgere una relazione sulla situazione del minore senza, tuttavia, essere sottoposto ad uno stringente controllo di merito da parte dei Garanti stessi.

A questo punto, ci si chiede se non sia necessario inserire in questa dinamica anche il Garante regionale per l'infanzia e per l'adolescenza, che dovrebbe svolgere, ad avviso di chi scrive, una funzione di filtro tra le relazioni degli assistenti sociali e le decisioni del Tribunale per i minorenni. Non solo il caso di Bibbiano, che ha messo in luce diverse criticità[35] – le metodologie degli affidamenti, le relazioni intercorrenti tra servizi sociali e servizi dell'amministrazione della giustizia minorile, nonché il ruolo del garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza – ma una recente pronuncia della Corte EDU del 2022 ha messo in risalto la genericità delle relazioni degli assistenti sociali che vengono fatte proprie dai giudici. Ed è proprio in questo senso che affiora l'esigenza di garantire un controllo, da parte del Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza, non esclusivamente preventivo e precauzionale, ma inclina a ricercare una dimensione collaborativa e proattiva, nella prospettiva di un più adeguato accertamento del fatto e, conseguentemente, di una migliore tutela dei diritti sociali dei minori.

Le considerazioni del Garante dei minori dell'Abruzzo trovano una indiretta conferma nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 gennaio 2022, con la quale l'Italia è stata condannata per la violazione dell'articolo 8 della CEDU, avendo dichiarato una minore adottabile senza valutare altre soluzioni, che sarebbero state meno drastiche e che avrebbero salvaguardato il rapporto del minore con la madre[36].

Il caso della cittadina cubana, che ha chiesto aiuto ai Servizi sociali, è emblematico delle problematiche che possono sorgere nei procedimenti riguardanti i minori e le valutazioni delle capacità genitoriali. La madre si è rivolta alle autorità cercando protezione e supporto per sé e per la sua giovane figlia, ma la conclusione del procedimento si è tradotta nell'allontanamento brusco della bambina e nella

[34] Si può cogliere chiaramente dall'art. 4, l. n. 184 del 1983, che il Servizio sociale è tenuto a mantenere una comunicazione costante e informativa con il Giudice Tutelare o il Tribunale per i Minorenni. Tale comunicazione riguarda l'andamento del programma di assistenza e l'evoluzione delle condizioni del nucleo familiare di origine, e conferma l'intenzione del legislatore di conferire al Giudice un ruolo più ampio rispetto a quello di mero supervisore o spettatore passivo dell'esecuzione del programma di assistenza. Sul punto, cfr. anche L. CRACCO, C. FEDRIGONI, *Ruolo e compiti del servizio sociale nell'esecuzione di provvedimenti civili emessi dal Tribunale per i minorenni*, in *Riv. AIAF*, 3, 2012.

[35] Per le quali si rimanda al contributo di L. FADIGA, *Regione Emilia Romagna: servizi sociali, Magistratura e caso Bibbiano*, in *Minorigiustizia*, 4, 2020, 210 ss.

[36] Corte EDU, 20 gennaio 2022, *D.M. e N.c. c. Italia*, con commento di N. CARDINALE, *Il mancato sostegno alle madri vittime di violenza domestica: una nuova condanna per l'Italia da parte della Corte EDU*, in *Sistema Penale*, 1° marzo 2022.

ISSN 2036-7821

dichiarazione di adottabilità, basata principalmente sulle relazioni degli assistenti sociali, senza una valutazione psicologica approfondita o il coinvolgimento di esperti neutri[37]. La sentenza sottolinea, dunque, l'importanza della valutazione psicologica in queste situazioni, al fine di determinare con precisione la capacità della madre di svolgere il suo ruolo di genitore e l'impatto che la separazione avrebbe avuto sulla figlia. Il mancato coinvolgimento di esperti indipendenti, nonché l'assenza di una perizia tecnica, sono stati ritenuti fattori critici che hanno compromesso l'adeguatezza e l'equità della decisione presa e, al tempo stesso, hanno consentito l'emersione di una preoccupante tendenza delle autorità giudiziarie a basarsi su valutazioni vaghe e generiche svolte dagli assistenti sociali, non supportate da elementi di fatto specifici, e a non considerare adeguatamente le circostanze individuali dei casi.

Tale pronuncia, di cui si sono riportati i passi più rilevanti nell'economia del presente lavoro, induce a riflettere, dunque, sul ruolo del Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza, del quale nulla si è detto nella decisione in commento e mai si è fatto riferimento nell'ambito del procedimento di affidamento. La prospettiva da accogliere, dunque, dovrebbe essere quella che valorizza il ruolo di filtro del Garante rispetto all'operato degli assistenti sociali, soluzione che implicherebbe la possibilità per il giudice di giungere ad una decisione più efficace nella prospettiva della tutela della posizione del minore. Tutto ciò, come detto, non deve essere tradotto, dal punto di vista pratico, nella sottrazione di compiti agli assistenti sociali, ma, al contrario, significa impostare un meccanismo organizzativo funzionale al perseguimento del buon andamento dell'azione amministrativa e dell'esercizio di una funzione attraverso la collaborazione attiva con i diversi attori che si occupano della salvaguardia dei minori, nonché alla deflazione del contenzioso[38].

4. Ispettorato sociale e vigilanza collaborativa: alcune proposte.

A questo punto, tenuto conto anche delle numerose critiche che sono state sollevate, possono essere formulate alcune mozioni migliorative rispetto alla disciplina attuale, nonché rispetto alla Proposta del Garante regionale abruzzese sulle funzioni di ispettorato sociale.

Anzitutto, ci si chiede se affidare all'ispettorato del lavoro anche il controllo della condizione dei minori rispetto, ad esempio, a casi di allontanamento, e quindi determinando un accentramento di attribuzione in capo a quest'organo, non possa,

[37] Non si tratta del primo caso in cui la Corte EDU censura la prassi dei giudici italiani su tali particolari rapporti. In tema, ad esempio, si veda anche Corte EDU, 22 agosto 2017, *Barnea e Caldararu c. Italia*.

[38] In tema, si rimanda, per tutti, a M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, spec. cap. 3, ove analizza il ruolo del difensore civico e, in particolare, all'*ombudsman* di settore, "da realizzarsi proprio in quei contesti nei quali appare deficitario il sistema di tutela [...] degli interessi più deboli da un punto di vista economico-sociale" (222). Più recentemente, N. POSTERARO, *op. cit.*, *passim*.

ISSN 2036-7821

paradossalmente, comportare un abbassamento dei livelli minimi di tutela che devono essere garantiti ai minori. Una visione dell'ispettorato sociale costituzionalmente orientata ed ispirata concretamente al dogma della solidarietà e della sussidiarietà potrebbe suggerire, anzitutto, una modifica degli articoli 3 e 4 della legge istitutiva del Garante per l'infanzia e l'adolescenza, attribuendo a quest'ultimo la funzione di ispettorato sociale. Una tale modifica, evidentemente, riempirebbe di significato anche la disposizione – criticata dalla dottrina[39] – sull'applicazione del principio di sussidiarietà, obbligando, come già detto, i Garanti regionali ad avvalersi di delegati territoriali, i quali avrebbero il compito di esercitare un controllo collaborativo sul territorio rispetto alle relazioni svolte dagli assistenti sociali[40].

Ulteriore modifica che si propone, nella prospettiva non solo di garantire una maggiore efficacia al ruolo e alle attività svolte dal Garante regionale, ma anche di massimizzare i diritti dei minori, sarebbe quella di introdurre un onere di motivazione rafforzato per gli assistenti sociali che intendano discostarsi delle indicazioni fornite in sede di controllo collaborativo dal Garante regionale. Una tale previsione, se da un lato rischia di appesantire le attività ispettive che conducono alla relazione degli assistenti sociali, perchè inserirebbe un altro attore nel procedimento deputato a svolgere diverse funzioni appena menzionate (di deflazione del contenzioso e di vigilanza), dall'altro lato garantirebbe una indagine istruttoria certamente più adeguata ed approfondita, nella prospettiva del controllo collaborativo secondo il farsi dell'azione amministrativa. D'altronde, non si tratterebbe di una vera e propria novità, poiché, come rilevato dalla dottrina, in passato, nei regolamenti comunali veniva imposto al funzionario che ricevesse una sollecitazione dal difensore civico 'generalista' di "indicare dettagliatamente, nel caso in cui non ritenesse di uniformarsi, le ragioni per le quali riteneva di disattendere la sollecitazione"[41]. In questo senso, la soluzione che si propone è di recuperare gli approdi cui si era giunti nei regolamenti comunali con riguardo alle funzioni del difensore civico ed applicarli, in virtù della maggiore competenza sulla tutela dei diritti dei minori, alle Autorità garanti regionali attraverso una revisione delle rispettive leggi istitutive.

---

[39] Secondo A. ALBANESE, *op. cit.*, 771, si tratterebbe di una disposizione poco ambigua con riguardo all'ambito di applicazione, poiché può essere riferita "sia alla dimensione orizzontale della sussidiarietà che riguarda la relazione con i privati che operano nel settore così come ai rapporti fra il garante e gli apparati pubblici che dispongono di specifiche competenze in relazione all'infanzia e all'adolescenza, quanto infine alla dimensione verticale dell'azione dell'Autorità di garanzia, che investe i rapporti con le regioni e con gli enti territoriali, ai fini del rispetto della loro sfera di autonomia, ivi inclusa quella che riguarda i garanti istituiti a livello regionale".

[40] Seppur su altro tema, si richiamano le condivisibili opinioni di E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e funzione «pedagogica» dell'ANAC*, in *Federalismi.it*, 23, 2017, 4, il quale, nel riferirsi alla vigilanza collaborativa, fa riferimento a quel rapporto reticolare tra organismo controllante e soggetti controllati.

[41] Così, E. LAMARQUE, *op. cit.*, 126.

ISSN 2036-7821

Ultima modifica che si propone dal punto di vista normativo è di tipo (solo apparentemente) formale, ed attiene all'inserimento, all'articolo 4 della legge n. 112 del 2008, di un riferimento specifico al potere di controllo, espungendo invece il riferimento all'istituto della ispezione. Questo perchè, come è stato ampiamente detto dalla dottrina e ricordato anche recentemente, il Garante regionale esercita esclusivamente una funzione di *moral suasion* e non esercita, dunque, funzioni autoritative[42]. In questo modo si potrebbe prevedere uno spazio di doverosità dell'intervento dei garanti nella parentesi procedimentale[43], e ciò soprattutto per le numerose ragioni espresse in precedenza, implicando anche una presenza necessaria del Garante nel processo minorile[44], ad oggi tutt'altro che efficace nonostante l'articolo 6 del d.P.R. n. 448 del 1998 (Codice del processo penale minorile) disponga che "*in ogni stato e grado del procedimento l'autorità giudiziaria si avvale dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia. Si avvale altresì dei servizi di assistenza istituiti dagli enti locali*".

Il potenziamento delle attribuzioni e delle funzioni che spetterebbero ai Garanti regionali mira, evidentemente, a massimizzare le garanzie dei diritti dei minori, e l'efficacia di tali misure passerà non solo da provvedimenti normativi per così dire 'abilitanti', ma, inoltre, da un accrescimento della capacità amministrativa.

[42] Si rimanda nuovamente all'articolo di C. ACOCELLA, *Il garante per l'infanzia*, cit., secondo la quale non si giunge, nel caso dei garanti per l'infanzia, all'adozione di atti autoritativi che definiscono assetti di interessi, ma si risolve nell'esercizio di funzioni, altrettanto rilevanti, di propulsione.

[43] Sulla doverosità della funzione amministrativa, ed in particolare del potere di controllo, cfr. S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, spec. cap. 3.

[44] Su cui si rimanda, anche per alcuni riferimenti giurisprudenziali, al contributo di G. LANEVE, *I rapporti tra Garanti regionali infanzia e adolescenza e l'autorità giudiziaria*.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Riflessioni sulla forma della procura "sostanziale" da rilasciare al rappresentante per la mediazione.

di Valeria Verde

(Ricercatrice presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. La procura a sostituire la parte dinanzi al mediatore secondo la disciplina origina-ria. - 2. Perplessità in ordine alla richiamata giurisprudenza. - 3. La nuova disposi-zione. – 4. Una possibile lettura della nuova disposizione. - 5. Considerazioni ri-assuntive. - 6. Una conclusione

Abstract

The Cartabia reform provides for the personal participation of the parties from the first meeting to allow an effective discussion on the dispute. If the parties cannot be present for justified reasons, they have the possibility of being replaced by individuals who are aware of the facts and have the appropriate powers to decide.
The law has not resolved the problem of the form that the power of attorney given to the person delegated by the party to participate in the mediation meeting and possibly reconcile the dispute must take. The author offers a solution to the que-stion.

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

ISSN 2036-7821

1. La procura a sostituire la parte dinanzi al mediatore secondo la disciplina originaria.

Nel vigore dell'originario d.l. n. 28 del 2010 è sorto il problema di stabilire che forma deve rivestire la procura rilasciata a chi surroga la "personale" presenza della parte dinanzi al mediatore. La questione non ha riguardato l'assistenza tecnica dell'avvocato, ma la necessità che l'attività dinanzi al mediatore si svolga con la presenza "fisica" delle parti interessate, perché soltanto la loro presenza può contribuire a realizzare un dialogo costruttivo, come adombrato nel precedente primo comma dell'art. 8, che si limitava a stabilire: "al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato".

Dalla scarna lettera della norma sono discesi alcuni problemi interpretativi: possono le parti delegare qualcuno affinché li "sostituisca" fisicamente dinanzi al mediatore? Se ciò è possibile qual è la forma necessaria per conferire l'incarico? E di quale incarico si tratta?

Il silenzio del legislatore è stato colmato dai giudici con una giurisprudenza "creativa", come oramai avviene di frequente. A partire dalla ordinanza della Cassazione n. 8473 del 27 marzo 2019[1], l'orientamento dei giudici di merito è stato nel

[1] Commentata in "*Ilprocessocivile.it*", 2019, con nota di V. AMENDOLAGINE, "*Nel procedimento di mediazione per rappresentare la parte assente serve una procura speciale autenticata?*"; in "*Judicium.it*", 2020, con nota di N. GIALLOLONGO, "*Il dibattito giurisprudenziale sui profili processuali del D. lgs. 28/2010: le incertezze interpretative e i dubbi applicativi*"; in "*Questionegiustizia.it*", 2019, con nota di C. GIOVANNUCCI ORLANDI, "*La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera*"; in "*Judicium.it*", 2019, con nota di P. LUCARELLI, "*La sentenza della Corte di cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro*"; in "*Giur. It.*", 2019, I, 2128, con nota di F. LUISO, "*Mediazione – la mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*", che enfatizza la necessità della partecipazione personale delle parti nella mediazione volontaria ove si tratti di persone fisiche, laddove mostra maggiore apertura nell'ambito della mediazione soprattutto con riferimento a persone giuridiche; in "*Riv. dir. proc.*", 2020, 434, con nota di A. MELLUCCO, "*Partecipazione personale, rappresentanza e assolvimento della condizione di procedibilità nella mediazione*"; in "*Ilprocessocivile.it*", 2019, con nota di R. NARDONE, "*La Suprema Corte si esprime sulla mediazione e più che mai emerge la necessità di un intervento legislativo*"; in "*Diritto&giustizia.it*", fasc. 59, 2019, p. 2, con nota di L. TANTALO, "*Mediazione: anche per la Cassazione le parti devono essere presenti*"; in "*Diritto.it*", 2019, con nota di F. Cuomo Ulloa; in "*Foro It.*", 2019, I, 3250, con nota di D. DALFINO, "*<<Primo incontro>>, comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*" e di A. ZANELLO, "*Cass. 8473/2019: conciliazione delle controversie e mediazione in cerca di identità*" in Diritto & Giustizia, 2019, fasc. 29, p. 2.

Il caso esaminato dalla Cassazione viene di seguito sintetizzato. Tizio agisce in giudizio contro Caio. Non esperisce il preventivo tentativo di conciliazione. In seguito all'eccezione di Caio, il giudice adito assegna il termine per l'avvio della procedura di mediazione. Avviata la procedura, al primo incontro dinanzi all'organismo partecipano i soli procuratori delle parti. Successivamente essi comunicano al mediatore l'impossibilità delle parti di raggiungere l'accordo stragiudiziale. Agli atti non c'è il verbale di mancata conciliazione. Il processo riprende. Caio eccepisce che la domanda è improcedibile in quanto nel procedimento di mediazione non erano comparse le parti personalmente. Essendo cessata la materia del contendere (per ragioni che qui non rilevano), il processo prosegue per la sola rifusione delle spese processuali. Il Tribunale afferma che la domanda era diventata improcedibile e compensa le spese. Tizio propone appello, assumendo che la mediazione obbligatoria si era svolta, avendo partecipato alla stessa i difensori e avendo egli rilasciato al suo difensore procura speciale (notarile) con la quale gli erano stati conferiti tutti i poteri per definire e trattare questioni giudiziali e

ISSN 2036-7821

senso che alla procedura di mediazione le parti devono essere presenti personalmente, assistite dal difensore[2].

Nel richiamato giudizio definito dalla Corte di Cassazione sono stati affermati principi importanti, sebbene nell'ambito di un procedimento che (sia detto *per incidens*) non meritava di essere sottoposto al vaglio del giudice di legittimità. Infatti, essendo venuta meno la materia del contendere, il Tribunale aveva correttamente dichiarato improcedibili tutte le domande (anche quelle proposte dal convenuto), compensando le spese, così che l'accanimento di una delle parti, nell'impugnare il provvedimento, costituisce un esempio di ingiustificata e criticabile litigiosità.

Nell'ordinanza in esame la Corte di Cassazione si occupa per la prima volta del problema relativo alla sostituzione della parte ai fini del valido esperimento del tentativo di mediazione.

La Corte si dilunga dapprima in considerazioni di tipo sociologico sulla funzione della mediazione e del mediatore, nonché sul ruolo dell'avvocato nel procedimento di mediazione e - dopo avere dichiarato che la Corte non è "*la sede per valutare le probabilità di successo della creazione forzosa di una cultura della mediazione*" - prende atto del fatto che "*il legislatore ha previsto e voluto la comparizione personale delle parti dinanzi al mediatore, perché solo nel dialogo informale e diretto tra parti e mediatore, conta che si*

---

stragiudiziali. La Corte di appello rigetta l'appello. Tizio ricorre per cassazione e la Corte rigetta il ricorso, con le motivazioni di cui si darà conto nel testo.

[2] Tra cui si ricordano Trib. Milano, sezione XIII, 11.6.2019, n. 5605; Trib. Paola, 9.7.2019, n. 8473; Trib. Roma, sez. XIII, 27.6.2019, n. 13630 secondo cui per potenziare l'efficacia del procedimento di mediazione è necessaria, fatte salve ipotesi eccezionali, la comparizione personale delle parti; Trib. Napoli, 18.05.2020, n. 3514; Trib. Pordenone, 7.12.2020, n. 647; Corte di appello di Napoli, sez. II, 29.9.2020, n. 3227; Corte di appello de L'Aquila, sez. I, 15.07.2021, n. 1129. Secondo Trib. Milano, sezione XIII, 02.07.2019, n. 6458, <<*laddove, per la rilevanza della partecipazione, o della mancata partecipazione, ad alcuni momenti processuali, o per l'attribuzione di un particolare valore alle dichiarazioni rese dalla parte, la legge non ha ritenuto che la parte potesse farsi sostituire, attribuendo un disvalore, o un preciso significato alla sua mancata comparizione di persona, lo ha previsto espressamente (v. art. 231 c.p.c., sulla risposta all'interrogatorio formale: "la parte interrogata deve rispondere personalmente" e il successivo art. 232 c.p.c. che fa discendere precise conseguenze alla mancata presentazione della parte a rendere interrogatorio). In considerazione di ciò si deve ritenere che non è previsto, né escluso che la delega possa essere conferita al proprio difensore, con la conseguenza che la parte (in particolare, la parte che intende iniziare l'azione, ma identico discorso vale per la controparte), che per sua scelta o per impossibilità non possa partecipare personalmente a un incontro di mediazione, possa farsi sostituire da una persona a sua scelta e quindi anche – ma non solo – dal suo difensore. Affinché sia possibile validamente delegare un terzo alla partecipazione delle attività di mediazione, la parte deve conferirgli tale potere mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto*>>. Trib. di Bologna, sez. III, 29.9.2021, sentenza ex art. 281 *sexies* c.p.c. R.G. n. 20525/2019; Trib. Napoli, sez. II, 10.02.2022, n. 1488 ha precisato che <<*in tema di mediazione, seppur vero che la normativa preveda la comparizione personale delle parti, unitamente ai rispettivi legali, al primo incontro con il mediatore ciò non sta a significare che tale comparizione possa essere delegata al proprio legale, non trattandosi di attività strettamente personale. L'eventuale scelta di delegare un soggetto (anche il proprio legale) a comparire in propria vece innanzi al mediatore, per scelta o per impossibilità a comparire, non può essere valutata negativamente per la posizione del soggetto*>>.

ISSN 2036-7821

possa trovare quella composizione degli opposti interessi satisfattiva al punto da evitare la controversia ed essere più vantaggiosa per entrambe le parti"[3].

Tuttavia, la Corte –nel precisare la ratio della comparizione personale delle parti dinanzi al mediatore - riconosce che ciò non comporta che tale attività non sia delegabile. Infatti, "*in mancanza di una previsione in tale senso, e non avendo natura di atto strettamente personale, deve ritenersi che si tratti di attività delegabile ad altri*". La parte può scegliere a tal fine una qualsiasi persona di sua fiducia e, quindi, anche il difensore. E' chiaro che, in tal caso, debba essere conferita al difensore una procura sostanziale.

Di qui la seguente affermazione: "*Se sceglie di farsi sostituire dal difensore, la procura speciale rilasciata allo scopo non può essere autenticata dal difensore, perché il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore*". Questo è il passaggio-chiave della motivazione, dal quale seguono i corollari, che, interpretati alla luce della recente riforma, si possono così riassumere: a) nel procedimento di mediazione obbligatoria disciplinato dal d. lgs. n. 28 del 2010 e successive modifiche, è necessaria la comparizione personale delle parti davanti al mediatore, assistite dal difensore; b) nella comparizione obbligatoria davanti al mediatore la parte può anche farsi sostituire da un proprio rappresentante sostanziale, eventualmente nella persona dello stesso difensore che l'assiste nel procedimento di mediazione, purché dotato di apposita procura speciale "sostanziale", avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto; c) la condizione di procedibilità può ritenersi realizzata <se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo di conciliazione> (art. 5, comma 4).

C'è, a ben vedere, nella motivazione della Corte di cassazione, qualcosa che desta perplessità.

In primo luogo, va considerato che la questione non riguarda il compimento di atti che impegnano l'autonomia delle parti, ma la semplice partecipazione "personale" ad una riunione alla quale si deve assicurare la possibilità di un dialogo costruttivo.

[3] Tra i precedenti giurisprudenziali, secondo cui è necessaria la partecipazione al procedimento della parte e del difensore, si ricordano: Trib. Firenze, 23 novembre 2016; Trib. Mantova, 25 ottobre 2016; Trib. Modena, 2.6.2016 (ord); Trib. Roma, 29 settembre 2016; Trib. Vasto, 23 aprile 2016; Trib. Vasto, 6 dicembre 2016; Trib. Roma, 29 settembre 2016, n. 18361; Trib. Vasto, 17 dicembre 2018. Secondo Trib. Vasto, 9 marzo 2015 e Trib. Pavia, 9 marzo 2015, la partecipazione della parte durante il procedimento di mediazione è un'attività personalissima, non delegabile. Quindi, in caso di delega al difensore, la successiva domanda giudiziale è improcedibile, non essendo stata soddisfatta la condizione di procedibilità. In senso contrario rispetto alla soluzione della Cassazione: Trib. Firenze, 8 maggio 2019, in *adrnotariato.org*; Trib. Roma 27 giugno 2019, *in altalex.com* e, in precedenza, Trib. Firenze, 26 novembre 2014, in Riv. *Dir proc*., 2015, 588, con nota di RAITI, "*Il primo incontro di mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2 bis, d.leg. 4 marzo 2010, n. 28*; in Giur. It, 2015, 641, con nota di Benigni, *La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice*.

ISSN 2036-7821

Se, dunque, il problema riguardasse l'assistenza tecnica, l'art. 4 (precisava e) precisa che tra l'avvocato e il cliente deve essere formato un contratto che va inserito in un documento da depositare; così stabilendo la necessità della scrittura, ossia inserendo questo contratto tra quelli per i quali è necessaria la forma scritta (ex art. 1350 c.c.). Se, invece, il problema riguardasse la conclusione di accordi transattivi, facendo riferimento agli artt. 1392 c.c. e 1967 c.c., si dovrebbe ritenere che la procura deve essere conferita nella forma che è prevista per il negozio transattivo con cui si pone fine al procedimento. Ed infatti di ciò la Corte è ben consapevole, quando ammette che la parte ben può decidere di farsi sostituire da un proprio "rappresentante sostanziale", eventualmente anche dallo stesso difensore che l'assiste nel procedimento di mediazione, purché però sia dotato di "apposita procura sostanziale".

E' verosimile ritenere che la Corte, con l'aggettivo "sostanziale", che non trova specifico riscontro nella legge, abbia voluto contrapporre tale procura alla procura autenticata dall'avvocato medesimo, che ha natura processuale[4]. Orbene, fermo che nei casi in cui la mediazione è prevista come condizione di ammissibilità, l'assistenza dell'avvocato è necessaria e che a tal fine la parte deve stipulare un contratto scritto con il difensore; fermo che, se si devono assumere impegni negoziali definitivi o da perfezionare con atti pubblici successivi, la parte può delegare soltanto nelle forme richieste per tali negozi, è evidente che la cd. procura "sostanziale", di cui parla la Corte di cassazione, ha per oggetto il semplice incarico a partecipare a una o a più discussioni nelle riunioni preliminari che si svolgono dinanzi al mediatore. Che questo incarico debba essere dato con un atto "autenticato" da un pubblico ufficiale finisce con l'essere una "creazione" della giurisprudenza, la quale, non potendo affermare – come ammette - che si tratta di attività non delegabile (*recte*: non surrogabile), introduce forme che implicano una sorta di raccomandazione alla parte di valutare l'importanza della sua presenza personale che non è facilmente sostituibile. Del resto quando la legge impone alla parte di essere presente personalmente nel processo, lo fa non perché manchi chi la rappresenti (e all'avvocato munito di procura possono ben essere conferiti anche poteri "sostanziali"), ma proprio perché vuole imporre la partecipazione "fisica", che non ritiene -in quel caso- surrogabile.

[4] Inoltre, secondo la richiamata pronuncia della Cassazione la condizione di procedibilità poteva ritenersi realizzata al termine del primo incontro davanti al mediatore qualora una o entrambe le parti, dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, avessero comunicato la propria indisponibilità di procedere oltre. Sotto tale specifico profilo, in ordine alla formulazione dell'art. 8 antecedente alla riforma avvenuta con d.lgs 149/2022, si vedano i commenti di DALFINO, *"Primo incontro", comparizione personale delle parti, effettività della* mediazione, in Foro It., 2019, I, 3261; RAITI, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2° bis, d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28*, in Riv. Dir. proc., 2015, II, 564 ss.; REALI, *La mediazione come condizione di procedibilità della domanda tra dubbi interpretativi e incertezze applicative*, in *Giusto processo civile*, 2015, p. 979 ss.

ISSN 2036-7821

2. Perplessità in ordine alla richiamata giurisprudenza.

Negli indirizzi della Corte di Cassazione parrebbe adombrarsi una preoccupazione: se la partecipazione personale è funzionale per il corretto funzionamento dell'istituto, non è possibile affidarsi alla determinazione delle parti, ma occorre costringerle (direttamente o indirettamente) ad essere presenti. In altre parole bisognava porre un "divieto" alla parte che non vuole partecipare personalmente al procedimento ed impedire che il difensore, per la sua posizione di fiduciario, possa sovrapporsi indebitamente alla parte. Infatti, secondo la Cassazione, non soddisfano i requisiti richiesti dalle norme sulla mediazione né la procura alle liti, ancorché in forma di procura notarile, né la procura autenticata dal difensore poiché "*il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore*". Anche se il principio di diritto formulato dalla Corte si limita a prevedere la "procura sostanziale", senza imporre alcuna forma, nella motivazione, invece, sembra che venga richiesta una procura notarile che conferisca al procuratore il potere di transigere e conciliare. La Corte non chiarisce da dove nasca l'esigenza di avere una procura notarile[5]. Se volessimo seguire il ragionamento svolto dalla Cassazione nella citata ordinanza n. 8473/2019, dovremmo ritenere che, affinché la delega rilasciata al rappresentante sia valida, la parte deve conferire tale potere a un terzo a sua scelta - che potrebbe anche essere il difensore - purché "*mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto*". Sembra che la Corte abbia ingiustificatamente sovrapposto la mediazione al processo così estendendo alla mediazione un'esigenza propria del processo, nel quale la parte deve partecipare con l'intermediazione necessaria del difensore, sussistendo esigenze di certezza che non possono essere messe a rischio[6]. Di conseguenza, nel processo si è reso necessario che

[5]<<*E' evidente che così ritenendo il conferimento della procura comporterebbe significativi oneri aggiuntivi per la parte che potrebbe essere indotta a partecipare personalmente (così raggiungendo indirettamente l'effetto di favorire quel contatto immediato tra parti e mediatori che la stessa Corte ritiene fondamentale per la riuscita della mediazione); questa lettura potrebbe avere implicazioni rilevanti anche per il mediatore e per l'organismo che, nel caso di rappresentanza, dovrebbero non solo verificare forme e contenuti della procura (in fase di avvio e ovviamente anche di conclusione della mediazione) ma anche sollecitare eventuali integrazioni, rinviando il procedimento tutte le volte in cui la partecipazione di una o entrambe le parti non fosse regolare*>> CUOMO ULLOA, cit..

[6] Sotto tale profilo, si ricorda quanto chiarito dalla Corte di appello di Milano nella sentenza del 7 giugno 2017, n. 2515. Si riportano gli importanti passaggi motivazionali della citata sentenza che chiariscono la profonda differenza che corre tra processo e mediazione e l'impossibilità di creare indebite sovrapposizioni <<*Questa Corte dunque è chiamata a decidere se il mancato rispetto del termine di 15 giorni assegnato dal giudice per avviare il tentativo di mediazione, alla stregua della legge sulla mediazione processuale, possa ritenersi equivalente al mancato tentativo di mediazione nei casi in cui esso sia previsto come obbligatorio, situazione quest'ultima- che certamente determina l'improcedibilità del giudizio ordinario. 10. Rispetto a tale evenienza, la Corte rileva come il termine assegnato dal giudice corrisponda a quello di quindici giorni indicato dalla legge nell'art. 5 del d.lgs 28/2010 senza alcuna indicazione del carattere perentorio del medesimo. Quindi, considerando che il tentativo di mediazione è stato comunque esperito (con esito negativo),*

ISSN 2036-7821

la procura al difensore sia certa e si è reso l'avvocato garante di tale certezza, conferendogli un potere di certificazione dal momento che viene investito di una funzione di natura pubblicistica.

Questo eccezionale potere di certificazione non si estende al procedimento di mediazione. Nella mediazione la procura permette a un soggetto delegato dalla parte di partecipare ad un procedimento stragiudiziale, dove si svolge attività di diritto privato, con il potere di conciliare, così che la stessa deve essere rilasciata con atto autonomo, secondo le norme del codice civile.

---

il giudice avrebbe dovuto rilevare che la condizione di procedibilità dell'azione giudiziale si era in ogni caso avverata, sebbene con ritardo rispetto al termine (ordinatorio) inizialmente assegnato. Ed infatti, il termine di quindici giorni non appare corrispondere a un termine processuale cui applicare il disposto di cui all'art. 154 c.p.c.. Lo spirare di tale termine, invero, non avrebbe neanche dovuto condurre il giudice a ritenere necessaria una richiesta di proroga del termine, una volta fosse inutilmente spirato, circostanza che avrebbe avuto come effetto (questo sì paradossale) di allungare ulteriormente i termini di espletamento del tentativo di mediazione. Difatti il procedimento di mediazione costituisce una parentesi (giustappunto un'alternativa) del procedimento ordinario; e non può ritenersi come un'appendice di quest'ultimo, certamente sottoposto a più rigorose regole endoprocessuali. 11. Invero, nessuna norma della legge in esame attribuisce allo spirare di quel termine un effetto preclusivo dell'attività di mediazione come, viceversa, affermato dal primo giudice. Lo stesso principio di effettività dei diritti, immanente al diritto di accesso alla giustizia cui si conforma la legge sulla mediazione, imporrebbe di non considerare come penalizzanti termini che la legge non definisce come perentori, e che chiaramente si devono definire come regolatori degli interessi in gioco. Nella normativa in esame, invero, l'unico termine perentorio stabilito dalla legge (v. art. 6, comma 1, d.lgs. n.28 del 4.3.2010, come modificato dalla L. n. 98 del 9.8.2913), è riferito al termine di sospensione di tre mesi del giudizio che il giudice non potrebbe superare per consentire l'espletamento del tentativo di mediazione, sia esso obbligatorio che demandato dal giudice (v. art. 6 " 1. il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a tre mesi. 2. Il termine di cui al comma 1 decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del sesto o del settimo periodo del comma 1-bis dell'articolo 5 ovvero ai sensi del comma 2 dell'articolo 5, non è soggetto a sospensione feriale"). Sempre secondo la legge, l'esperimento del tentativo di mediazione vale come condizione di procedibilità dell'azione, la quale a sua volta non è sottoposta ad alcun termine se non a quello ordinario previsto eventualmente dalla legge (v. prescrizione o decadenza processuale prevista in caso di opposizione a decreto ingiuntivo). Pertanto sarebbe del tutto incoerente ritenere che un termine riferito al particolare e alternativo procedimento di mediazione possa incidere così pesantemente sui diritti processuali delle parti… 13. In conclusione, si deve assumere che nel procedimento de quo, nonostante il tentativo di conciliazione sia stato espletato, il giudizio ordinario di opposizione al decreto ingiuntivo sia stato erroneamente dichiarato improcedibile, da parte del giudice di primo grado, sul rilievo dello spirare di un termine per l'attivazione del procedimento di mediazione che non è previsto dalla legge come processuale, posto che il procedimento di mediazione non è assimilabile al procedimento ordinario e costituisce uno strumento di risoluzione delle liti alternativo al procedimento ordinario e giurisdizionale. Sicché, la mancata osservanza di un termine finalizzato a regolare un procedimento alternativo a quello giurisdizionale, non potrebbe certamente avere effetti processuali regolati da norme riferibili solo al procedimento ordinario e, tanto meno, essere interpretata alla stregua di un mancato avveramento di una condizione di procedibilità dell'azione, con definitiva compressione del diritto d'azione costituzionalmente protetto. 14. Un'interpretazione di diverso senso, difatti, aprirebbe un vulnus nella stessa legge di mediazione di derivazione comunitaria che, se nella versione nazionale scelta dal legislatore interno ha previsto come obbligatorio il tentativo di mediazione nella fase preliminare di alcuni contenziosi civili, come imprescindibile condizione di procedibilità, rimane pur sempre una disciplina orientata a incentivare soluzioni delle controversie pacifiche e alternative alla giurisdizione, senza eccessiva compromissione del diritto di agire, il quale non potrebbe essere impedito frapponendo ulteriori ostacoli temporali o decadenze processuali incompatibili con il principio del giusto processo e con il diritto di libero accesso alla giustizia, di matrice costituzionale e convenzionale (v. art. 24 Cost. e art. 6 Convenzione dei diritti dell'Uomo). 15. Per tale motivo, la Corte ritiene che nel caso specifico non possa operare la causa di improcedibilità ravvisata d'ufficio dal giudice, rendendosi necessario riformare in questo punto la sentenza impugnata. Conseguentemente, il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in esame, essendo stato inutilmente esperito il tentativo di mediazione previsto come obbligatorio dalla legge, deve essere considerato procedibile…>>.

ISSN 2036-7821

L'imposizione della forma, quindi, nasconde un problema di sostanza: secondo la Corte - si ripete -è necessario che si "obblighi" la parte a intervenire personalmente.

3. La nuova disposizione.

Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, (G.U. n. 38 L. del 17 ottobre 2022), di "attuazione della legge 2l6 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata", è intervenuto, accogliendo le indicazioni della Corte. Ha modificato l'art. 8, comma 4, d. lgs. 28/2010, disponendo la necessità di prevedere la partecipazione personale delle parti oppure la possibilità di delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia. L'attuale formulazione dell'art. 8, comma 4, è la seguente: <<*Le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione. In presenza di giustificati motivi, possono delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia. I soggetti diversi dalle persone fisiche partecipano alla procedura di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia. Ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale*>>.

La modifica normativa ha apportato un correttivo al procedimento di mediazione con l'intento di rafforzarne l'efficacia: in primo luogo è stata prevista sin dal primo incontro la partecipazione personale delle parti per consentire un confronto effettivo sulla controversia; inoltre, il primo incontro dà la possibilità di entrare subito nel vivo della questione per raggiungere un accordo di conciliazione. Esso, quindi, non è più un incontro dedicato esclusivamente all'esposizione del significato della mediazione e del suo funzionamento: si è compreso che si trattava di chiarimenti che costituivano un inutile appesantimento della procedura soprattutto nei casi in cui le parti sono assistite dai difensori, per cui è verosimile ritenere che le parti abbiano già ricevuto tutte le informazioni necessarie per comprendere l'attività da svolgere durante il procedimento di mediazione e i possibili vantaggi offerti dalla mediazione rispetto al processo. Peraltro, qualora non possano essere presenti per giustificati motivi, le parti hanno la possibilità di farsi sostituire da soggetti a conoscenza dei fatti e dotati degli opportuni poteri di decidere[7].

Si è detto che la disposizione ha lasciato aperta la questione della forma che deve rivestire la procura rilasciata al soggetto delegato dalla parte per partecipare

[7] CALIFANO, *L'ennesima riforma del sistema di mediazione delle controversie civili e commerciali*, in *www.ildirittoprocessualecivile.it*, 19 gennaio 2023, p. 102 ss.

ISSN 2036-7821

all'incontro di mediazione e conciliare eventualmente la controversia[8], in quanto la precisazione contenuta nell'art 8, comma 4 (secondo cui <*ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale*>), non è idonea a risolvere il problema. Ad avviso di chi scrive sembra, invece, che la norma abbia voluto risolverlo e che lo abbia fatto in maniera da indurre una riflessione.

[8] Non ha dubbi sulla soluzione TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, in *Questione Giustizia*, 1/2023, p. 220, per il quale <Sebbene sia stata persa l'occasione per chiarirlo una volta per tutte *apertis verbis*, codesta "procura sostanziale", cioè *ad negotia* e non *ad mediationem tantum*, non dovrà essere autenticata da notaio (eccezion fatta quando la mediazione verta su beni immobili, dovendosi trascrivere nei registri immobiliari l'eventuale accordo conciliativo munito di autentica notarile, in ossequio alle norme vigenti in materia di trascrizioni), ma potrà essere rilasciata anche nelle forme di cui all'art. 185 cpc, con firma autenticata dal difensore, eventualmente nominando se stesso quale rappresentante abilitato a transigere e conciliare la controversia, purché messo compiutamente a parte e a conoscenza dei fatti di cui si discute, non potendosi certo rendere le forme da adottare nel contesto della mediazione più gravose di quelle che s'adoprano nel processo, nonostante l'insana passione di proceduristi e "tuzioristi" d'ogni genere e sorta nell'imporre stringenti regole formalistiche, forgiando cavilli procedurali degni della proverbiale lana caprina>>. Al riguardo, Tedoldi richiama Trib. Genova 15 febbraio 2022, n. 393, che ha affermato l'insufficienza della procura speciale sostanziale da parte del cliente in favore del proprio avvocato, priva di autentica notarile; Trib. Parma, 10 ottobre 2022, n. 1139 e Trib. Milano, 4 ottobre 2021, n. 7980, che fraintendendo alcuni passaggi motivazionali della pronuncia della S.C. n. 8473/2019 (di cui *infra*) hanno sostenuto la necessità del rilascio al rappresentante sostanziale della procura notarile.

In aggiunta ai precedenti ricordati dall'Autore, si ricordano Trib. Milano, sezione XIII, 11.6.2019, n. 5605; Trib. Paola, 9.7.2019, n. 8473; Trib. Roma, sez. XIII, 27.6.2019, n. 13630 secondo cui per potenziare l'efficacia del procedimento di mediazione è necessaria, fatte salve ipotesi eccezionali, la comparizione personale delle parti; Trib. Napoli, 18.05.2020, n. 3514; Trib. Pordenone, 7.12.2020, n. 647; Corte di appello di Napoli, sez. II, 29.9.2020, n. 3227; Corte di appello de L'Aquila, sez. I, 15.07.2021, n. 1129. Secondo Trib. Milano, sezione XIII, 02.07.2019, n. 6458, <<*laddove, per la rilevanza della partecipazione, o della mancata partecipazione, ad alcuni momenti processuali, o per l'attribuzione di un particolare alle dichiarazioni rese dalla parte, la legge non ha ritenuto che la parte potesse farsi sostituire, attribuendo un disvalore, o un preciso significato alla sua mancata comparizione di persona, lo ha previsto espressamente (v. art. 231 c.p.c., sulla risposta all'interrogatorio formale: "la parte interrogata deve rispondere personalmente" e il successivo art. 232 c.p.c. che fa discendere precise conseguenze alla mancata presentazione della parte a rendere interrogatorio). In considerazione di ciò si deve ritenere che non è previsto, né escluso che la delega possa essere conferita al proprio difensore, con la conseguenza che la parte (in particolare, la parte che intende iniziare l'azione, ma identico discorso vale per la controparte), che per sua scelta o per impossibilità non possa partecipare personalmente a un incontro di mediazione, possa farsi sostituire da una persona a sua scelta e quindi anche – ma non solo – dal suo difensore. Affinché sia possibile validamente delegare un terzo alla partecipazione delle attività di mediazione, la parte deve conferirgli tale potere mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto*>>. Trib. di Bologna, sez. III, 29.9.2021, sentenza ex art. 281 *sexies* c.p.c. R.G. n. 20525/2019; Trib. Napoli, sez. II, 10.02.2022, n. 1488 ha precisato che <<*in tema di mediazione, seppur vero che la normativa preveda la comparizione personale delle parti, unitamente ai rispettivi legali, al primo incontro con il mediatore ciò non sta a significare che tale comparizione possa essere delegata al proprio legale, non trattandosi di attività strettamente personale. L'eventuale scelta di delegare un soggetto (anche il proprio legale) a comparire in propria vece innanzi al mediatore, per scelta o per impossibilità a comparire, non può essere valutata negativamente per la posizione del* soggetto>>.

Sul punto afferma LOCATELLI, *Complementarità tra mediazione e processo nel D. lgs 149/2022: "l'occasione è difficile che si offra ed è facile che si perda"*, in *Judicium*, 2022, che <<*Sarebbe stato utile chiarire una volta per tutti anche i requisiti formali della procura, tema su cui si sono confrontati, nella prassi, gli orientamenti più svariati, in relazione alla necessità di poter accertare che il conferimento della stessa sia effettivamente ascrivibile al rappresentato; di qui la paventata necessità, secondo l'orientamento più rigorista, che essa fosse rilasciata mediante scrittura privata autenticata o procura notarile…*>>.

ISSN 2036-7821

4. Una possibile lettura della nuova disposizione.

Il problema è stato mal posto nel passato e oggi si rischia di perpetuare l'equivoco. Ciò che si legge nel quarto comma dell'art. 8 dovrebbe essere da guida: altro è la "conoscenza dei fatti" altro sono "i poteri per comporre una lite". Chi porta dinanzi ai mediatori o ai giudici la conoscenza dei fatti non usa poteri, ma offre strumenti perché il mediatore e il giudice si orientino nella ricerca della giusta soluzione (conciliativa o giudiziale). Viene a mente la differenza che la giurisprudenza pone tra il "nuncius" e il rappresentante. Il primo non spende poteri[9]. Di conseguenza per chi deve partecipare alla "discussione" dinanzi al mediatore, l'unico problema è quello di rendere quest'ultima proficua. La conferma sta proprio nella disposizione in esame. Se fossimo dinanzi a un problema di "forma" della procura (o dell'atto di conferimento dell'incarico), non avrebbe senso stabilire che la "sostituzione" può essere disposta se c'è una valida causa giustificatrice. Ha un senso perché non si tratta di compiere "atti" di tipo negoziale, ma di partecipare a una "discussione".

La riforma -che ha accolto una raccomandazione della Corte di cassazione- non aveva, insomma, il compito di risolvere un problema di forma. Si è preoccupata di stabilire un obbligo di partecipazione. In tal senso, sembra avere stabilito un legame tra l'obbligo di partecipazione alle riunioni e il conferimento di validi poteri per comporre bonariamente la controversia. Se così fosse, la parte potrebbe farsi sostituire nella partecipazione soltanto allegando (e provando) giustificati motivi. Sarebbe soltanto da chiedersi se, in questo caso, sia possibile dare al terzo il solo incarico di partecipare alla riunione senza conferirgli alcun mandato a compiere atti negoziali. Se la disposizione va intesa come necessità che alla "sostituzione" debba accompagnarsi anche il potere "necessario per la composizione della controversia", il problema della forma è risolto sulla base dell'art. 1392 c.c., per cui la forma dell'atto pubblico sarà necessaria soltanto se la composizione della lite richieda che sia formato un atto pubblico.

Se tali considerazioni fossero da condividere, ci sarebbe da chiedersi cosa succede se la parte non partecipa alla riunione personalmente, ma non allega un "giustificato motivo" per il quale ha dato ad altri il potere di sostituirlo o non ne dà prova, per la semplice ragione che non intende partecipare.

Si può fare strada il dubbio che a distanza di tempo la parte, che ha interesse a frapporre impedimenti all'interno del processo, contesti che la mancata partecipazione fosse giustificata e, quindi, chieda che il giudice annulli l'attività processuale svolta, perché il processo è andato avanti benché vi fosse una ragione di improcedibilità. E' un rischio che si corre; ed è un rischio non meno serio di quello

[9] Cass., 14.02.2014, n. 3433, di cui si riporta la massima <<*assume la veste di nuncio, e non di rappresentante, colui il quale si limiti ad informare il proponente dell'avvenuta accettazione della sua proposta contrattuale, a nulla rilevando che tale informazione non contenga le generalità del contraente effettivo, se il proponente sia comunque in grado di identificarlo*>>, in *Diritto & Giustizia*, con nota di BRUNO.

ISSN 2036-7821

rappresentato dalla necessità di essere muniti di procura "sostanziale", pretesa e ritenuta rilevante dai giudici. E' un rischio che si corre quando si eleva a rango di requisito di "forma" un determinato comportamento; così si finisce per trattare una comportamento "non dovuto" da contrastare attraverso sanzioni in ipotesi di nullità, inammissibilità o improcedibilità, e, quindi, che colpiscono non il comportamento, ma lo stesso processo.

A tal fine è opportuno ricordare che l'art. 12-*bis* d.lgs. n. 28/2010 (in una formulazione che, peraltro, già preesisteva) stabilisce le conseguenze della mancata partecipazione delle parti senza giustificato motivo al primo incontro in qualsiasi tipo di mediazione (obbligatoria, demandata dal giudice, contrattuale o volontaria), prevedendo che il giudice possa (soltanto) desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, co. 2 c.p.c.[10]

Questo richiamo induce a mitigare l'enfatizzazione della necessaria partecipazione delle parti al procedimento. Il legislatore può favorire la partecipazione personale delle parti e la può incentivare, ma non può obbligare le parti ad essere presenti[11]. In

[10]<<…gli argomenti di prova hanno una funzione esornativa e di abbellimento dell'*intime convinction* giudiciale di cui al primo comma dell'art. 116 cpc, ben più che un'effettiva rilevanza giuridica e processuale>>, TEDOLDI, *Le ADR nella riforma della giustizia civile*, cit., p. 222; l'art. 12-*bis*, comma 2, recita che <<*quando la mediazione costituisce condizione di procedibilità, il giudice condanna la parte costituita che non ha partecipato al primo incontro senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio*>>.

[11]Sotto lo specifico profilo esaminato si rinvia ai rilievi sulla riforma della mediazione contenuta nella legge delega 26 novembre 2021, n. 206 svolti da M. LUPANO, *La riforma della mediazione*, in *Judicium.it*, 2022. In particolare l'A. sottolinea che <<*le proposte di riforma avanzate negli ultimi anni hanno cercato in vario modo di accrescere la partecipazione alla mediazione. La commissione Alpa aveva proposto di imporre esplicitamente lo svolgimento della mediazione effettiva al fine di soddisfare la condizione di procedibilità, stabilendo che alla fase informativa seguisse l'inizio della trattativa senza soluzione di continuità. La legge delega, recependo le proposte della commissione Luiso, adotta invece una diversa linea d'azione, prevedendo di "riordinare le disposizioni concernenti lo svolgimento della procedura di mediazione nel senso di favorire la partecipazione personale delle parti, nonché l'effettivo confronto sulle questioni controverse, regolando le conseguenze della mancata partecipazione" (comma 4, lettera). Le conseguenze in questione, a mio parere, non possono riguardare l'avveramento della condizione di procedibilità per svariate ragioni: - la norma fa riferimento allo svolgimento della procedura e non alla sua obbligatorietà; - la legge delega non consente di sopprimere la facoltà delle parti, al termine della fase informativa del primo incontro, di esprimersi sull'avvio della mediazione vera e propria; - nel contempo, il comma 4, lettera c, prevede per le nuove materia soggette alla condizione di procedibilità che quest'ultima si considera avverata se il primo incontro si conclude senza accordo…Il comma 4, lettera e, consente quindi unicamente una revisione delle sanzioni – eufemisticamente definite "conseguenza" – per la mancata partecipazione oggi contenute all'art. 8 del d. lgs. 28/2010 e non il modo di soddisfare la condizione di procedibilità*>>; e sulla possibilità della parte di nominare un rappresentante in sostituzione munito di procura notarile aggiunge che <<*Il d. lgs. 28/2010 tuttavia non detta al riguardo alcun requisito formale, né i giudici di legittimità hanno chiarito se e per quale ragione occorra, ad esempio, una scrittura privata autenticata. Nel silenzio della legge, quindi, la procura deve avere la stessa forma prevista per l'accordo che si deve concludere (art. 1392 c.c.), ossia quella scritta (art. 11, d.lgs. 28/2010). La pronuncia della suprema corte, pur essendo a mio avviso condivisibile, ha messo in luce come il d. lgs. 28/2010 non assicuri con sufficiente forza – anzi, non assicuri affatto – la partecipazione personale delle parti, il che riduce l'efficacia conciliativa dell'istituto, fondato sulla riapertura del dialogo, di un canale di comunicazione tra le parti. La Commissione Luiso e il Parlamento poi hanno ritenuto necessario intervenire: il comma 4, lettera f, della legge delega consente di nominare un rappresentante munito dei poteri per conciliare solo in presenza di giustificati motivi e purché questi sia a conoscenza dei fatti. La norma prosegue stabilendo che anche le*

ISSN 2036-7821

altri termini, il legislatore non impone, ma onera le parti (soprattutto chi vuole iniziare il giudizio) ad essere presenti personalmente. E lo può fare – per questo motivo è un onere - in quanto fa leva sul suo interesse ad iniziare il processo. Non sembra, infatti, che il caso in cui la parte si faccia "sostituire" senza giustificate ragioni possa dare luogo a conseguenze diverse da quelle previste per il caso in cui la parte neppure si presenti davanti al mediatore.

5. Considerazioni riassuntive.

La mediazione è un procedimento che si svolge fuori dal processo, dotato di propria autonomia. La parte può presentare al mediatore atti a sua firma senza bisogno di autenticazione (come risulta dall'art. 4, comma 1 d.lgs. n.28 del 2010); il difensore partecipa al procedimento con una funzione di semplice assistenza (art. 8, comma 5)[12]; non c'è bisogno di alcuna certificazione da parte del difensore, dal momento che il mediatore è garante dell'identificazione della parte che ha chiesto direttamente, e senza necessità di intermediazioni, l'avvio del procedimento; in ipotesi di raggiungimento dell'accordo conciliativo, il verbale conclusivo della mediazione deve essere sottoscritto <<dalle parti, dai loro avvocati e dagli altri partecipanti alla procedura nonché dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere…>> (art. 11, comma 4).

Al procedimento di mediazione, in luogo della parte, può partecipare un delegato a conoscenza dei fatti di causa e munito dei poteri necessari per raggiungere un accordo di conciliazione; <<ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale>> (art. 8, comma 4).

Secondo l'attuale formulazione dell'art. 8, comma 4 d.lgs. cit. la procura che la parte deve rilasciare al terzo per consentirgli di partecipare alla mediazione si sostanzia non solo in un mandato a gestire atti, ma deve contemplare anche la possibilità di conciliare la lite. Di conseguenza, se l'oggetto della mediazione riguarda la conclusione di un accordo di uno degli atti elencati nell'art. 1350 c.c., per i quali la legge prescrive la forma scritta *ad substantiam*, la procura dovrà avere necessariamente la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. Al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 1350 c.c., non si vede il motivo per cui il terzo non possa partecipare validamente al giudizio munito di semplice procura scritta rilasciata dalla parte senza l'obbligo di osservare particolari formalità.

Stando a quanto previsto dall'art. 8 comma 4, il mediatore può chiedere, ove necessario, al rappresentante di dichiarare i poteri di rappresentanza, lasciandone traccia nel verbale. Quindi, a meno che non sia previsto dal regolamento

persone giuridiche e gli enti devono partecipare mediante rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e in grado di concludere l'accordo>>.

[12] CALIFANO, cit., p. 141.

ISSN 2036-7821

dell'organismo di mediazione, il rappresentante non è tenuto a depositare la procura notarile, potendosi limitare a dichiarare di partecipare alla mediazione in nome e per conto della parte; dovrà giustificare i suoi poteri qualora il mediatore lo ritenga necessario, situazione che potrebbe verificarsi proprio in occasione della conciliazione della controversia. Potrebbe verificarsi anche la situazione in cui l'accordo sia concluso con un rappresentante privo di procura scritta o di valida procura scritta (perché non rispondente ai crismi previsti dall'art. 1350 c.c.). C'è da chiedersi se in tale situazione l'accordo raggiunto sia valido. Sovviene in proposito l'art. 1399 c.c., così che sarà sempre possibile per il falso rappresentato ratificare l'operato svolto dal *falsus procurator*, osservando le forme prescritte per la conclusione dell'accordo, e sempre che le parti contraenti non decidano di risolvere il contratto prima della ratifica.

6. Una conclusione.

La Corte di Cassazione ha adoperato il ricorso come l'occasione per intervenire su questioni nuove, avvertendo l'esigenza di evitare che il procedimento di mediazione - da strumento deflattivo animato dall'idea di evitare contenziosi il cui costo complessivo (per le parti e per la collettività) è superiore ai benefici che i litiganti potrebbero ricavarne - degeneri in uso strumentale per complicare il processo e porre ostacoli. Le osservazioni della Corte hanno indotto il Legislatore a intervenire prevedendo espressamente la partecipazione personale delle parti, assistite dai loro difensori ovvero la partecipazione di un rappresentante, munito di apposita procura, eventualmente rilasciata agli stessi difensori. Il Legislatore ha così introdotto una sorta di (non coercibile) obbligo di partecipazione personale. Resta il timore che chi voglia porre ostacoli a una giustizia già molto lenta possa speculare insistendo su conclusioni basate su un rigoroso ed eccessivo formalismo, traendo argomenti favorevoli proprio dalla pronuncia della Cassazione n. 3250/2019. Satta[13] ha insegnato

[13] S. SATTA, Il formalismo nel processo, Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, 1958, p. 1141 e ss. ove si legge <<*Formale e formalistico sono termini che non hanno nulla in comune. Disgraziatamente la povertà del linguaggio riconduce l'uno e l'altro all'idea di forma, ma è chiaro che questa parola è usata in due sensi completamente diversi ed opposti: l'uno è quello scolastico di essenza di una cosa, il senso di Dante (<<e questo è forma – che l'universo a Dio fa simigliante>>: Par. III, 79 ecc.); l'altro, è quello empirico di esteriorità a cui non corrisponde nessuna essenza…Il formalismo comincia dove il diritto finisce. Esso rappresenta veramente una frattura dell'esperienza giuridica: al posto dell'esperienza e del suo libero movimento si pone una falsa esperienza, cioè l'immobile vuoto, che si tratta come cosa salda, modellandolo in forme che essendo forme del vuoto, hanno il pregio di essere infinite. In fondo, abbiamo così trovato quasi senza volere la definizione del formalismo: e si capisce così come eravamo intuitivamente nel vero quando dicevamo che esso non è qualcosa di esteriore, ma è interiore all'uomo, una autentica componente dello spirito umano>> (p. 1143-1144)>>* ; *Diritto processuale civile*, XII ed. curata da C. Punzi, Padova, 1996 <<*E qui tocchiamo il formalismo nella sua vera e ultima radice, che è l'uomo. In sostanza, il formalismo non è altro che una manifestazione di paura: paura del giudizio, della grande opzione fra due interessi in contrasto. Si direbbe che nel giudice, accanto al dovere funzionale di giudicare, vibri l'eco paralizzante del nolite judicare. Paura dunque sacrosanta nelle sue origini, ma che non legittima le evasioni. L'evasione è il formalismo, il risolvere il giudizio in termini di processo, il rigetto della responsabilità del giudizio sulla norma. Che esista il formalismo giudiziale nessuno che abbia vissuto o viva il dramma del cercare giustizia nel processo, o anche studi il processo*

ISSN 2036-7821

che le forme sono necessarie e nulla c'è di più dannoso del formalismo. E di questa linea di confine si è tenuto conto nel presente scritto.

con mente libera da pregiudizi, può dubitare. Non si vuol dire con ciò che i giudizi siano sempre formalistici. Si potrebbero citare molti casi di decisioni in cui la sostanza ha prevalso sulla forma…Si vuol parlare qui di tendenze, di correnti, se si vuole, del giudizio in generale, di un tipico atteggiamento dello spirito umano nell'atto del giudicare. Ora questo formalismo è quello che più attentamente bisogna studiare, perché esso segna il massimo distacco del processo dal diritto, è veramente creativo del processo. E' evidente che non c'è formalismo di legislatore che valga se il giudice non è formalista, perché è il giudice che fa la norma assai più di quanto la norma non faccia il giudice>>.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Applicazioni del metaverso nei servizi sanitari: governance della realtà estesa e blockchain per l'automazione dei procedimenti amministrativi.

di Giuseppina Lofaro

(Assegnista di ricerca *post-doc* di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi *Mediterranea* di Reggio Calabria)

Sommario

1. Considerazioni introduttive generali classificatorie e dato definitorio. – 2. Profili evolutivi applicativi del metaverso a tutela della salute e questioni problematiche. – 3. Cenni su aspetti regolatori del metaverso nei servizi sanitari tra leggi esistenti e norme in fieri. – 4. L'automazione dei procedimenti decisionali ed amministrativi tramite blockchain. – 5. Alcune questioni di diritto amministrativo nel settore sanitario in realtà estesa, tra l'istituto dell'accesso civico ed il "Sunshine act" italiano. – 6. Profili di diritto amministrativo comunitario e comparato nel metaverso in sanità: tutela dei dati, trasparenza, accountability e smart contracts. – 7. Indicazioni di policy per l'interoperabilità dei metaversi nell'e-governance della Pubblica Amministrazione: considerazioni conclusive propositive in ambito sanitario.

Abstract

The question of Metaverse regulation involves the prodromic definition of the governance of the whole network system. The interoperability between Metaverses requires the preliminary resolution of the Avatar's identity problem and, specifically, of its certification. Ensuring a greater transparency in the use conditions of these tools appears as a priority.
The immersive reality requires a sustainable development in democratic terms. This represents a big challenge for all the actors operating in the Extended Reality, even more in the medical-health sector where sensitive data are also processed.

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

1. Considerazioni introduttive generali classificatorie e dato definitorio.

Il metaverso è uno spazio virtuale collettivo condiviso, creato dalla convergenza di una realtà virtuale immersiva e di una realtà fisica migliorata virtualmente[1]. Le prospettive di applicazione e di sviluppo di tale realtà sono enormi ed in parte, ad oggi, non prevedibili.

Può ritenersi che non sussista attualmente una definizione[2] condivisa del termine che, anche perciò, sollecita riflessioni tra gli specialisti, compresi i giuristi[3].

Il concetto è assurto alla ribalta in riferimento ad un'operazione dell'azienda Meta, grazie a cui il metaverso è diventato un argomento di studio. L'azienda statunitense è forse stata la prima a puntare sul metaverso[4] come prospettiva alternativa plausibile, una visione della realtà virtuale immersiva integrata alla realtà fisica, aspirando a rendere il metaverso un "Internet incarnato" o un "Internet a tre dimensioni"[5], ossia uno strumento parte della realtà quotidiana degli individui, delle aziende e delle Pubbliche Amministrazioni[6].

---

* Il presente contributo di ricerca ha origine e sviluppo nell'ambito del Progetto *iCare*, (CUP J39J14001400007 – Azione 10.5.12), in cui Giuseppina Lofaro (giuseppina.lofaro@unirc.it) è risultata vincitrice dell'assegno di ricerca in Diritto Amministrativo (Settore scientifico disciplinare *IUS*-10) presso il Dipartimento DIIES (Dipartimento di Eccellenza 2023-2027) dell'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, per l'espletamento del programma di ricerca dal titolo "*Modelli procedimentali e semplificazione gestionale dei flussi informativi per la piattaforma di telemedicina iCare*", finanziato nell'ambito del POR FESR FSE 2014/2020 della Regione Calabria con il concorso di risorse comunitarie del FESR ed FSE, dello Stato italiano e della Regione Calabria. Il presente lavoro costituisce la versione aggiornata ed ampliata della relazione "Applicazioni del Metaverso nei servizi sanitari: *governance* della Realtà Aumentata, *blockchain* per l'automazione dei processi amministrativi e tutela dei dati", tenuta da Giuseppina Lofaro nell'ambito della IV CONFERENZA ANNUALE di ICON•S *ITALIAN CHAPTER* dal titolo "POLITICA E ISTITUZIONI TRA TRASFORMAZIONI E RIFORME", che ha avuto luogo il 13 e il 14 ottobre 2023 presso l'Università commerciale "Luigi Bocconi" a Milano.

[1] K. BHUGAONKAR - R. BHUGAONKAR - N. MASNE, *The Trend of Metaverse and Augmented & Virtual Reality Extending to the Healthcare System*, in *Cureus – J. Med. Science*, 14(9), settembre 2022, *passim*.

[2] T. MADIEGA, P. CAR, M. NIESTADT, *Metaverse. Opportunities, risks and policy implications*, EPRS (*European Parliamentary Research Service*), PE 733.557, Giugno 2022, 2.

[3] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il giurista tra accademia e società*, in *Amministrativ@mente*, Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo, fasc. n. 4/2022, spec. 93, in *www.amministrativamente.com*, fa riferimento al metaverso come ad: «Un qualcosa che sembra andare persino oltre la realtà virtuale e che obiettivamente resta difficile definire con precisione».

[4] Un elenco delle numerose definizioni del metaverso è riportato da S.M. PARK, Y.G. KIM, *A Metaverse: Taxonomy, Components, Applications and Open Challenges*, in *IEEE Access*, *X*, 2022, 4209-4251.

[5] R. MORO VISCONTI - A. CESARETTI, *Il metaverso tra realtà digitale e aumentata: innovazione tecnologica e catena del valore*, in *Diritto di Internet*, 3, 2022, 627 ss., secondo i quali il metaverso costituirebbe l'ideale estensione di Internet, ossia il suo potenziamento.

[6] La tecnica di disciplina per principi consente di affrontare, mediante strumenti giuridici, casi concreti che non siano sussumibili in una specifica fattispecie legale, in un «modello di regola», com'è frequente nel mondo complesso di oggi, ed ancor più in relazione ad esperienze umane in transizione, come quella che concerne l'automazione della Pubblica Amministrazione, in cui occorre non soltanto generare, ma continuamente rinnovare regole in relazione a fatti che sono ancora poco conosciuti o in fisiologica evoluzione e, pertanto, possono presentarsi con vesti sempre mutevoli. La questione della "complessità aumentata" è trattata efficacemente in P. FORTE, *Complessità e situazioni giuridiche. Notazioni teoriche*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, III, Napoli, 2021, 2143 ss.

ISSN 2036-7821

Allo stato attuale, diverse compagnie stanno sviluppando il proprio metaverso[7], anticipando l'idea che potranno sussistere tante realtà immersive[8] estese di proprietà di diversi operatori[9], che potranno essere – o meno – tra loro interconnesse.
Accanto ad un'infrastruttura di rete caratterizzata da una connettività elevata, indispensabile ai fini del considerevole traffico dati della realtà virtuale, il metaverso[10] attualmente disponibile si fonda sul c.d. "Internet 3.0" che permette agli utenti di interagire in spazi chiusi tridimensionali, come una sala operatoria[11]. A tal proposito si faccia riferimento, a titolo esemplificativo, al prodotto "HoloLens 2"[12] di Microsoft, che sta migliorando il trattamento dei pazienti e consentendo agli operatori sanitari di collaborare in modo più efficace ed efficiente.
Il visore è l'altro fattore abilitante che consente l'accesso al metaverso[13], costituendone l'interfaccia. Alle funzionalità tecniche dei visori nonché alle condizioni e termini contrattuali di utilizzo sono connesse diverse questioni sia sotto gli aspetti della tutela dei diritti degli utenti e della responsabilità degli operatori, sia per quel che concerne i dati raccolti dalla piattaforma che gestisce il metaverso[14].
In linea di prima approssimazione, il metaverso potrà avere configurazioni differenti a seconda che sia decentralizzato o meno. I metaversi centralizzati tendono a sviluppare proprie tecnologie di accesso, gestione degli applicativi e regole di

[7] Per una ricognizione delle diverse tecnologie connesse allo sviluppo del metaverso, si v. AA.VV., *All one needs to know about metaverse: A complete survey on technological singularity, virtual ecosystem and research agenda*, in *Journal of Latex*, *XIV*, 2021, *passim*.

[8] Cfr. REPORT CLIFFORD CHANCE, *The Metaverse: What Are the Legal Implications?*, 2022, *passim*.

[9] «Esiste allo stato una forte concorrenza tra diverse tecnologie, cosa che rende difficile predire con un accurato livello di certezza quale sarà la configurazione definitiva del metaverso. Ciò è in parte dovuto al segreto che copre gli investimenti in innovazione che le compagnie stanno svolgendo. In parte è dovuto al fatto che nessuna tecnologia ha ancora raggiunto la scala sufficiente per imporsi come *standard* di mercato. Ciononostante, alcune di esse sembrano attrarre maggiori investimenti ed interesse e dunque, al momento, paiono più in grado di altre di imporsi nel metaverso». Il virgolettato è di F. DI PORTO, *Metaversi e aspirazioni di intervento regolatorio: quali prospettive?*, Nota per l'Audizione informale presso la I^ Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica, 14 luglio 2022, 1-14, in *www.lawandtechnology.it*.

[10] C. GALLI, *Metaverso o metaversi tra innovazione tecnica e innovazione giuridica*, in *Il Diritto industriale*, 2/2023, 109-116.

[11] D. AMRAM, *La transizione digitale delle vulnerabilità e il sistema delle responsabilità*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1/2023, 1-20.

[12] "HoloLens 2 x assistenza sanitaria" consente ai *team* di lavorare in sicurezza e di migliorare il trattamento dei pazienti riducendo i tempi di assistenza. Con "HoloLens 2", gli operatori sanitari possono connettersi con esperti remoti, richiamare i dati dei pazienti ed andare oltre i raggi X per consultare le immagini MRI in 3D presso il punto di cura. Cfr. *https://www.microsoft.com/en-us/hololens/industry-healthcare.*

[13] A. MALASCHINI, *Metaverso e diritto: su alcune questioni giuridiche della realtà virtuale*, in *GiustAmm.it*, 2/2023, 2 ss.

[14] L'azienda Meta ha lanciato diversi apparecchi, come il visore *Oculus* ed ora *Ray Ban Stories*. Quest'ultimo è costituito da semplici occhiali abbinati ad un "braccialetto Emg (elettromiografia) con interfaccia neurale". Tale tecnologia consente la registrazione dell'attività elettrica dei muscoli, che viene tradotta in comandi digitali. In concreto, muovendo polso e dita si mandano *input* al visore per interagire sia nella realtà (ad esempio scattare foto, fare video, chiamate, ecc.), sia – in prospettiva – nel metaverso. Si tratta di dati sensibili(ssimi) sul cui uso e riuso gli utenti dovrebbero avere piena consapevolezza. Su tali aspetti, si v. F. DI PORTO, *Metaversi e aspirazioni di intervento regolatorio: quali prospettive?*, cit., 3.

ISSN 2036-7821

comportamento degli utenti; invece, quelli decentralizzati, che si fondano sui registri distribuiti, attualmente si contraddistinguono per la presenza di tre elementi costitutivi: la c.d. *Blockchain*[15], le DAO (*Decentralized Autonomous Organizations*)[16] e gli NFT (*Non Fungible Token*)[17].

L'adeguamento infrastrutturale all'attenzione della ricerca scientifica e tecnologica nonché dell'imprenditoria di comparto tende a privilegiare la gestione decentralizzata dei dati e della loro elaborazione, governata dalla *blockchain*[18].

Con riferimento all'oggetto del metaverso, è possibile distinguere tra: metaversi "generalisti", che integrano esperienze di vario tipo in un'unica piattaforma[19]; metaversi "settoriali", specializzati su una nicchia di temi o servizi specifici[20].

Pertanto, può ritenersi che il metaverso rappresenti un'evoluzione delle attuali piattaforme *social* esistenti. A tal proposito, è a tal punto opportuno chiedersi se le regole in vigore per queste ultime siano sufficienti a regolamentare il metaverso, o se sia invece indispensabile crearne di nuove ai fini della disciplina di alcuni aspetti specifici della realtà estesa[21].

Il metaverso rappresenta una frontiera evolutiva dell'innovazione digitale in quanto può estendere e forse rivoluzionare il dominio e gli *standard* dei servizi digitali[22] già operanti in vari settori.

Alla luce dei miglioramenti conseguiti nella qualità delle prestazioni e nell'efficienza

---

[15] La *blockchain* si adatta perfettamente al funzionamento del metaverso, in particolare alla tecnologia *peer-to-peer* ed alle strutture di *database* che favoriscono l'*autogovernance*, l'accessibilità e l'interoperabilità. Ciò che rende il metaverso un fenomeno completamente nuovo rispetto alle altre esperienze di realtà aumentata è proprio l'utilizzo della tecnologia *blockchain* che garantisce non soltanto la semplice interconnessione tra mondo digitale e mondo reale, ma permette la

creazione di un vero e proprio mondo alternativo, qualitativamente diverso da ogni esperienza di realtà aumentata precedentemente conosciuta. La *blockchain*, infatti, consente la decentralizzazione dei dati e l'interoperabilità: la prima permette di custodire su un registro decentralizzato le caratteristiche dell'*avatar* e dei beni; la seconda permette il trasferimento dei dati e la loro interazione, dando così prova della proprietà digitale e consentendo la loro utilizzazione in qualsiasi metaverso si decida di frequentare. Su tali aspetti si cfr. C. GALLI, *Blockchain, NFT e metaverso, tra tecnica e innovazione giuridica*, in *Altalex.com*, 11 luglio 2022.

[16] S. WANG, W. DING, J. LI, Y. YUAN, L. OUYANG, F. -Y. WANG, *Decentralized Autonomous Organizations: Concept, Model, and Applications*, in *IEEE Transactions on Computational Social Systems*, vol. 6, no. 5, 870-878, Oct. 2019, doi: 10.1109/TCSS.2019.2938190.

[17] A. LENNART, *Non-fungible token (NFT) markets on the Ethereum blockchain: temporal development, cointegration and interrelations, Economics of Innovation and New Technology*, 1216-1234, 2023, *DOI: 10.1080/10438599.2022.2119564.*

[18] T. HUYNH-THE, T.R. GADEKALLU, W. WANG, G. YENDURI, P. RANAWEERA, Q.V. PHAM, D.B. DA COSTA, M. LIYANAGE, *Blockchain for the metaverse: A review, Future Generation Computer Systems*, 143, 401-419, 2023, *doi.org/10.1016/j.future.2023.02.008*.

[19] Si faccia riferimento ad esempio ad alcune piattaforme di gioco di Meta come *Epic Games*.

[20] Cfr. a titolo esemplificativo il metaverso che il Vaticano, attraverso la Fondazione *Humanity 2.0*, sta sviluppando con *Sensorium-Galaxy* per rendere fruibili le proprie opere in una nuova galleria di VR9.

[21] A. CELOTTO, *Il "metaverso" e delle sue implicazioni per l'ordinamento giuridico,* audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica, in *senato.it*, 6 luglio 2022.

[22] G. CARULLO, *La nozione di servizi digitali: un nuovo paradigma per la pubblica amministrazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2023, 335-355.

ISSN 2036-7821

degli attuali servizi digitali, con le loro infrastrutture di archiviazione/elaborazione in *data center* remoti e piattaforme *cloud*, le prospettive di progresso appaiono oggi sempre più orientate a soddisfare le crescenti aspettative dell'utente.
A fronte della domanda di maggiori capacità interattive, i fornitori di servizi tendono a perseguire *standard* sempre più alti, con elevate capacità tattili e immersive.
A fini di maggiore precisione, il metaverso[23], che già da alcuni anni si prefigura quale rilevante prossima tappa di tale tendenza, è un ecosistema digitale simulato che combina e amalgama diverse tecnologie, quali quelle della cosiddetta "realtà estesa", come integrazione della "realtà virtuale", della "aumentata" e della "mista", dell'intelligenza artificiale, del *digital twins*, delle telecomunicazioni e dell'*inter-networking*, della *blockchain* e del *cloud storage and computing*[24].
Gli utenti possono interagire con questo ecosistema virtuale attraverso i propri *avatar*[25] digitali, nel rispetto del principio di dualità. Concretamente, l'*avatar*[26] si prospetta come incarnazione virtuale dell'omologo utente reale, del quale punta ad incorporare la soggettività giuridico-legale tipica del mondo reale. *Prima facie*, si tende a ritenere la "legittimità" di ogni operazione effettuata dall'*avatar* all'interno del dominio virtuale. Difatti, l'accesso al metaverso sotto forma di *avatar* è aperto a qualsiasi persona fisica dotata di un dispositivo immersivo abilitato, come un semplice visore o le tute tattili a corpo intero in grado di allargare i contorni dell'esperienza immersiva.

2. Profili evolutivi applicativi del metaverso a tutela della salute e questioni problematiche.

Il processo di digitalizzazione della sanità intende creare opportunità aggiuntive alle attuali modalità di assistenza sanitaria. Il potenziamento dei percorsi di diagnosi e cura con le tecnologie digitali genera dei percorsi ibridi, in cui a servizi fisici e prestazioni in presenza si possono associare ed integrare servizi e prestazioni in digitale.
Nel caso in cui le strutture specialistiche o il personale medico-sanitario non siano vicine al domicilio del paziente, il collegamento in remoto e tutte le opportunità di interazione/realtà virtuale diventano essenziali per il paziente per avere una

[23] ID., *Tema del 'metaverso' e delle sue implicazioni per l'ordinamento giuridico*, in *GiustAmm.it*, 7/2022, 6 ss.
[24] H. ULLAH *et al.*, *Exploring the potential of metaverse technology in healthcare: applications, Challenges, and future directions*, *IEEE Access*, Vol. 11, July, 2023.
[25] Per quanto riguarda la realtà virtuale, invece, non sembra ancora chiaro se esista una personalità giuridica degli *avatar* e dunque se siano ad essi imputabili eventuali responsabilità. Il problema si pone con più forza laddove si comprenderà se l'*avatar* può agire indipendentemente dalla persona umana a cui si riferisce. Tale processo è forse reso possibile attraverso lo sviluppo del *deep learning*. Cfr. F. SARZANA DI S. IPPOLITO - M. G. PIERRO - I. EPICOCO, *Il diritto del metaverso*, Torino, 2022, 32 ss.
[26] M. C. DE VIVO, *Viaggio nei metaversi alla ricerca del diritto perduto*, in *Informatica e diritto*, 1/2009, 191-225.

ISSN 2036-7821

maggiore interazione con il Centro/medico. Immaginare la telemedicina[27] in Realtà Virtuale[28] significa dare ai pazienti maggiore accesso alle cure anche quando siano dislocati in territori lontani. Il metaverso apre una nuova frontiera nella sanità anche in riferimento all'evoluzione della medicina e dell'assistenza sanitaria verso il concetto di personalizzazione e prossimità: i pazienti ed i medici possono essere ospitati in nuovi spazi virtuali/fisici che hanno una disponibilità ed accessibilità continua.

Gli ecosistemi simulati ed immersivi sono parte di un percorso di cura integrato, dalla diagnosi al *follow-up*, che combina l'*e-care* con la *presence-care* (*phyigital care*), per un pieno supporto del paziente.

Le prime esperienze nel metaverso a tutela della salute sono state realizzate negli Stati Uniti circa dieci anni fa, con il progetto *Bravemind*, fondato sull'utilizzo della realtà aumentata per curare lo Stress *Post* Traumatico su veterani e reduci di guerra.

Attualmente, le applicazioni del metaverso in sanità sono molteplici, dalla formazione dei professionisti sanitari alla chirurgia. Molte università, quale modalità di apprendimento, utilizzano *software* capaci di simulare casi clinici con pazienti virtuali e rendere l'esperienza dello studente davvero immersiva. In ambito chirurgico, inoltre, il metaverso si integra anche con le tecnologie della robotica al fine di rendere gli interventi sempre meno invasivi.

Le potenzialità del metaverso nei diversi campi specialistici della medicina sono ampiamente documentate nella dottrina internazionale. Esempi in tal senso riguardano la medicina cardiovascolare[29], l'urologia[30], l'oncologia[31], la gastroenterologia[32], la dermatologia[33], l'oftalmologia[34], la neurologia, la neurochirurgia e le malattie mentali, l'ortopedia, l'ortodonzia, l'ostetricia e la ginecologia, la pediatria e la medicina d'emergenza[35].

---

[27] C. SURACI, V. DE ANGELIS, G. LOFARO *et al.*, *The Next Generation of eHealth: A Multidisciplinary Survey*, in *IEEE Access*, vol. 10, pp. 134623-134646, 2022, *in https://ieeexplore.ieee.org/document/9996365*

[28] Cfr. J. THOMASON, *MetaHealth - How will the Metaverse Change Health Care?*, in *Journal of Metaverse*, I, 2021, 13-16.

[29] I. SKALIDIS, O. MULLER, S. FOURNIER, *Cardioverse: The cardiovascular medicine in the era of Metaverse*, *Trends in Cardiovascular Medicine*, Elsevier, 2023.

[30] G. RANDAZZO, G. REITANO, F. CARLETTI, M. IAFRATE, G. BETTO, G. NOVARA, F. DAL MORO, F. ZATTONI, *Urology: a trip into metaverse, World Journal of Urology*, 2023, passim.

[31] Y. ZENG, L. ZENG, C. ZANG, A. CHENG, *The metaverse in cancer care: applications and challenges. Asia-Pacific Journal of Oncology Nursing*, Volume 9, Issue 12, December 2022, 100111.

[32] C. ZHANG, S. FENG, R. HE, Y. FANG, S. ZHANG, *Gastroenterology in the Metaverse: The dawn of a new era?*, *Frontiers in Medicine*, 9:904566, 2022, *doi.org/10.3389/fmed.2022.904566*.

[33] Y.S. PHATANIA, *The scope of metaverse in dermatology, International Journal of Dermatology*, 62, 2023, *doi: 10.1111/ijd.16604*.

[34] T.F. TAN, Y. LI, J.S. LIM, D.V. GUNASEKERAN, Z.L. TEO, W.Y. NG, D.S.W. TING, *Metaverse and virtual health care in Ophthalmology: opportunities and challenges*, *Asia-Pacific Journal of Ophthalmology*, Volume 11, Number 3, May/June, 2022, 237-246.

[35] G. BANSAL, K. RAJGOPAL, V. CHAMOLA, Z. XIONG, D. NIYATO, *Healthcare in metaverse: a survey on current metaverse applications in healthcare*, *IEEE Access*, Volume 10, 2022, 119914-119946, *doi:10.1109/ACCESS.2022.3219845*; T.C. WU,

ISSN 2036-7821

Come già rilevato, il metaverso si presta, inoltre, a supportare con efficacia le attività formative, nonché di *training* e di aggiornamento professionale in campo medico e paramedico, ad esempio nel campo anatomico, chirurgico e della medicina d'emergenza[36].

Le potenzialità d'utilizzo del metaverso abbracciano diverse fasi della vita lavorativa in una struttura sanitaria nonché della cura del paziente. Possono, ad esempio, riguardare la consultazione tra gli operatori del comparto sanitario (personale medico e paramedico), anche nell'ambito di reti di collaborazione da remoto, tra gli stessi operatori, i pazienti ed i loro familiari, nonché la gestione della malattia, la riabilitazione.

L'uso degli ologrammi può notevolmente contribuire all'illustrazione dei diversi aspetti della patologia e delle possibili soluzioni. Ne possono, inoltre, derivare benefici riguardo alla gestione dei fattori psicologici (ad esempio, lo stato d'ansia e di stress) che condizionano i possibili benefici connessi alla reazione pro-attiva del paziente sotto cura medica.

Il metaverso si potrebbe perciò intendere come un'evoluzione estensiva della telemedicina[37], nella misura in cui mira a facilitare ulteriormente l'interazione medico-paziente.

Sviluppare servizi sanitari[38] nell'ambiente del metaverso offre certamente enormi e nuove potenzialità: una simile prospettiva reca con sé la possibilità di rivoluzionare le abitudini di vita, verso un futuro in cui la tecnologia digitale e la realtà virtuale risulteranno sempre più integrate nella vita dei cittadini. Pertanto, il metaverso potrebbe diventare anche un nuovo e potente strumento per l'erogazione dei servizi pubblici, specificamente di quelli sanitari[39].

C.T.B. HO, *A scoping review of metaverse in emergency medicine*, *Australasian Emergency Care*, 26(1):75-83, 2023, doi: 10.1016/j.auec.2022.08.002.

[36] H. ULLAH *et al.*, *Exploring the potential of metaverse technology in healthcare: applications, Challenges, and future directions*, cit.

[37] Ci si permette di rinviare, per un'analisi dettagliata sui profili normativi della telemedicina a G. LOFARO, *Rilievi sulla validazione della telemedicina: modelli procedimentali e semplificazione gestionale della piattaforma*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022, 231-270, reperibile in *http://www.osservatoriosullefonti.it.*

[38] Cfr. A. PIOGGIA, *La sanità nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, in G.P. DOLSO (a cura di), *Governare la ripresa. La Pubblica Amministrazione alla prova del Recovery Plan*, EUT, 2022, 113-128.

[39] «Si può ricordare come ormai esistano molte piattaforme di formazione medica virtuale con contenuti per la formazione chirurgica che utilizzano modelli di corpo umano invece che pazienti reali; o ancora, come siano già stati realizzati percorsi di riabilitazione cognitiva e fisica attraverso l'uso di dispositivi VR per il trattamento di pazienti che presentavano lesioni cerebrali; ed ancora, nell'ambito della cd. salute mentale, già vi sono diversi studi che dimostrano come il metaverso possa essere utilizzato per creare ambienti virtuali ai fini del trattamento di alcune particolari condizioni. Sempre con riguardo specifico ai trattamenti sanitari, infine, già si ipotizza che l'uso del metaverso potrebbe consentire, nell'ambito delle operazioni chirurgiche, di "virtualizzare" l'anatomia del paziente per determinare l'esatta posizione dell'intervento, o ancora di monitorare direttamente informazioni chirurgiche aggiuntive nell'area interessata». Il virgolettato è di F. MUZJ, *Il metaverso quale nuova frontiera nella erogazione dei servizi sanitari a distanza: quali interrogativi per la scienza giuridica?*, in *Diritto e Universi Paralleli, I diritti*

Tra i numerosi vantaggi, come già accennato, vi sarebbe certamente la possibilità di fornire servizi ad una vasta gamma di utenti, indipendentemente dalla loro posizione geografica e con un notevole abbattimento dei costi. Per di più, il metaverso potrebbe consentire di creare un'esperienza più coinvolgente ed interattiva per l'utente rispetto alle attuali modalità di interazione digitale, costituendo al contempo una possibile soluzione innovativa per risolvere una serie di sfide sociali quali, a titolo esemplificativo, la carenza di personale e di strutture sanitarie.

Tuttavia, l'utilizzo della realtà estesa genera anche grossi interrogativi, specialmente dal punto di vista della protezione dei dati personali.

Difatti, il metaverso conduce alla creazione e gestione di enormi quantità di dati, in gran parte sensibili in ambito sanitario, e, conseguentemente, a crescenti problematiche connesse alla loro tutela e conservazione in condizioni di sicurezza[40].

Ciò rappresenta una grande sfida per tutti gli attori che operano nell'ambito del metaverso, ancor di più nell'ambito medico-sanitario in cui vengono trattati altresì dati sensibilissimi[41].

La *cybersecurity*[42] è uno tra i principali problema associati al metaverso, considerata la massiccia quantità di dati, anche sensibilissimi, che vi circolano. La sicurezza informatica[43] contro *cyber*-attacchi, furti di identità, frodi informatiche, riciclaggio, riguarda ogni elemento della filiera del metaverso e si atteggia diversamente a seconda che sia centralizzato o meno. La questione va quindi affrontata a cominciare

---

costituzionali nel metaverso, in (a cura di) A. FUCCILLO, V. NUZZO, M. RUBINO DE RITIS, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023,249-266.

[40] Per un'analisi dettagliata di tali aspetti, ci si permette di rinviare a G. LOFARO, *La sicurezza dei dati sanitari nelle "smart technologies" quale strumento di realizzazione del diritto alla salute tra telemedicina ed intelligenza artificiale*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2022, pp. 120-141.

[41] Su tali aspetti, si v. *funditus* il recente saggio di G. LOFARO, *Dati sanitari e "e-Health" europea: tra trattamento dei dati personali e decisione amministrativa algoritmica*, in *MediaLaws*, 3/2022, pp. 179-208, reperibile anche su *Astrid* Rassegna, Rivista Elettronica Quindicinale Sui Problemi Delle Istituzioni e Delle Amministrazioni Pubbliche, edita dalla Fondazione per l'analisi, gli studi e le ricerche sulla riforma delle istituzioni democratiche e sull'innovazione nelle amministrazioni pubbliche, alla pagina *web https://www.astrid-online.it/static/upload/e-he/e-health_02_2023.pdf.*

[42] M. MAURINO, *Cybersecurity, sicurezza nazionale e trattamento dei dati personali*, in *Amministrativ@mente*, Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo, fasc. n. 2/2023, 939-972, in www.amministrativamente.com, si domanda se: «individuato il punto di equilibrio tra impianti normativi sovente confliggenti e circoscritte le politiche securitarie entro il perimetro della proporzionalità, si possa sostenere che protezione dati e *cybersecurity* siano da considerare in rapporto di complementarietà». Dopo un'attenta analisi, l'Autore conclude che: «Se le attività tese a garantire la sicurezza delle reti all'interno dell'U.E. non richiederanno, per il loro espletamento, la sistematica deroga alle regole dettate in tema di protezione dei dati personali, discipline apparentemente confliggenti potrebbero effettivamente rivelarsi complementari l'una rispetto all'altra».

[43] Per una riflessione sulla sicurezza informatica nel metaverso si v., *ex multis*, G. CASSANO, M. IASELLI, G. SPANGHER, *Cybersecurity, sicurezza nazionale e metaverso* in G. CASSANO E G. SCORZA (a cura di), *Metaverso, Diritti degli utenti – piattaforme digitali – privacy – diritto d'autore – profili penali – blockchain e NFT*, Pacini Giuridica, 2023, 14 ss.

ISSN 2036-7821

dai visori, che raccolgono dati di movimento, emozioni e controllano le azioni ed interazioni di un *avatar* nel metaverso, dove un attacco *hacker* potrebbe produrre innumerevoli conseguenze sul piano giuridico. Anche il "passaggio" da un metaverso ad un altro può generare rischi di *cybersecurity*, se le misure attuate in una piattaforma[44] sono meno garantiste di quelle adottate in altre. Inoltre, a parere di molti esperti, i metaversi centralizzati sarebbero più esposti a rischio di *cyberattack* di quelli decentralizzati, aspetto che potrebbe far ritenere utile l'utilizzo di tecnologie basate sulla *blockchain* per l'accesso ai metaversi.

3. Cenni su aspetti regolatori del metaverso nei servizi sanitari tra leggi esistenti e norme in fieri.

Le iniziative regolatorie poste in essere a livello europeo sono perlopiù non dotate di cogenza[45].

Pertanto, in relazione alle sue caratteristiche innovative, se non rivoluzionarie, nonché alla sua dimensione operativa condivisa tra mondo reale e virtuale, la concreta implementazione del metaverso nel campo sanitario presenta un fabbisogno di adeguamento regolatorio sotto vari profili, sia pubblicistici che privatistici, tenendo sempre presente la cornice normativa di livello comunitario e, più in generale, quella internazionale.

Considerate le enormi potenzialità applicative prima richiamate ed i riflessi sul rapporto tra i servizi sanitari e l'utente, tale fabbisogno investe il mondo della sanità nelle sue articolazioni sia pubbliche che private. D'altra parte, il fabbisogno *de quo* dovrebbe essere accompagnato dall'opportunità di non appesantire eccessivamente il sistema regolatorio vigente ed in progressivo adeguamento alle innovazioni nel campo digitale, sia pur con la giusta attenzione ai necessari contrappesi connessi alla novità dell'ecosistema d'azione ed alle relative problematiche giuridico-legali che già si prefigurano.

---

[44] G. LOFARO, *Piattaforma di Telemedicina e Fascicolo Sanitario Elettronico: il raccordo dei flussi informativi per i servizi sanitari digitali alla luce delle nuove linee guida*, in *Amministrativ@mente*, Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo, Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico", in *www.amministrativamente.com*, Fascicolo n. 2/2023, 892-918.

[45] La Commissione europea, fino ad oggi, per quanto «non intenda aspettare che ci siano danni prima di intervenire» - si esprime così il Commissario per il Mercato interno Thierry Breton all'Assemblea digitale organizzata dalla Presidenza della Repubblica francese a Tolosa nel giugno 2022 -, non riesce ancora ad identificare le sfide che potranno sorgere. Tuttavia, quest'anno, si attende un primo libro bianco specifico sul metaverso da parte della Commissione europea.

Intanto, la Commissione europea ha adottato una strategia sul Web 4.0 e sui mondi virtuali per guidare la prossima transizione tecnologica e garantire un ambiente digitale aperto, sicuro, affidabile, equo e inclusivo per i cittadini, le imprese e le pubbliche amministrazioni dell'UE. Si v. altresì CCMI/206, *Iniziativa sui mondi virtuali, come il metaverso*, Commissione consultiva per le trasformazioni industriali, Parere esplorativo richiesto dalla Commissione europea, Bruxelles, 19 aprile 2023, in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=PI_EESC:EESC-2023-00888-AS*.

ISSN 2036-7821

Una questione che di certo andrà monitorata concerne la necessità che, una volta sviluppate le capacità tecnologiche che permetteranno l'utilizzo del metaverso su larga scala, l'accesso alla realtà estesa sia assicurata a tutti i cittadini mediante connessioni ed apparecchiature adeguate[46]. Difatti, il metaverso potrebbe migliorare la qualità complessiva del servizio sanitario nazionale, ma è necessario scongiurare l'ipotesi che il suo impiego provochi una discriminazione tra soggetti più abbienti – che avranno minori difficoltà nel procurarsi privatamente i relativi supporti tecnici – e soggetti meno abbienti, che potrebbero trovarsi impossibilitati in tal senso. Perciò, anche a questo proposito, andranno predisposte delle regole giuridiche appropriate[47].

4. L'automazione dei procedimenti decisionali ed amministrativi tramite blockchain.

La questione della regolamentazione del metaverso[48] sconta la definizione di quella prodromica della *governance* dell'intero sistema della rete, fondato finora in larga parte su raccomandazioni non vincolanti e *soft law*. Il legislatore, soprattutto sovranazionale, ha finora affrontato tale *quaestio* con una certa ritrosìa, puntando sulla *compliance* degli operatori telematici e indirizzando la propria attenzione più sugli effetti reali dei comportamenti tenuti *on line*, che su regole di comportamento predefinite[49].

La *Decentralized Autonomous Organization* (DAO) è un nuovo strumento di *governance* che si avvale della *blockchain* (e di altri *asset* digitali) per fini di coordinamento organizzativo e decisionale.

La DAO può essere impiegata per diversi fini, tra cui anche lanciare un metaverso, un progetto sociale o una moneta virtuale. Essa si contraddistingue per la struttura decentralizzata del *management*. L'obiettivo con cui si genera la DAO è quello di operare in assenza di un'autorità centralizzata. A tal fine si utilizzano dei protocolli di consenso fondati su *smart contract*[50] poiché consentono l'applicazione automatica. Questi ultimi definiscono e codificano il mandato e le regole di funzionamento della DAO, nonché i diritti che spettano a ciascun membro[51]. Tali regole di *governance* divengono operative – e i connessi diritti dei partecipanti possono essere esercitati –

[46] Cfr. C. BOTTARI (a cura di), *La salute del futuro. Prospettive e nuove sfide del diritto sanitario*, Bologna *University Press*, 2020, *passim*.

[47] Cfr. L. DI MAJO, *L'art. 2 della Costituzione e il "Metaverso"*, in *MediaLaws*, I, 2023, 35-65.

[48] A. MONTI, *Metaverso e convergenza tecnologica: aspetti (geo)politici, giuridici e regolamentari*, in G. CASSANO - G. SCORZA (a cura di), *Metaverso*, Roma, 2023, 65 ss.

[49] A. C. NAZZARO, *Le regole del metaverso tra legge esistente e progetti futuri*, 2022, in *www.dirittodiinternet.it*.

[50] P. LA SELVA, *Blockchain e Smart Contracts nella Pubblica Amministrazione: aspetti di un tentativo di digitalizzazione del settore pubblico*, in *Amministrativ@mente*, Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo, fasc. n. 2/2022, 279-313, in *www.amministrativamente.com*.

[51] Dallo scorso 1 gennaio 2022, con l'applicazione delle disposizioni della Direttiva (UE) 2019/770 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, come recepita dagli Stati Membri, i contenuti digitali sono soggetti ad una regolamentazione più stringente.

ISSN 2036-7821

nel momento in cui gli sviluppatori della DAO attivano lo *smart contract* di *governance*.
Attualmente esistono numerose DAO, nate per il perseguimento di svariati fini, tra cui il fungere da veicolo di transazioni in *digital asset non-fungible token* (NFT) o, ancora, rispetto ad attività di c.d. *fund raising* ossia di ricerca dei fondi necessari al funzionamento di enti *non profit* per promuovere cause sociali. La varietà funzionale e finalistica, verso cui sono orientate, rende complesso il loro inquadramento tecnico-giuridico, nonostante rispondano all'antico bisogno di coordinamento di azioni collettive.
La *ratio* del ricorso alla DAO sta nell'automazione dei procedimenti decisionali ed amministrativi e nella conseguente disintermediazione delle transazioni.

5. Alcune questioni di diritto amministrativo nel settore sanitario in realtà estesa, tra l'istituto dell'accesso civico ed il "Sunshine act" italiano.

Nel prosieguo ci si sofferma brevemente su alcuni aspetti che riguardano il diritto amministrativo, collegati alle prospettive di concreta adozione e diffusione del metaverso in campo sanitario.
Una problematica nell'ambito del metaverso concerne l'accesso[52] ad atti e documenti amministrativi, normato dalla legge n. 241/1990, recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi" e ss.mm.ii.. In tal senso, un aspetto riguarda la platea degli "interessati" e "controinteressati" all'accesso ai sensi dell'art. 22, comma 1, lettere b e c), della legge sul procedimento amministrativo, nella misura in cui occorrerà definire, in modo proceduralmente chiaro, semplice e ripetibile, modalità trasparenti con cui poter "risalire" dal cosiddetto *avatar* al "sottostante" soggetto giuridicamente responsabile.
Il diritto di accesso – documentale, civico e generalizzato –, è espressione della democrazia amministrativa. Esso, riconducibile al principio di trasparenza[53] e deve trovare un ragionevole bilanciamento con il principio della riservatezza, la cui tutela può essere garantita dal differimento, dall'oscuramento dei dati e dal diniego di accesso.
Secondo quanto previsto dal D. lgs. n. 33/2013 in tema di accesso civico[54], chiunque ha diritto di accedere ai dati ed ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, purché nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti. Per quanto

[52] M. OCCHIENA, *La necessaria riforma del diritto di accesso: diffusione e accesso telematico alle informazioni amministrative*, in *Il Diritto dell'Economia*, Fasc.1/2008, 177-207.
[53] F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 227 ss.
[54] A. SIMONATI, *L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli Enti locali)*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2016, 725-782.

ISSN 2036-7821

concerne i confini dettati dalla protezione dei dati personali degli interessati, la normativa *de qua* stabilisce che l'accesso civico è escluso in tutti i casi in cui la legge preveda un divieto di accesso o di divulgazione dei dati personali ed in ogni caso detto accesso civico deve essere rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela dei dati personali.

Il Garante per la protezione dei dati personali[55] ha precisato cosa debba intendersi per "dato personale", ossia «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile» e che si considera "identificabile" la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento ad un elemento come «il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo *online* o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale». Invece, per dati relativi alla salute, devono intendersi «i dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute».

Il Regolamento europeo per la protezione dei dati personali (GDPR)[56] stabilisce che i dati relativi alla salute rientrano all'interno delle "categorie particolari di dati personali" e che detti dati non possono essere oggetto di trattamento, a meno che non ricorra una delle eccezioni previste dallo stesso GDPR. Analoga disposizione che prevede il divieto di trattamento dei dati relativi alla salute è rinvenibile anche nel codice *privacy* italiano di cui al D.lgs. n. 196/2003[57] e dallo stesso D. lgs. n. 33/2013 in materia di trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

Pertanto, l'amministrazione pubblica chiamata a decidere su di un'istanza di accesso civico generalizzato, in primo luogo, deve valutare se sussistano *ex lege* dei divieti di divulgazione dei dati contenuti nei documenti di cui si chiede l'ostensione. In caso di esito positivo di detta verifica, l'amministrazione deve escludere l'accesso civico[58] senza dover compiere alcun'altra valutazione sull'ostensibilità del documento.

Secondo il Garante, la questione esula dai profili di competenza del Garante stesso

---

[55] GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, Parere su istanza di accesso civico - Registro dei provvedimenti n. 381 del 18 novembre 2022, in *https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9832560*.

[56] Regolamento dell'Unione europea sulla protezione dei dati personali (*General Data Protection Regulation*), GDPR n. 679/2016 – efficace dal 2018 – è consultabile in *www.garanteprivacy.it*.

[57] Si v. il testo del codice della *Privacy* coordinato ed aggiornato, da ultimo, con le modifiche apportate dal D.L. 8 ottobre 2021, n. 139, convertito, con modificazioni, dalla L. 3 dicembre 2021, n. 205 e dal D. Lgs. 10 marzo 2023, n. 24, con effetto a decorrere dal 15 luglio 2023, in *www.altalex.com*.

[58] Cfr. le chiare note di F. V. VIRZÌ, *L'accesso civico e la reinterpretazione della trasparenza amministrativa. La funzionalizzazione dell'interesse conoscitivo e il suo 'affievolimento'* (nota a Cons. St., sez. III, sent. non definitiva 10 giugno 2022, n. 4735), in *Giustizia insieme*, sez. *Diritto e processo amministrativo*, 29 settembre 2022, in *https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2477-l-accesso-civico-e-la-reinterpretazione-della-trasparenza-amministrativa-la-funzionalizzazione-dell-interesse-conoscitivo-e-il-suo-affievolimento-nota-a-cons-st-sez-iii-sent-non-definitiva-10-giugno-2022-n-4735*.

ISSN 2036-7821

(non riguardando dati personali), ma egli specifica, ad ogni modo, che secondo le linee guida ANAC, l'amministrazione non ha l'obbligo di rielaborare i dati ai fini dell'accesso generalizzato, ma solo di consentire l'accesso ai documenti dove sono contenute le informazioni già detenute e gestite dall'amministrazione.

Ebbene, in considerazione della normativa in materia di accesso civico pocanzi esposta, per il "registro di corsia", oggetto del parere del Garante, è escluso l'accesso civico generalizzato, in quanto la legge prevede un esplicito divieto di divulgazione dei suddetti dati che sono *ivi* contenuti. Stante la suddetta esclusione, l'amministrazione è obbligata a rifiutare l'accesso, senza dover effettuare ulteriori e diverse valutazioni sulla possibile sussistenza di un pregiudizio per i soggetti interessati.

Il Garante precisa che le informazioni contenute nel suddetto registro non possono neanche essere parzialmente rese accessibili all'istante, per esempio mediante oscuramento dei nominativi degli interessati. Ciò in quanto, dette informazioni potrebbero comunque permettere la re-identificazione dei soggetti interessati medesimi, attraverso gli ulteriori dati contenuti nel registro o comunque attraverso diversi dati in possesso di terzi. In tal modo, quindi, si potrebbe comunque risalire ai dati relativi alla salute degli interessati.

In conclusione, il Garante ha evidenziato come l'istante abbia comunque la possibilità di accedere ai dati personali in questione ai sensi della normativa in materia di accesso ai documenti amministrativi *ex* art. 22 della L. 241/1990, qualora, riformulando l'istanza, motivi nella richiesta non solo l'esistenza di un interesse "qualificato" – ossia di «un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso» – ma anche, trattandosi di dati sulla salute, che «la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, sia di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consista in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale».

Più in generale, la trasparenza delle informazioni è riconosciuta sia quale opportunità che come sfida nel campo del metaverso e dell'intelligenza artificiale in ambito giuspubblicistico[59].

[59] Il concetto di trasparenza è un principio fondamentale nella gestione amministrativa che consente ai cittadini di accedere a qualsiasi tipo di informazione o documento rilasciato dagli enti pubblici nell'ambito delle loro funzioni. La garanzia della trasparenza dell'informazione pubblica nell'era del metaverso e dell'intelligenza artificiale implica, in primo luogo, l'impegno a fornire al pubblico un'informazione aperta e libera in tutti i termini, senza alcun tipo di restrizione e con adeguata veridicità; in secondo luogo, rispondere ai cittadini in modo veritiero, tempestivo ed efficiente con l'obiettivo di soddisfare i loro bisogni e interessi; e terzo, produrre e/o acquisire informazioni pubbliche al fine di raggiungere la soddisfazione dei cittadini. La trasparenza dell'informazione pubblica resta perciò essenziale nell'era del metaverso e dell'intelligenza artificiale. Sebbene questi nuovi sviluppi tecnologici presentino sfide, offrono anche opportunità per sviluppare pratiche innovative di trasparenza che possono migliorare la democrazia e la vita nella società. L'era del metaverso e dell'intelligenza

ISSN 2036-7821

Con l'adozione del cosiddetto *Sunshine Act* italiano[60] vengono introdotti obblighi di trasparenza nei rapporti con gli operatori sanitari e le organizzazioni sanitarie per tutte le società che commercializzano dispositivi medici, farmaci, prodotti nutrizionali e cosmetici nell'ambito della salute umana e veterinaria. Tali obblighi di trasparenza sono imposti attraverso un regime di pubblicità relativo, tra l'altro, a: «(i) erogazioni in denaro, beni o servizi superiori a determinate soglie di valore, che siano offerti ad operatori od organizzazioni sanitarie, (ii) accordi che producano per gli stessi soggetti vantaggi diretti o indiretti, anche relativi alla partecipazione a convegni, eventi formativi, comitati scientifici ovvero (iii) costituzione di rapporti di consulenza, docenza o ricerca».

L'obiettivo esplicito di tale normativa, che si ispira al *Physician Payments Sunshine Act* statunitense del 2010 ed alla *Loi Bertrand* francese del 2011, è quello di prevenire fenomeni di corruzione e contrastare conflitti di interesse tra l'industria farmaceutica, biomedicale e, più in generale, connessa alla salute umana e veterinaria ed operatori e organizzazioni sanitarie, pubbliche o private.

A distanza di oltre un anno dall'entrata in vigore della legge *de qua*, il Ministero della Salute ha concluso le consultazioni con gli operatori del settore ed ha istituito il registro pubblico telematico denominato "Sanità Trasparente"[61], dove tutti i cittadini possono liberamente accedere ai dati concernenti trasferimenti di valore da società che operano nel settore sanitario a professionisti e organizzazioni sanitarie a cui sono erogati. Si tratta di una svolta legislativa che impone alle società del settore di comunicare al Ministero della Salute e di rendere disponibili, alla libera consultazione del pubblico, un numero di dati che potrebbe rivelarsi molto significativo, considerato che da anni le stesse Società investono una rilevante parte delle loro risorse nell'aggiornamento della classe medica, nella ricerca scientifica e nello sviluppo di nuovi farmaci, dispositivi medici e prodotti utilizzabili in ambito sanitario.

Pur richiamandosi ad atti di regolazione già adottati in altri Paesi occidentali, il c.d. *Sunshine act* italiano manifesta anche una specifica connotazione locale, potendosi

---

artificiale presenta quindi sfide significative per la trasparenza dell'informazione pubblica. Le limitazioni alla verifica delle informazioni nel metaverso e l'opacità dell'intelligenza artificiale pongono importanti barriere per garantire trasparenza e responsabilità. È necessario sviluppare politiche e pratiche di trasparenza specifiche per il metaverso e l'intelligenza artificiale e promuovere l'educazione pubblica su questi temi. È essenziale lavorare su soluzioni per garantire trasparenza e responsabilità nell'era digitale. Su tali aspetti, si v. M. CORREA MORENO, G.L. GONZALES CASTRO, *Unveiling public information in the metaverse and AI era: challenges and opportunities, Metaverse Basic and Applied Research*, 2(1):35, 2023, *doi.org/10.56294/mr202335*.

[60] Legge 31 maggio 2022, n. 62 recante *Disposizioni in materia di trasparenza dei rapporti tra le imprese produttrici, i soggetti che operano nel settore della salute e le organizzazioni sanitarie*, in G.U., Serie Generale n. 135 del 11 giugno 2022, entrata in vigore il 26 giugno 2022, in *https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/06/11/22G00076/sg*.

[61] Cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, *Sanità trasparente*, Registro pubblico telematico per la trasparenza dei rapporti tra le imprese produttrici, i soggetti che operano nel settore della salute e le organizzazioni sanitarie, in *https://partecipa.gov.it/processes/sanitatrasparente*.

ISSN 2036-7821

considerare un nuovo *step* nel percorso del legislatore italiano verso l'obiettivo della trasparenza, che non riguarda solo gli atti della Pubblica Amministrazione ed i rapporti con questa – gestiti attraverso gli istituti dell'accesso civico e l'istituzione della sezione "Amministrazione Trasparente" nei portali della P.A. –, bensì altresì i rapporti con soggetti incaricati di pubblico servizio e strutture sanitarie pubbliche o private[62].

Dall'attuazione del *Sunshine Act* discende la pubblicità di molte transazioni che coinvolgono operatori od organizzazioni sanitarie, incluse quelle che potrebbero considerarsi fonte di potenziali conflitti di interesse. Basti pensare al fatto che chiunque, attraverso il simultaneo accesso al portale internet del Ministero della Salute ed alla sezione "Amministrazione Trasparente" delle stazioni appaltanti, può accedere ad informazioni sull'aggiudicazione di contratti pubblici di fornitura e sull'esistenza di trasferimenti di valore ad organizzazioni sanitarie o a soggetti che operano nel settore della salute, la cui definizione include membri di commissioni di aggiudicazione di procedure ad evidenza pubblica. In sostanza, informazioni considerate in precedenza riservate, nonché in taluni casi protette dalla normativa in materia di tutela dei dati personali, divengono ora di dominio pubblico. I riflettori che il legislatore ha acceso sui conflitti di interesse e la disponibilità pubblica dei dati relativi ai menzionati trasferimenti di valore attraverso il portale "Sanità Trasparente" rendono opportuna per le società del settore una verifica sulla propria organizzazione interna che deve contenere protocolli idonei a prevenire l'insorgenza di tali potenziali conflitti[63]. Pertanto, l'attuazione del *Sunshine Act* offre alle società del settore lo spunto per un momento di riflessione sull'adeguatezza dei propri modelli organizzativi.

Un altro aspetto di rilievo collegato all'accessibilità in realtà estesa riguarda la stessa definizione di documento amministrativo e la sua rappresentazione, in quanto l'art.

---

[62] Con riferimento alle conseguenze più immediate ed i risvolti pratico-operativi che le società del settore sanitario dovranno affrontare a seguito dell'attuazione del *Sunshine Act*, a livello organizzativo interno occorrerà incaricare una specifica funzione aziendale di raccogliere tutti i dati relativi ai rapporti con operatori ed organizzazioni sanitarie e di comunicarli tempestivamente al Ministero della Salute per la successiva pubblicazione, con presumibile aggravio di costi e di tempi di lavoro. Da un punto di vista operativo, soprattutto nelle società di medio-grandi dimensioni, la raccolta dei dati potrebbe essere complessa e richiedere un coordinamento tra diverse funzioni aziendali a cui la spesa afferisce. Sarà certamente utile adottare una specifica procedura organizzativa per allocare internamente le varie responsabilità ed assicurare una corretta raccolta dei dati, anche al fine di evitare le sanzioni previste dal *Sunshine Act* in caso di violazione degli obblighi di comunicazione.

[63] Al riguardo, occorrerà verificare con rinnovata attenzione che trasferimenti di valore, diretti o indiretti, offerti ad operatori sanitari appartenenti a strutture sanitarie clienti siano in linea con le cosiddette *best compliance practices*. Tali problematiche sono rese attuali anche a seguito della recente introduzione nel novero dei reati presupposto ex d.lgs. 231/2001 della turbativa d'asta (art. 353 c.p.) e del procedimento di scelta del contraente (art. 353 *bis* c.p.), nonché delle disposizioni del d.lgs. 24/2023, che rendono obbligatoria l'istituzione di canali di segnalazione interna ed esterna (ad ANAC) di condotte che rientrano in varie fattispecie di reato (cosiddetti canali di *whistleblowing*), rendendo così più agevole la segnalazione di violazioni.

ISSN 2036-7821

22, comma 1, lettera d della legge n. 241/1990 continua a non fare riferimento esplicito alla rappresentazione documentale in formato digitale, pur se in linea di principio la generica formula di chiusura "qualunque altra specie del contenuto di atti" sembra non escluderla. Sta di fatto che la rappresentazione digitale sia diffusamente adottata da tempo in ambito sanitario, soprattutto nel campo radiologico. Più in generale, al di là delle specificità del metaverso, un adeguamento definitorio in tal senso appare ormai naturale ed opportuno in relazione alla elevata pervasività dell'innovazione digitale nelle attività amministrative. D'altra parte, la norma non è nuova ad interventi mirati di adeguamento, da ultimo con la legge n. 120 del 2020[64], recante il cd. Decreto Semplificazioni. A tal proposito, l'art. 3 *bis* della Legge sul procedimento amministrativo, rubricato "Uso della telematica", introdotto dall'art. 3 della legge n. 15 del 2005[65], prevede che: «1. Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati»[66]. La norma *de qua*, di natura meramente programmatica, incentiva la P.A. all'utilizzo della tecnologia telematica, sia nei rapporti tra le amministrazioni, sia nei rapporti con i privati. Difatti, la telematica risulta strumentale sia alla certezza dei rapporti, sia alla celerità del procedimento amministrativo.

Un ulteriore profilo che presenta inevitabili riflessi sull'accessibilità dei documenti amministrativi collegati al metaverso riguarda la gestione dei dati. In relazione alla presenza di ingenti quantità di dati in formato digitale, che circolerebbero in un ambiente misto tra reale e virtuale di complessa circoscrivibilità, ci si dovrà confrontare anche dal punto di vista normativo, nonostante i progressi già conseguiti e quelli attesi nel campo informatico, con rilevanti problemi sostanziali – e quindi necessariamente organizzativi e procedurali – di tracciamento, conservazione e detenzione nel tempo dei dati, nonché di tutela della riservatezza. A tal proposito, occorrerebbe perseguire un giusto compromesso normativo, possibilmente scevro da soluzioni demagogiche di rinvio, in grado di minimizzare le attese limitazioni infrastrutturali all'accesso ai documenti amministrativi, specie se potenzialmente rilevanti per gli interessati. In tal senso, sarebbe opportuno un intervento di coordinamento formale della legge n. 241/90 con il D. Lgs. n. 82/2005, recante il Codice dell'Amministrazione Digitale che, difatti, è oggetto di continui adeguamenti,

[64] Legge 11 settembre 2020, n. 120, recante Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, rubricato «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali».

[65] Recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa", in *https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2005-02-11;15!vig=*.

[66] Tale disposizione è stata introdotta dall'art. 12, comma 1, lett. b) del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

ISSN 2036-7821

da ultimo con la legge n. 41/2023[67].

6. Profili di diritto amministrativo comunitario e comparato nel metaverso in sanità: tutela dei dati, trasparenza, accountability e smart contracts.

Il metaverso applicato al campo sanitario presenta un fabbisogno di particolare attenzione all'aspetto della protezione dei dati personali, tra cui dati anagrafici e di contatto, dati riguardanti gli interessi, le preferenze di consumo, le opinioni, le attività svolte, la sfera corporea, la sfera psicologica e comportamentale.

Le valutazioni d'impatto e il rischio del trattamento possono concernere aspetti tra cui il controllo dei dati personali, la discriminazione, l'usurpazione d'identità, perdite finanziarie, pregiudizi reputazionali. Se, da una parte, l'approccio "*technology neutral*" contenuto nel Regolamento dell'Unione europea sulla protezione dei dati personali, GDPR n. 679/2016 permette di inquadrare tale complesso ambito come già soggetto ad alcuni limiti giuridici, dall'altra, l'Unione europea sta valutando l'opportunità di disciplinare anche le nuove frontiere della tecnologia e dell'utilizzo dei dati, come il metaverso, introducendo nuove norme a protezione del diritto fondamentale alla tutela della sfera personale. Considerato l'ingente numero di dati personali coinvolto dalle attività svolte nel metaverso, le aziende che intendono operare in tale contesto dovranno trattare i dati (raccoglierli, esaminarli, elaborarli, comunicarli a terzi, conservarli, cancellarli, ecc.) nel rispetto delle obbligazioni discendenti dal GDPR n. 679/2016, tra cui anche l'adozione di misure e procedimenti amministrativi per poter dare attuazione ai principi cardine applicabili in tale ambito, l'individuazione di adeguate basi giuridiche per i trattamenti, la predisposizione di informative (il più possibili *smart*, ad es. *multilayer* e grafiche) che possano soddisfare i necessari requisiti di trasparenza, la raccolta e la gestione dei consensi, lo svolgimento di accurate valutazioni d'impatto (considerato in particolare l'uso di nuove tecnologie), la predisposizione di procedure per poter evitare ed eventualmente gestire efficacemente possibili *data breach*, l'effettuazione di valutazioni in merito al trasferimento dei dati in Paesi terzi e l'adozione di misure per garantire che, anche in tali casi, sia assicurato un livello di protezione dei dati sostanzialmente equivalente a quello europeo.

A titolo comparato[68], il 14 giugno 2022 l'Autorità Garante della Privacy spagnola

[67] Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune. Disposizioni concernenti l'esercizio di deleghe legislative, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 94 del 21 aprile 2023, in *https://def.finanze.it/DocTribFrontend/getAttoNormativoDetail.do?id=%7B787A5044-2BEC-4BAF-9588*

[68] Un'esperienza degna di menzione è quella francese: anche se attualmente non esiste un quadro normativo per il metaverso neppure in Francia, l'Autorità francese per la regolamentazione della disciplina pubblicitaria (*Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité*, ARPP) ha recentemente aggiornato il codice sulla comunicazione digitale per dettare alcune regole per i "mondi virtuali", definiti come mondi creati artificialmente

ISSN 2036-7821

(AEPD) ha pubblicato una guida operativa per illustrare il rapporto tra il metaverso e la normativa in materia di protezione dei dati. L'Autorità, in particolare, ha sottolineato come nel metaverso venga raccolta un'ampia quantità di informazioni e come tale circostanza determini la necessità di garantire la sicurezza dei dati personali oggetto del trattamento, per esempio, per tutelare la *privacy* degli *avatar* e delle loro impronte digitali. Inoltre, l'AEDP ha evidenziato che i meccanismi di *governance* e le tecnologie che compongono il metaverso devono essere coerenti non solo con il GDPR n. 679/2016, ma anche con la nuova regolamentazione dell'Unione Europea, tra cui il *Digital Service Act*[69], il *Data Act*[70], il *Digital Markets Act*[71], il *Data Governance Act*[72], la proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (*AI Act*)[73].

---

dove gli utenti possono agire e relazionarsi sotto forma di personaggi/*avatar*. Con riferimento alla riconoscibilità della comunicazione commerciale, inoltre, il codice sulla comunicazione digitale francese prevede che non debbano essere adottati ulteriori elementi di identificazione, laddove il messaggio nel metaverso appaia in uno spazio pubblicitario che nel "mondo reale" sarebbe immediatamente riconoscibile come tale. In tal caso, quindi, la natura commerciale si presume evidente. Ciò potrebbe interessare specialmente il settore privato della sanità. Cfr. A. CELOTTO, *Il "metaverso" e delle sue implicazioni per l'ordinamento giuridico, audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica*, cit., spec. 6-7.

[69] Il *Digital Services Act* (DSA), in italiano *Normativa sui servizi digitali,* approvato come Regolamento UE 2022/2065, mira a creare uno spazio digitale più sicuro in cui siano protetti i diritti fondamentali degli utenti e a creare condizioni di parità per le imprese. E' consultabile in *https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/policies/digital-services-act-package.*

[70] Il *Data Act* è pronto per diventare legge. Con l'approvazione formale, annunciata il 27 novembre, da parte del Consiglio Europeo, il *Data Act* - la nuova normativa sull'equità nell'accesso e nell'utilizzo dei dati - segna un passo importante nel processo di trasformazione digitale dell'UE. Cfr. *funditus https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20231106IPR09025/data-act-il-parlamento-approva-la-nuova-legge-su-accesso-e-utilizzo-dei-dati.*

[71] La Commissione UE, a seguito di una interrogazione con richiesta di risposta scritta avanzata dall'eurodeputata Isabella Adinolfi, in cui, dopo aver chiarito l'interoperabilità tra i due mondi, quello reale e quello virtuale, definendo il secondo "un universo capace di interagire con il mondo reale", nonché dopo aver evidenziato le opportunità di sviluppo ma anche i possibili pericoli legati all'utilizzo dei dati personali pone due domande: «1. Può essa avviare uno studio per meglio comprendere il "metaverso" con un *focus* particolare sui rischi per i cittadini? 2. Può essa iniziare a regolamentare fin da subito un settore che vista la vastità dei campi di applicazione rischia di sfuggire agli odierni controlli di legalità e tutela dei consumatori?». La risposta della Commissione europea è, per certi versi, inaspettata: «- la Commissione non intende avviare, in questa fase, uno studio specifico sul funzionamento del metaverso, che non è tuttavia da escludersi in una fase successiva; - la Commissione non intende neppure proporre immediatamente misure politiche o normative specifiche riguardanti il metaverso, dato, in particolare, che il quadro normativo vigente si applica anche al metaverso». La legge sui mercati digitali e la legge sui servizi digitali, ad esempio, in merito a cui è stato recentemente raggiunto l'accordo politico, forniscono il quadro adeguato e gli strumenti necessari per affrontare le questioni relative al metaverso. Pertanto, viene assegnato un ruolo privilegiato al *digital market act* che, a detta della Commissione, fornirebbe gli strumenti per promuovere la contendibilità nel metaverso. Cfr. INTERROGAZIONE PARLAMENTARE - E-000656/2022 - PARLAMENTO EUROPEO, *Regolamentazione del Metaverso*, Interrogazione con richiesta di risposta alla Commissione - Articolo 138 del regolamento, Isabella Adinolfi (PPE), 15 febbraio 2022, in *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-000656_IT.html*

[72] Regolamento UE 2022/868, noto come *Data Governance Act*, è entrato in vigore il 23 giugno 2022 e, dopo un periodo di 15 mesi, è applicabile dal 24 settembre 2023.

[73] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti dell'Unione: COM (2021) 206

ISSN 2036-7821

Sarà d'interesse verificare in quali termini l'utilizzo di soluzioni di intelligenza artificiale nel metaverso verrà disciplinato dal nuovo regolamento europeo e, inoltre, se l'Autorità Garante italiana pubblicherà delle "linee guida informative" per evidenziare gli aspetti che devono essere considerati nelle attività di trattamento dei dati all'interno delle applicazioni "*Web* 3.0". Alcuni degli aspetti più rilevanti che la normativa sulla *privacy* impone di considerare, in tale ottica, richiamano: un'attenta e documentata autoregolamentazione, alla luce del principio di *accountability*[74], – recante regole di responsabilità per mancata valutazione preventiva dei rischi – che tenga conto in particolare del principio di necessità e minimizzazione; l'adozione di misure di protezione dei dati; la valutazione d'impatto dei sistemi di intelligenza artificiale adottati, sotto profili etici e di equità sociale; l'implementazione e l'aggiornamento di misure tecniche ed organizzative adeguate rispetto ai nuovi rischi collegati all'adozione del metaverso, per cui, ad esempio, una profilazione su larga scala che coinvolga dati particolari presenterà un rischio più elevato di un trattamento che coinvolga solo dati comuni. Inoltre, in combinato disposto al GDPR occorre considerare anche il quadro regolamentare in via di definizione a livello europeo nell'ambito del fondamentale progetto di innovazione legislativa per la trasformazione digitale della società e dell'economia, tra cui le seguenti proposte di

---

del 21.4.2021. Dopo l'approvazione della posizione del Parlamento europeo, avvenuta in sessione plenaria il 14 giugno 2023 (con 499 voti a favore, 28 contrari e 93 astenuti), nel mese di luglio del 2023 sono stati avviati, sotto la presidenza spagnola del Consiglio, i negoziati interistituzionali. Più di recente, cfr. CONSIGLIO DELL'UE, *Regolamento sull'intelligenza artificiale: il Consiglio e il Parlamento raggiungono un accordo sulle prime regole per l'IA al mondo*, Comunicato stampa, 9 dicembre 2023, in *https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/*: la presidenza del Consiglio ed i negoziatori del Parlamento europeo hanno raggiunto un accordo provvisorio sulla proposta relativa a regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (IA), il c.d. Regolamento sull'intelligenza artificiale. Il progetto di regolamento mira ad assicurare che i sistemi di IA immessi sul mercato europeo e utilizzati nell'UE siano sicuri, rispettino i diritti fondamentali ed i valori dell'Unione europea. La storica proposta è inoltre orientata a stimolare gli investimenti e l'innovazione in materia di IA in Europa.

L'accordo provvisorio del 9 dicembre u.s. prevede che il regolamento sull'IA si applichi due anni dopo la sua entrata in vigore, con alcune eccezioni per disposizioni specifiche. Nel mentre si scrive, stanno proseguendo i lavori a livello tecnico per definire i dettagli del nuovo regolamento. La presidenza sottoporrà il testo di compromesso ai rappresentanti degli Stati membri (Coreper) per l'approvazione, una volta conclusi i lavori. Il testo integrale dovrà essere confermato da entrambe le istituzioni e sottoposto alla messa a punto giuridico-linguistica prima dell'adozione formale da parte dei co-legislatori.

[74] L'aspetto dell'*accountability* si riflette sia nel concetto di trasparenza delle condizioni contrattuali, sia soprattutto nel concetto di sicurezza come valutazione del rischio informatico, ovvero il rischio di danni diretti ed indiretti che possono derivare dall'uso delle tecnologie per il trattamento di dati, ai sensi dell'art. 32 GDPR. Ciò spinge a porre l'attenzione fin dalla fase della progettazione (*by-design*), nel senso che il titolare deve avere in mente, sin da quando inizia a concepire di trattare dati di terzi, le misure specifiche da adottare per ovviare a specifici rischi. Il problema sta nella difficoltà di identificare tali rischi e, di conseguenza, la possibile strategia di un loro contenimento, considerata l'imprevedibile evoluzione dei processi tecnologici e dei bisogni, in quanto una regolamentazione frettolosa può, da una parte, soffocare l'innovazione, dall'altra, paradossalmente, non essere efficace per la risoluzione dei problemi che potranno emergere. Su tali profili, si v. M. POLLET, *Métavers: les régulateurs face à la difficulté d'un nouvel espace encore à inventer*, in *Euractiv.fr*, 21 giugno 2022.

ISSN 2036-7821

atti pocanzi citati: *AI Regulation*, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, finalizzate alla regolamentazione dei sistemi di AI giudicati ad alto rischio; *E-Privacy Regulation*, che andrà a sostituire la ormai datata Direttiva *E-Privacy* (che risale al lontano 2002) e riguarderà la tutela delle comunicazioni elettroniche; *Data Act*, che mira anche a creare regole armonizzate sull'uso di dati generati da un'ampia gamma di prodotti e servizi inclusi gli oggetti connessi (*Internet of Things*) e ad estendere il diritto alla portabilità dei dispositivi nel rispetto dell'anonimato e della *privacy*; *Digital Markets Act* (DMA)[75], finalizzato a favorire maggiore concorrenza nei mercati digitali imponendo obbligazioni in capo alle piattaforme qualificate come cc.dd. "*gatekeepers*"[76]; *Digital Services Act* (DSA), per un mercato unico dei servizi digitali e finalizzato ad un ulteriore armonizzazione degli obblighi imposti in capo ai prestatori di servizi della società dell'informazione; *Data Governance Act* (DGA), per promuovere la disponibilità dei dati (personali e non), rafforzando la fiducia nei c.d. fornitori di servizi di condivisione e che impatterà anche sui flussi di dati tra imprese.

Conseguentemente, l'adozione del metaverso richiederà delle verifiche sul D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici, di recente adozione[77]. Saranno, ad esempio, necessari degli approfondimenti in merito alle possibili implicazioni del metaverso negli appalti innovativi[78] e, specificamente, sui contratti di cessione e licenza dei diritti di proprietà intellettuale[79], che riguardano da vicino anche il mondo della sanità, nonché sul relativo fabbisogno di adeguamento.

---

[75] Il regolamento (UE) 2022/1925, comunemente noto come *Digital Markets Act* (DMA), mira a rendere l'economia digitale più giusta e più contestabile. Il regolamento è entrato in vigore il 1° novembre 2022 ed è diventato applicabile, in gran parte, il 2 maggio 2023. Si v. *https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en.*

[76] La norma si occupa soprattutto di regolamentare l'accesso alla rete imponendo obblighi di comportamento ai *c.d. gatekeeper*, ossia le piattaforme *on line* di grandi dimensioni che hanno un potere di controllo basato sulla supremazia tecnologica e sulla forza di mercato. Punto centrale della normativa è l'obiettivo di garantire l'interoperabilità delle piattaforme imponendo ai *gatekeeper* un obbligo in tal senso, sia assicurando agli utenti di poter accedere ai dati che generano, utilizzando la piattaforma, sia consentendo loro di operare anche al di fuori della piattaforma. Appaiono interessanti i divieti imposti ai *gatekeeper*, i quali non possono discriminare i servizi a favore degli utenti della propria piattaforma, né impedire ai consumatori di mettersi in contatto con imprese al di fuori della piattaforma.

«L'impressione è che nella sostanza il DMA sia una norma diretta a garantire che il mercato digitale mantenga una forma concorrenziale tramite il divieto di creare barriere all'entrata e all'uscita. Da ciò dovrebbero risultare tutelati anche i consumatori, seguendo peraltro la scia già da tempo delineata dal legislatore della legge *antitrust* (sia comunitaria che nazionale)». Le condivisibili considerazioni racchiuse tra virgolette sono di A. C. NAZZARO, *Le regole del metaverso tra legge esistente e progetti futuri*, cit.

[77] I provvedimenti adottati, sono tutti in vigore dal 1° luglio 2023, ma alcuni acquisteranno efficacia dal 1° gennaio 2024.

[78] Si cfr. *https://www.agid.gov.it/it/agenzia/appalti-innovativi* Sul tema, si vedano le considerazioni espresse da M. COMBA, *Appalti pubblici per l'innovazione*, in *Il Diritto dell'Economia*, I, 2020, 179-203.

[79] Ai sensi dell'art. 68 del D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36: «2. Le specifiche tecniche possono, altresì, indicare se è richiesto il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale».

ISSN 2036-7821

E' opportuno richiamare a tal proposito i cosiddetti *smart contract*[80] (accordi collaborativi) che consentono di creare e scambiare beni digitali unici e non replicabili, i già citati c.d. NFT (*Non-Fungible Tokens*). Gli *smart contract* semplificano la gestione dei diritti digitali degli utenti nel metaverso, garantendo la loro identità, la *privacy* e la proprietà intellettuale. Tali contratti, basati sulla tecnologia *blockchain*, possono permettere di automatizzare dei pagamenti senza richiedere il lavoro manuale di intermediari terzi; i protocolli d'identificazione decentralizzati attraverso la *blockchain* possono consentire che soltanto il personale medico e/o paramedico abbia accesso a dati e informazioni, fornendo al paziente un adeguato controllo sui dati medico-sanitari che lo riguardano[81].

7. Indicazioni di policy per l'interoperabilità dei metaversi nell'e-governance della Pubblica Amministrazione: considerazioni conclusive propositive in ambito sanitario.

Alla luce di quanto sin qui enucleato, nonché delle indicazioni della Commissione europea in precedenza esplicitate, certamente, il *Digital Markets Act* è applicabile al metaverso. Difatti, l'obiettivo dell'interoperabilità tra le piattaforme richiama proprio l'idea di spazio unico e intercambiabile che è alla base di questa nuova realtà virtuale. Tuttavia, è necessario valutare se essa sia sufficiente a definire una *governance* di questa nuova dimensione interconnessa o se invece ne disciplini unicamente un aspetto, per di più attenzionando soltanto in maniera settoriale le problematiche giuridico-economiche, nell'erroneo permanere della "dicotomia pubblico-privato"[82].

Sicuramente, il sistema di regole che ne deriva è limitato e settoriale, ma non per questo sembra opportuno criticare *in toto* la risposta della Commissione europea. Infatti, il metaverso mira ad essere una realtà interconnessa tra virtuale e reale, un mondo non parallelo ma integrato in cui proiettare il proprio io della realtà fisica, sviluppare con minori confini e maggiore libertà la propria personalità. Allora si

---

[80] G. GALLONE, *Public Administration and the Challenge of Contractual Automation. Notes on Smart Contracts*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, 2020, Vol. 1, Issue 1-2, June-December, 2020, 179-195.

[81] T. HUYNH-THE, T.R. GADEKALLU, W. WANG, G. YENDURI, P. RANAWEERA, Q.V. PHAM, D.B. DA COSTA, M. LIYANAGE, *Blockchain for the metaverse: A review, Future Generation Computer Systems*, 143, 401-419, 2023, *doi.org/10.1016/j.future.2023.02.008*.

[82] Il confine tra diritto pubblico e diritto privato - specialmente nell'ambiente digitale - non soccorre più, dovendosi semmai più correttamente distinguere tra il diritto promanante dai soggetti pubblici (pubblico o privato che sia) e il diritto *dei privati*. Inoltre, l'ordinamento - almeno quello italiano ed europeo - è ormai pacificamente orientato verso una nozione «funzionale e cangiante» di "pubblico". In questo contesto, è del tutto fisiologico che soggetti privati soggiacciano a regimi di diritto pubblico (e, viceversa, che soggetti pubblici seguano norme di diritto comune). Cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, *passim*. Si v. altresì da ultimo le chiare note di S. CASSESE, *Diritto pubblico e diritto privato: gli incerti confini*, in *Giornale di diritto amministrativo*, Fasc. 4/2023, 433-435.

ISSN 2036-7821

potrebbe sostenere di essere di fronte ad un falso problema[83], poiché le norme sussistono e sono i principi fondanti alla base del nostro sistema nazionale ed europeo.
In relazione a ciò, si tratterebbe quindi più che altro di allenare una nuova sensibilità negli operatori giuridici che ne dovranno garantire l'applicazione.
Certamente, anche l'impiego del metaverso dovrebbe necessariamente assicurare l'interoperabilità delle informazioni e dei dati raccolti al fine di alimentare la costituenda *Piattaforma nazionale per la governance e Diffusione della telemedicina*, nonché le ulteriori banche dati sanitarie previste dalla legislazione attualmente vigente, tra cui in particolar modo il *Fascicolo Sanitario Elettronico*[84]. A tal proposito, va sottolineato che solo in data 8 marzo 2023 è stato firmato il contratto per l'affidamento in concessione della "Progettazione, realizzazione e gestione dei Servizi abilitanti della Piattaforma nazionale di Telemedicina PNRR"[85].
Può ritenersi, pertanto, che alcune tra le questioni critiche sollevate dal metaverso possano trovare soluzioni sufficientemente adeguate nel quadro giuridico esistente o in via di definizione a livello europeo.
Ai fini di un tentativo di inquadramento del metaverso nell'ambito dell'attuale normativa in materia di telemedicina[86], pare utile evidenziare che il suo impiego non sembrerebbe precluso nell'ambito delle tipologie di servizio attualmente indicate nelle "Linee Guida Organizzative contenenti il Modello Digitale per l'Attuazione dell'Assistenza Domiciliare"[87] del 24 maggio 2022. Al termine di un'attenta analisi, si ritiene altresì che la collocazione del metaverso nella disciplina delineata da tali Linee Guida vada ricercata all'interno della prima sezione, specificamente nella definizione della Piattaforma Tecnologica quale «infrastruttura informatica deputata all'erogazione dei servizi di telemedicina». All'interno di tale cornice normativa, il metaverso non sembrerebbe privo di regolazione, risultando implicitamente inserito nel complessivo sistema di erogazione dei servizi di telemedicina, nonché specificamente disciplinato per tutti quei profili che direttamente o indirettamente investono tale sistema. Ne deriva un profilo di responsabilità per quel che concerne il corretto funzionamento della Piattaforma Tecnologica in capo al Centro servizi (o, in

[83] A. C. NAZZARO, *Le regole del metaverso tra legge esistente e progetti futuri*, cit.
[84] N. POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)*, in *Osservatorio di Diritto Sanitario*, n. 26, 17 novembre 2021, in *federalismi.it*, 188-229.
[85] Si cfr. il documento a commento in *https://www.agenas.gov.it/comunicazione/primo-piano/2149-conclusa-la-procedura-per-l%E2%80%99affidamento-della-concessione-per-la-progettazione,-realizzazione-e-gestione-dei-servizi-abilitanti-della-piattaforma-nazionale-di-telemedicina.*
[86] E. CATELANI, *La digitalizzazione dei dati sanitari: un percorso ad ostacoli*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2023, 423-438.
[87] PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA, Missione 6, Salute, Componente 1 (M6C1): *Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale*, Investimento 1.2.1 Assistenza Domiciliare, *Linee Guida organizzative contenenti il modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare*, 1-50, in *www.salute.gov.it.*

ISSN 2036-7821

mancanza, al Centro erogatore) sia per ciò che riguarda gli *standard* minimi di interconnessione richiesti per ogni tipologia di servizio, sia con riferimento alla concreta operatività del sistema informatico e delle apparecchiature domestiche, mentre permane in capo al professionista sanitario la distinta responsabilità connessa all'erogazione della prestazione sanitaria.

Come già rilevato, appare evidente come anche l'utilizzo del metaverso debba necessariamente ritenersi soggetto alla normativa in materia di protezione dei dati personali, anche in considerazione della qualità degli stessi[88]. Ciò impone la necessità di sviluppare delle soluzioni tecnologiche (*rectius* un metaverso, o, *melius*, anche dei metaversi) che riescano a garantire *ex ante* – ossia, *by design e by default* – quantomeno il soddisfacimento delle esigenze minime di tutela previste dalla legge.

Tali profili di disciplina potrebbero ritenersi sufficienti a fornire una prima regolamentazione dell'impiego del metaverso nell'erogazione dei servizi sanitari a distanza, unicamente considerando che si tratta di una tecnologia il cui sviluppo è ancora in fase embrionale, a carattere sperimentale, perciò in buona parte imprevedibile nelle sue possibili evoluzioni.

Qualora il metaverso diventasse realmente una tecnologia totalmente integrata nell'esistenza delle persone umane, tanto da affiancare alla realtà materiale una vera e propria realtà virtuale parallela, chiaramente, il suo utilizzo in ambito sanitario dovrebbe ricevere una ben più specifica regolamentazione.

Ci si chiede allora su quali aspetti concernenti l'erogazione dei servizi sanitari a distanza dovrà concentrarsi l'attenzione dei giuristi nel prossimo futuro. Una prima questione da monitorare concerne le forme giuridiche che si utilizzeranno per garantire l'integrazione del metaverso nel sistema sanitario tradizionale. Difatti, nonostante le numerose possibilità applicative, l'utilizzo del metaverso non dovrebbe essere mai inteso come sostitutivo delle prestazioni sanitarie in presenza, bensì, come un complemento delle stesse, affinché gli utenti-pazienti possano trarre il massimo beneficio da entrambe le modalità di erogazione.

Tuttavia, sussistono alcuni profili a cui il diritto vigente o in preparazione potrebbe non offrire adeguata tutela.

L'interoperabilità tra metaversi[89] richiede che sia preventivamente risolto il problema dell'identità dell'*avatar*, specificamente della sua certificazione. In linea con quanto sin qui rilevato, si potrebbe impiegare il potenziale certificatorio della *blockchain* per creare degli NFT che includano le informazioni anagrafiche del soggetto creatore ed utilizzatore dell'*avatar*. Come un codice fiscale, questo NFT sarebbe collegato indissolubilmente al singolo *avatar*. In tal modo sarebbe possibile identificare con

[88] L. BOLOGNINI, M.E. CARPENELLI, *Il futuro dei dati personali nel Metaverso*, in *Diritto, Economia e Tecnologie della Privacy*, 2022, *passim*.

[89] L. FLORIDI, *Metaverse, a Matter of Experience*, in *Philosophy & Technology*, 35(73), 2022, spec. 4.

ISSN 2036-7821

certezza il soggetto eventualmente responsabile di azioni sul metaverso. Al fine di evitare di incorrere nel rischio di accaparramento, l'identità potrebbe mutare di titolare qualora l'*avatar* fosse ceduto a terzi dopo un ragionevole lasso di tempo. Di certo, risulterebbe artificioso se si ammettessero accordi di interoperabilità senza assicurarsi la valenza regolatoria di un nucleo di condizioni minime quale *standard* di tutela, ad esempio ai fini della risoluzione delle controversie *intra* – e *inter* – metaverso.

E' altresì necessario rafforzare la tutela della *privacy*, implementando la capacità degli utenti di gestire i propri dati, specie quelli sensibili. Una buona pratica parte già dalla progettazione del visore che consente la raccolta di numerosi dati sensibili (movimento, biometrici).

Garantire una maggiore trasparenza delle condizioni di uso di questi strumenti appare prioritario, specialmente con riguardo ai profili di rischio abbinati alle transazioni ed al ventaglio dei diritti trasferiti.

A fronte di questi rischi, si reputa utile riflettere sull'opportunità di costruire nuovi e specifici diritti (e doveri) per i metaversi. Ci si domanda inoltre quali saranno i soggetti deputati alla creazione di tali regole nonché al rispetto di esse.

L'impiego di tali processi tecnologici è perciò connesso con innumerevoli profili giuridici di stampo privatistico o pubblicistico. Tra i profili pubblicistici rientrano la garanzia del funzionamento dell'*e-governance* della Pubblica Amministrazione, la sicurezza nazionale e la tutela delle libertà e dei diritti[90], tra cui la libertà d'espressione e la tutela dei dati personali. La raccolta ed il trattamento di dati (personali e non) costituisce forse l'aspetto più problematico e più cruciale della vita del e nel metaverso, all'interno della cornice normativa e giurisprudenziale di derivazione europea.

In un siffatto scenario di riduzione dello spazio pubblico a beneficio del privato[91] – sebbene quest'ultimo sia chiamato a pubblicizzarsi[92] – la realtà immersiva richiederà

[90] F. LAVIOLA, A. IANNUZZI, *I diritti fondamentali nella transizione digitale fra libertà e uguaglianza*, in *Diritto costituzionale*, rivista quadrimestrale, fasc. 1/2023, Milano, Franco Angeli, 2023, 2611-3376, trattano il tema della declinazione dei principi di libertà e uguaglianza nell'ambiente digitale. Mediante una lettura della Costituzione teleologicamente orientata, dal quadro della tutela dell'UE e dallo sviluppo legislativo, si offre una tutela significativa dei diritti digitali, governando l'accelerazione che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) vuole imprimere. Il progresso dei diritti fondamentali, infatti, passa anche attraverso la digitalizzazione della Pubblica amministrazione e la rimozione di ostacoli, quali la mancanza delle necessarie competenze digitali da parte dei cittadini.

[91] Sulla questione della *net neutrality* e della centralizzazione della *governance* del metaverso in capo ad alcune imprese private, si cfr. A.C. NAZZARO, *La natura giuridica del metaverso tra Stato, essential facility e giardino privato*, in G. CASSANO - G. SCORZA (a cura di), *Metaverso*, cit., 55 ss.

[92] «Le *Big Tech* occupano lo spazio corrispondente di incontro, confronto, commercio. A fronte di ciò, come possono essere ridisegnati i rapporti non solo tra Stati-nazione e piattaforme, ma anche tra queste ultime e i cittadini-utenti, dal momento che le piattaforme sono soggetti formalmente privati che assumono, su una base contrattuale asimmetrica, un potere sostanzialmente pubblicistico in relazione alla libertà di espressione del pensiero, alla gestione dei dati, alla libera iniziativa economica e, in generale, alle varie dimensioni della vita del

uno suo sviluppo sostenibile in termini democratici, forse anche attraverso una distribuzione del suo plusvalore o di quote sociali ai suoi partecipanti che potrebbero nel tempo trasformarsi anche in quote di sovranità politica sul metaverso.
Un profilo da attenzionare è costituito dalle relazioni che si potrebbero instaurare in un prossimo futuro tra il "settore pubblico" ed il "settore privato" nello sviluppo delle specifiche caratteristiche e funzionalità del metaverso per l'erogazione dei servizi pubblici, specificamente in ambito sanitario. Per sfruttare appieno le opportunità del metaverso, infatti, è necessario che si instauri una stretta collaborazione tra la Pubblica Amministrazione, le imprese private e la società civile. Nello specifico, la P.A. dovrebbe collaborare concretamente con le imprese tecnologiche per sviluppare soluzioni innovative e sicure per l'impiego del metaverso nei servizi sanitari, nonché al contempo coinvolgere attivamente la società civile per garantire che i servizi erogati soddisfino le esigenze della comunità.
Per il metaverso privatizzato si potrebbe, ad esempio, pensare ad un'amministrazione congiunta di un insieme di organismi, sulla falsariga di ciò che già avviene per Internet ICANN, W3C, IETF[93]: ognuno di questi enti mostra la propria natura bipolare perché sono società private che orientano le proprie attività in senso pubblicistico.
Certamente, occorre favorire quei processi regolatori che guardano alle piattaforme digitali come "infrastrutture sociali" ed a certi loro servizi come "servizi di interesse generale". La questione regolatoria deve quindi porsi come "funzionalizzazione" del potere privato al perseguimento di un fine non soltanto di lucro, ma anche di interesse pubblico. Un modello normativo di riferimento può essere reperito nel regime del potere amministrativo, da cui è possibile mutuare alcuni princìpi generali, in quanto la regolazione della realtà digitale si fonda sulla dimensione procedurale, per cui il controllo sui poteri privati potrà essere validamente impostato solo procedimentalizzandone le funzioni, ossia sottoponendolo ad un regime "amministrativo". Del resto, l'applicabilità dei princìpi generali dell'azione amministrativa ai soggetti privati che svolgano pubbliche funzioni costituisce ormai un principio generale del diritto amministrativo, positivizzato all'art. 1, comma 1-*ter*, della legge sul procedimento amministrativo[94].

---

contraente (o utente) debole?». Il virgolettato è di G. CERRINA FERONI, *Il metaverso tra problemi epistemologici, etici e giuridici*, in *Media Laws*, 2023, 34.

[93] A. HARCOURT, G. CHRISTOU, S. SIMPSON, *Internal Governance of the IETF, W3C, OASIS, and IEEE: Structure, Decision-making, and Internationalization*, *Global Standard Setting in Internet Governance*, Oxford Academic, 23 Apr. 2020), *https://doi.org/10.1093/oso/9780198841524.003.0003*.

[94] L'art. 1, comma 1-*ter*, della l. n. 241/1990 dispone che «i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei princìpi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge». Il primo comma prevede che: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla

ISSN 2036-7821

I risvolti critici derivanti dal metaverso possono perciò essere mitigati attraverso l'interazione tra una maggiore – sia pure parziale – regolamentazione da parte delle autorità pubbliche, una maggiore trasparenza da parte delle piattaforme e una maggiore consapevolezza da parte degli utenti[95], ai fini di una co-regolazione.
Il carattere meta-nazionale, la presenza di numerosi attori portatori di interessi diversi (Stati, aziende private e utenti individuali) e la multidimensionalità nella convergenza tra mondo fisico e virtuale[96] rendono complesso formulare un quadro delle responsabilità e dei doveri a cui sono tenuti gli utenti del metaverso. L'incertezza in termini di governabilità rischia di indebolire la tutela dei diritti dei soggetti che operano in questa nuova dimensione e rende più difficile, sia in un'ottica *de iure condito* che in una prospettiva *de iure condendo*, una disciplina unitaria.
Alla luce di un'interpretazione evolutiva del principio di precauzione[97], nell'attività di gestione del rischio nel metaverso, l'Amministrazione è oggi chiamata ad effettuare un delicato bilanciamento tra l'esigenza di innovazione e la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. Tuttavia, dinanzi alla difficoltà dei legislatori nazionale ed europeo di stare al passo con una realtà tanto mutevole e dinamica, in mancanza di una disciplina normativa *ad hoc* della realtà estesa, occorre verificare se l'impiego delle nuove tecnologie da parte dell'Amministrazione[98] sia manifestazione dell'esercizio di un potere – seppur implicito – oppure costituisca un mero modulo organizzativo di carattere istruttorio. Nella prima ipotesi, l'ampia discrezionalità di cui gode l'attore pubblico nell'attività di gestione del rischio, in assenza di un quadro normativo che definisca il perimetro dell'esercizio del potere, rischierebbe di straripare dai margini della legalità sostanziale determinando l'illegittimità dell'azione amministrativa; nel secondo caso, invece, l'utilizzo di strumenti di Intelligenza Artificiale rappresenterebbe un mero *modus operandi* della scelta autoritativa, accessorio e funzionale rispetto all'esercizio del potere amministrativo

presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai princìpi dell'ordinamento comunitario». Cfr. I. PIAZZA, *L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, fasc. 1/2019, 159 ss.

[95] F. COSTANTINO, *La c.d. cittadinanza digitale*, in *Diritto pubblico*, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini, fasc. 1/2023, 143-178, rileva, a tal proposito, che l'espressione «cittadinanza digitale» viene utilizzata sempre più spesso, ma con significati diversi: come versione aggiornata dell'educazione civica, per insegnare un uso consapevole e appropriato delle tecnologie; evidenziare come l'*ICT* possa semplificare le attività dei cittadini e delle imprese e migliorare i servizi pubblici; indicare la trasformazione del rapporto tra l'individuo e i poteri – pubblici e privati, con particolare attenzione alle ricadute sui diritti fondamentali. L'uso del digitale modella la realtà e, di conseguenza, mette in discussione il contenuto e la nozione stessa di cittadinanza.

[96] Per un'analisi delle prospettive d'indagine connesse al metaverso, in un'ottica multidisciplinare, si v. AA.VV., *Metaverse beyond the hype: Multidisciplinary perspectives on emerging challenges, opportunities, and agenda for research, practice and policy, in International Journal of Information Management, LXVI, 2022, passim.*

[97] E. CIBELLA, *Il principio di precauzione nell'ambiente digitale*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia, fasc. n. 1/2023, Vol. *XII*, 511-536.

[98] J. B. AUBY, *La digitalizzazione come motore dell'evoluzione dell'organizzazione della pubblica amministrazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2023, 389-395.

ISSN 2036-7821

attribuito – a monte – dalla fonte primaria.

Ad ogni modo, sia pure in un quadro di mutevole complessità, alla luce delle considerazioni svolte, si auspica conclusivamente che il ruolo che l'Unione europea è tenuta a svolgere possa contribuire alla "sostenibilità"[99] della realtà estesa nella definizione di una disciplina che tenga in giusto conto i rischi derivanti dal crescente uso dei dispositivi digitali e che possa costituire un modello per regolamentare i rapporti nel metaverso[100] nell'ambito dei servizi sanitari ed, in un'ottica più generale, nell'*e-governance* della Pubblica Amministrazione[101].

[99] P. DE PASQUALE, *Sostenibilità e trasformazione digitale: paradigmi a confronto nella disciplina dell'Unione europea*, *in Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2022, 67-92. Ci si permette altresì di rinviare a G. LOFARO, *Innovación, digitalización y sostenibilidad de la salud pública entre el aprendizaje automático y el suave empujón (Innovation, digitalization and sustainability of public health between machine learning and nudging)*, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 73(285), 31-60, *Enero-Abril* 2023, *https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2023.285.85382*.

[100] G. NATALE, *Metaverso: necessità di un diritto reale per un mondo virtuale. Gli aspetti giuridici rilevanti del Metaverso*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 1/2022, 237-251.

[101] Cfr. D.U. GALETTA, *Il procedimento amministrativo come strumento di organizzazione e le conseguenze legate all'uso delle ICT*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2023,289-297.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La disciplina del termine di ricorso nel rito speciale ex art. 120 c.p.a.: dal creazionismo giurisprudenziale ad un approdo (temporaneo) ope conditorum.

di Raffaele Caroccia

(Professore a contratto di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Inquadramento concettuale dell'indagine; 2. Il termine per ricorrere nella giurisprudenza del Giudice di Lussemburgo; 3. L'art. 120 c.p.a. e la pigrizia del legislatore, invano pungolato da Adunanza Plenaria e Corte Costituzionale; 4. Il risveglio del legislatore ed il nuovo codice dei contratti; 5. Conclusioni parziali.

Abstract

The contribution aims to carry out a historical excursus first and then a mise au point on the discipline of identifying the dies a quo for the proposition of judicial appeal in the field of public procurement against measures other than tenders. On the subject the legislator - after a long sleep, which had left free rein to jurisprudential creationism - recently intended to intervene with the legislative decree. lgs. 36/2023, which rewrote the art. 120 c.p.a. also partly here. But is this a true and definitive clarification? It is to this question that we will attempt to suggest an answer.

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

ISSN 2036-7821

1. Inquadramento concettuale dell'indagine.

Il tema di questo scritto ha, almeno a prima vista, una portata squisitamente processuale.

In effetti, il problema che si intende analizzare riguarda l'individuazione del *dies a quo* per la proposizione del ricorso avverso provvedimenti (diversi dai bandi[1]) emanati nell'ambito di procedimenti inerenti all'assegnazione di appalti pubblici e concessioni[2].

Quindi, un lettore sbrigativo potrebbe giungere alla conclusione che saremmo innanzi ad una questione meramente tecnica.

Chi scrive ritiene che, ad uno sguardo appena più approfondito, una simile impressione si riveli del tutto fallace.

Infatti, il problema è solo all'apparenza esclusivamente processuale.

Esso, invece, assume una colorazione del tutto differente (e più piena) se si muove da una premessa concettuale, che rappresenta l'intelaiatura teorica di queste note.

Per chi scrive elemento centrale nello studio del diritto amministrativo deve rimanere la funzione e su tale metro vanno studiati pure gli ambiti speciali, in cui il primo si articola.

In adesione a questa prospettiva, la disciplina sostanziale della contrattualistica pubblica resta espressione e regolazione (a volte sin troppo minuziosa) di un potere peculiare.

Quest'ultimo è definibile quale potere minore, in quanto strumentale a che la P.A. - nell'esercizio delle proprie capacità giuridica e di agire generali - si procuri i mezzi necessari per provvedere in modo concreto alla cura dell'interesse pubblico, di cui è depositaria e per il quale le è stato conferito un potere maggiore[3].

---

[1] Per essi è prevista una disciplina *ad hoc* al c. 3 dell'art. 120 c.p.a. La disposizione resterà al di fuori dell'analisi.

[2] In via stipulativa, come è invalso nella prassi, ci si riferirà a questo tipo particolare di giudizio con il termine rito appalti; urge la precisazione che oggi per espressa disciplina codicistica (che in realtà costituisce il recepimento di una chiarificazione già operata in via giurisprudenziale) la disciplina speciale si applica pure alle concessioni, purché regolate dal d. lgs. 36/2023. Carattere innovativo, invece, ha la sottoposizione alle regole del rito speciale della contestazione dei provvedimenti di ANAC riferibili esclusivamente alla contrattualistica pubblica. Sui caratteri del rito appalti si vedano almeno: G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della Giustizia amministrativa*, Torino, 2015; G. M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei Contratti pubblici. Commentario di Dottrina e Giurisprudenza*, Torino, 2017; M. A. SANDULLI, R. De NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, 2019.

[3] Tanto in adesione alla prospettiva ricostruttiva del Maestro dello scrivente; il rinvio è a D. MARRAMA, *Accordi sostitutivi, autoritatività ed esercizio di potere*, in *Nuove aut.*, 2022, p. 181 ss. La disciplina della contrattualistica pubblica, secondo questa variante interpretativa, sarebbe il riconoscimento, da un punto di vista normativo, dell'incapacità degli strumenti di diritto privato di divenire *tout court* utilizzabili da parte delle P.A. per reperire gli strumenti necessari per il perseguimento dei fini istituzionali. Nei riguardi dei mezzi giuridici di diritto comune sarebbero, infatti, necessari alcuni adattamenti, consistenti nella sottoposizione ai principi ed agli istituti del diritto amministrativo quale contrappasso del riconoscimento in capo alla P.A. di una capacità generale di diritto privato. Tale arricchimento dell'*agere* amministrativo con l'attribuzione di poteri strumentali ai soggetti dell'ordinamento amministrativo è conseguente sia alla personalità pubblica dei soggetti agenti che alla loro funzionalizzazione alla cura del pubblico interesse. Questa duplice peculiarità fa sì che tutto quanto precede la

ISSN 2036-7821

Nella sua espressione, tale attività privatistica ad evidenza pubblica - del tutto legittimamente - resta seppur in maniera indiretta improntata e funzionalizzata alla cura dell'interesse generale.
Ciò comporta, perciò, che essa rimanga imperniata su una pluralità di principi pubblicistici, i quali dovrebbero bilanciarsi tra loro in un modo più o meno armonico.
Questa situazione – consentanea al fine a cui è indirettamente collegato il procedimento di selezione del contraente - comporta un aggravio del *modus agendi* della P.A. rispetto a quello dei soggetti di diritto comune.
Tale duplice caratteristica (espressione indiretta di una funzione, rilevanza dei principi di quest'ultima) ha come conseguenze, in effetti, il necessario rispetto e l'applicazione di alcuni istituti di matrice appunto pubblicistica, quantomeno in via parentetica. Essi sono utilizzati per comporre gli interessi pubblici e privati che si trovano coinvolti in questo specialissimo procedimento, in luogo di una semplice manifestazione concorde di volontà.
Ciò avviene proprio nella logica della funzione e non in conseguenza di una mera e rapsodica ibridazione con formanti giuridici privatistici.
E' evidente (ed in questo consiste il piccolo contributo dello scrivente, aggiuntivo all'originaria teoria) che una simile prospettiva permette di trascendere il dibattito sul *corpus* normativo della contrattualistica pubblica.
Questa discussione appare tesa – sicuramente anche a ragione della nomodinamica assai accelerata imposta al settore da un legislatore bulimico e della forte influenza sullo stesso delle fonti di diritto euro-unitario[4] - più ad individuare, di volta in volta, il valore guida del settore (dapprima contabilistico, poi concorrenziale, ancora dopo quello costituito dalla prevenzione della corruzione, infine quello rappresentato dal raggiungimento di un risultato, con un vero e proprio sovraccarico assiologico e transito di alcuni diritti al rango di interessi pubblici) che non a proporre una prospettiva valida una volta e per sempre per l'inquadramento della disciplina *de qua*[5].

---

stipulazione del contratto, esercizio di una generale capacità d'agire, resti espressione di un potere ed abbia quindi natura procedimentale e provvedimentale.

[4] Tratto – come noto – su cui hanno richiamato l'attenzione S. CASSESE e la sua scuola. Tra i tanti contributi che si devono a questi studiosi, in questa sede ci si limita ad un rinvio a S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 27 ss.; ID., *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, *ibidem*, 2002, p. 291 ss.

[5] E' ovvio che il d. lgs. 36/2023, con l'accento sul principio del risultato, ha riaperto il dibattito. Chi scrive ritiene che risulti imprescindibile nello studio della nuova disciplina il riferimento a S. VINTI, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2020, contributo a cui si deve l'anticipazione di alcuni spunti ripresi dal legislatore, in particolare con l'individuazione dell'interesse all'esecuzione di un rapporto negoziale quale perno della disciplina. Sul nuovo codice e, in particolare, sul ruolo che in esso ha assunto il principio di risultato in luogo di quello di concorrenza, si vedano almeno: M. A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.lamministrativista.it*, 2022; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*,

ISSN 2036-7821

La ricerca può consentire di trovare appunto nella logica della funzione l'*ubi consistam* del quadro normativo *in subiecta materia*.

Al contrario, non pare che la stessa necessaria logica di coordinamento tra più interessi possa riscontrarsi nel processo amministrativo, anche in questo caso pure con riferimento a quello che riguarda i contratti pubblici[6].

Il giudizio, infatti, serve – in omaggio ad un canone di effettività, di ascendenza quantomeno chiovendiana e che trova la sua affermazione positiva all'art. 1 c.p.a.[7] – a

---

ibidem, 2023; A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in *www.apertacontrada.it*, 2023; F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRARCHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Il dir. dell'ec.*, 2023, p. 31 ss.; A. M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice per i contratti pubblici*, *ibidem*, 2023, p. 141 ss.; D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2023; L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023; G. TULUMELLO, I. RAIOLA, F. GAMBATO SPISANI, P. NASINI, N. DURANTE, V. NERI, *Nuovo codice dei contratti pubblici: relazione relativa alle ricadute sul processo amministrativo*, *ibidem*, 2023; F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, *ibidem*, 2023, che identifica nel nuovo testo il passaggio da un concetto di concorrenza intesa in modo assoluto ad uno regolato in vista del risultato, analogamente a quanto capiterebbe alla trasparenza; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023. Per considerazione di più ampio respiro si rinvia a: M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001; F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016; D. CAPOTORTO, *Lo Stato "consumatore" e la ricerca dei suoi princìpi*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 161 ss., che ritiene che ora gli enti del settore pubblico intendano conseguire con la disciplina *de qua* una cornice ampia di valori improntati alla protezione sociale, dell'ambiente e delle piccole imprese e volti a realizzazione uno sviluppo sostenibile.

[6] Il rito speciale – anche a ragione dell'importanza economica delle controversie che vi sono sottoposte – ha svolto il ruolo di "*cavia*" ed ha così favorito una più generale innovazione della disciplina processuale; anche tale funzione di apripista – messa in luce da M. A. SANDULLI, *Il rito speciale sui contratti pubblici nel primo decennio del c.p.a.: tra progresso ed involuzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 183 ss. – giustifica l'attenzione al tema oggetto del presente contributo.

[7] La disposizione, icasticamente posta all'inizio del codice, recita: "*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*"; detti principi sono ritraibili dagli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost, dall'art. 46 CDFUE e dagli artt. 6 e 13 CEDU. Al principio di effettività sono state dedicate intere biblioteche, che lo hanno investigato nei suoi risvolti di natura sia filosofica che processuale. Un dibattito tanto ampio è al di fuori dell'economia del presente contributo. Qui si effettuerà un richiamo ad alcune opere, ritenute dallo scrivente più significative: P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, p. 420 ss.; L. P. COMOGLIO, *Il diritto individuale alla tutela giudiziaria*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1981, *sub* art. 24, p. 6 ss. G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 1 ss.; G. ABBAMONTE, *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in *Scritti in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, 1996, p. 37 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 653 ss.; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; N. LIPARI, *Il problema dell'effettività nel diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 887 ss.; L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm CdS*, 2011, p. 1707 ss.; M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, 2011; S. S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 401 ss.; M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014; I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, *ibidem*, 2016, p. 401 ss.; M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017.

ISSN 2036-7821

far conseguire, al pari dell'attività giurisdizionale ordinaria civile, a chi vi agisce tutto quello che gli compete grazie ad un rimedio effettivo[8].
Ovviamente un simile scopo deve essere raggiunto nel rispetto del principio del contraddittorio e della parità delle armi tra le parti coinvolte[9].
Effettività, contraddittorio e parità tra le parti, in uno Stato costituzionale di diritto, quindi concorrono insieme alla realizzazione del giusto processo.
Con quest'ultima espressione sembra che si possa designare una modalità di attuazione del potere giurisdizionale, capace di garantire gli interessi di chi vi prende parte e, seppur in via derivata e non principale, quello dell'ordinamento alla certezza del diritto[10].
In tal modo si ottiene un risultato complessivo[11], con il quale si conferisce un significato bilanciato al principio dell'effettività, che altrimenti diverrebbe un moltiplicatore senza limiti di diritti tra loro potenzialmente ed infinitamente confliggenti.
Siffatto schema – ideale o, se si preferisce, idealtipico – già sconta nel processo amministrativo una prima sensibile, eppur ontologica, deviazione[12].
In omaggio a scorie - di cui forse non ci si è del tutto liberati - secondo le quali nemmeno in un ordinamento democratico le P.A. sarebbero del tutto strutture di servizio delle collettività di riferimento, ma resterebbero sovrane e dotate di poteri autoritativi[13], ed in ossequio a reminescenze, in forza delle quali il processo amministrativo servirebbe a tutelare l'interesse generale e non le situazioni giuridiche soggettive dei ricorrenti, la parte pubblica gode di un privilegio assai forte.

[8] Tale affermazione di principio sembra necessaria anche al fine di evitare derive oggettivistiche della funzione del processo; la funzione giurisdizionale per restare aderente alla sua dimensione costituzionale deve limitarsi a tutelare le posizioni giuridiche nella titolarità di chi vi agisca.

[9] Non a caso, richiamati insieme al principio del giusto processo all'art. 2, c. 2, c.p.a., a norma del quale: "*Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione*".

[10] La natura meramente accidentale dell'affermazione della legalità ordinamentale nel processo a struttura soggettiva è sottolineata da M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 927 ss.

[11] La ricerca di tale risultato – su cui porta l'attenzione M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza cit.* – è ormai una costante nella giurisprudenza costituzionale; *ex multis*, si veda Corte cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317. Tutte le sentenze dalla Corte Costituzionale citate nel presente scritto sono disponibili in libera consultazione al sito *www.cortecostituzionale.it*.

[12] Questa curvatura è ben oltre la dimensione del processo civile, che può essere interpretata alla luce delle garanzie costituzionali come "*relazione mediatrice di reciprocità complementare tra l'idea individuale e l'idea sociale, tra il diritto soggettivo e l'esigenza di giustizia*" predicata da P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, VI, Padova, p. 290.

[13] In un'ottica – stigmatizzata da D. MARRAMA, *op. ult. cit.* - secondo cui l'autoritatività sarebbe ancora espressione di sovranità e non conseguenza del conferimento di un potere.

ISSN 2036-7821

Esso comporta la definitività delle scelte della P.A., una volta scaduto il termine decadenziale di contestazione dei provvedimenti senza la proposizione di un ricorso[14].

La giustificazione di questo privilegio è, almeno nei tradizionali giudizi impugnatori, la garanzia della pluralità dei soggetti coinvolti nelle decisioni amministrative[15], obiettivamente multipolari ed i cui effetti vanno resi stabili dopo un lasso di tempo predeterminato dalla loro adozione[16].

Tale regola, che nasce come qualità del provvedimento, tracima in un controverso privilegio processuale in favore di chi lo emette[17]. Essa trova la sua condivisibile giustificazione nell'esigenza di garantire – appunto oltre il decorso di un termine decadenziale legislativamente fissato, breve e non interrompibile – la certezza dei rapporti di diritto pubblico.

A questo risultato si accompagnano: a. l'estinzione dell'interesse legittimo; b. la conseguente impossibilità di modificazione *ope iudicis* dell'assetto provvedimentale; c. la definizione in rito, con sentenze di irricevibilità, dei giudizi proposti oltre il termine decadenziale.

Questa situazione - per essere coerente con il canone di effettività della tutela e con i principi di democraticità, ragionevolezza ed uguaglianza e non costituire un vantaggio di una sola parte del rapporto giuridico processuale – deve, però, trovare i suoi opportuni contemperamenti ad opera del legislatore e, eventualmente, del Giudice alla luce dei valori costituzionali. In tale operazione di contemperamento, un posto di primazia ha la regola di ragionevolezza, alla luce della quale vanno coordinati gli interessi privati e pubblici riferibili alle parti del processo[18].

Tuttavia, la garanzia di certezza non costituisce un bene della vita acquisibile dal processo, ma è e resta la conseguenza della posizione istituzionale della P.A.

Pertanto, nell'operazione di bilanciamento tra effettività e certezza non è possibile tenere ferme in sede processuale le diverse posizioni presenti in sede sostanziale.

Infine, un atteggiamento cauto nell'esercizio di razionalità pratica[19] sottesa all'equilibrio tra i due richiamati valori giuridici risulta tanto più necessario nel rito appalti, perché in questo microsistema normativo vigono pure sia la generale

[14] Sulla decadenza si vedano almeno: M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, 2018; F. SAITTA, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 1191 ss.; A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012; A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 190 ss.

[15] A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, p. 251-252.

[16] Non è purtroppo possibile in questa sede effettuare considerazione alcuna sul modo con cui è possibile giustificare il termine decadenziale in giudizi in cui si esercitino azioni diverse da quella di annullamento; sul punto, affascinante, si rinvia a M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.*

[17] Il privilegio si riflette incidentalmente anche sulla posizione del controinteressato.

[18] Tanto per realizzare un "*rapporto processuale amministrativo ragionevolmente paritario*", secondo l'efficace espressione di RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.*

[19] Corte cost., sent. 31 maggio 1996, n. 172.

ISSN 2036-7821

dimidiazione dei termini processuali[20] che l'impossibilità di rivolgere un ricorso amministrativo al Capo dello Stato.

In assenza di un corretto bilanciamento tra effettività e certezza, l'accesso alla giustizia si tramuterebbe in un percorso ad ostacoli, la cui difficoltà è già elevata per i costi sicuramente non lievi per la proposizione del ricorso[21].

Le esigenze di certezza – valore oggettivo - del tutto impropriamente prevarrebbero in tal modo su quelle di giustizia, riferibili al singolo[22].

Una simile deformazione dell'interpretazione della *ratio* dei giudizi, purtroppo, ha trovato il proprio brodo di coltura nell'idea, secondo cui i ritardi di realizzazione nelle opere pubbliche sono in gran parte ascrivibili al sistema di giustizia amministrativa.

In coerenza con un simile svisato presupposto, la soluzione più semplice ed immediata operata dal legislatore negli anni è stata rendere sempre più complessa ed onerosa la loro attivazione (al posto della risposta razionale costituita da un idoneo rafforzamento dei plessi giurisdizionali).

In un modo appena più raffinato, l'obiettivo di contenere le domande di giustizia è stato perseguito non solo con ostacoli economici, ma anche attraverso la compressione dei tempi necessari per la loro evasione e con l'imposizione di limiti dimensionali agli atti giudiziari.

Nella sua seconda versione, questo modello teorico – pur muovendo dalla condivisibile necessità di ridurre la durata dei processi, che devono concludersi in tempi tali da rendere soddisfacente la tutela erogata alla loro conclusione – scambia il valore dell'effettività del rimedio (a cui sicuramente il tempo non è indifferente) con quello diverso – e riferibile non al giudizio, ma all'apparato giudiziario, inteso quale Amministrazione e non come potere dello Stato – dell'efficienza della giurisdizione. Quest'ultima costituisce espressione dell'interesse generale, a differenza del primo valore, che è ad appannaggio delle sole parti processuali[23].

---

[20] La dimidiazione dei termini nel rito appalti è da tempo ritenuta costituzionalmente legittima in ragione di un'ampia e non sindacabile discrezionalità legislativa sul punto; si veda Corte cost., sent. 10 novembre 1999, n. 427, che ha evidenziato come non sia irragionevole un termine ristretto anche perché il rito speciale impatta su una materia peculiare in cui centrale è il valore della contrazione della durata dei giudizi al fine di conseguire rapidamente la stabilità degli assetti provvedimentali.

[21] Come noto, solo con il d. lgs. 36/2023 è stata abolita la necessità del versamento del contributo unificato anche per i motivi aggiunti contenenti domande nuove. Il riferimento è all'attuale art. 120, c. 7 c.p.a., che recita: "*I nuovi atti attinenti alla medesima procedura di gara sono impugnati con ricorso per motivi aggiunti, senza pagamento del contributo unificato*".

[22] Tale tradizionale concezione dei processi da ricorso è stata stigmatizzata sin da F. BENVENUTI, in *Processo amministrativo (ragioni e struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, p. 454 ss.

[23] Ciò pone in contrasto effettività ed efficienza, proprio in conseguenza di un modo di vedere la giustizia non come funzione dello Stato, ma come risorsa scarsa ed erogabile con il "contagocce" in una logica di proporzionalità e rapidità della risposta dell'ordinamento giudiziario alla domanda di giustizia. A tale rete di contenimento delle richieste di giustizia rispondono, ad esempio, la figura dell'abuso del processo (su cui si veda almeno G., TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, 2015), il principio di economicità dei mezzi

ISSN 2036-7821

E' proprio la confusione su quest'elemento di fondo, l'aspetto che – a parere di chi scrive – è capace di spiegare la fallacia di un modello interpretativo, in cui l'unico obiettivo da perseguire diviene la deflazione delle domande di giustizia.
Da tale duplice concezione (sia consentito definirla - in modo forse non troppo garbato – traditrice della dimensione costituzionale del processo) deriva l'attenzione spasmodica dei più recenti interventi del legislatore a comprimere i tempi del giudizio a tutto scapito di una piena cognizione delle controversie, connotate in questo particolare settore da questioni sia di fatto che di diritto assai delicate. Ciò si è tradotto – per utilizzare una formula – nell'amputazione del diritto di difesa.
Non stupisce che questi due modelli teorici abbiano utilizzato nel rito appalti quale strumento di loro attuazione - oltre alla riduzione degli spazi di erogabilità della tutela cautelare (consistente nella sollecita fissazione del merito, salvi i casi di estrema gravità ed urgenza) ed alla forte accelerazione della fase decisoria[24] - anche l'individuazione di un ristretto termine per il ricorso.
A questo primo gruppo di compressioni del diritto di difesa, si accompagna – sempre per il solo sistema processuale della contrattualistica pubblica – la considerazione dell'esistenza di un interesse generale all'esecuzione ed al mantenimento del contratto[25], quale limite alla tutela cautelare prima ed al risarcimento per equivalente

processuali e l'esplosione dei riti speciali. Sul punto si veda I. PAGNI, *La giurisdizione cit.*, a cui aggiungere almeno: M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza cit.*, che nota come "*compito della giurisdizione non è funzionare "bene", per rapporto a questo o quell'interesse pubblico, bensì assicurare una più generale prestazione di sistema, non confondibile con quella o quelle che di volta in volta sono rese dai singoli plessi della pubblica amministrazione*"; M. A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, 2018, p. 45 ss.

[24] Tanto almeno dall'art. 19 d.l. 25 marzo 1997, n. 67 convertito con modifiche dalla l. 23 maggio 1997 n. 135, che ha introdotto un rito speciale *in subiecta materia* – almeno per gli appalti di lavori e gli incarichi di progettazione - con dimezzamento di tutti i termini processuali. L'art. 4, c. 2, l. 21 luglio 2000, n. 205 abolì questo rito speciale, sostituito da un altro rito speciale regolato all'art. 23 *bis* della l. 1034/1971, la cui applicazione era prevista (oltre ad altre particolari materie) pure ai servizi ed alle forniture. Nel 2010, la disciplina processuale è stata poi trasferita negli art. 245 ss. d. lgs. 163/06 per trovare la propria collocazione nel c.p.a. [artt. da 119, I c. lett. a), a 125], oggetto di plurime modifiche negli anni. Prima del 1997 sempre in relazione ai soli appalti di lavoro pubblici erano state introdotte norme acceleratorie non organiche dall'art. 31 *bis* l. 11 febbraio 1994 n. 109, inseritovi dall'art. 9 d.l. 3 aprile 1995, n. 101. Per un'analisi diacronica della disciplina del rito appalti si rinvia a M. A. SANDULLI, *Il contenzioso sui contratti pubblici*, in *www.lamministrativista.it*, 2023.

[25] Il riferimento è all'art. 120, c. 8 *ter* (ora 10), c.p.a. ("*Nella decisione cautelare il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione*") ed all'art. 121, c. 3 c.p.a. ("*Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici sono presi in considerazione come esigenze imperative solo quando l'inefficacia del contratto condurrebbe a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia*"). E' stata notata da M. A. SANDULLI, *Il rito speciale cit.* la intelligente prudenza, con cui il G.A. applica tali forme di limitazione della tutela;

ISSN 2036-7821

poi[26]. Da tanto deriva la complessiva tendenziale curvatura verso il risarcimento per equivalente quale unica forma di tutela in luogo di semplice misura sub-ottimale[27].
Di fronte a questa tendenza dell'ordinamento, a ben vedere, oggetto del presente contributo è un problema di civiltà giuridica.
Esso può essere formulato in questi termini, assai semplici, ma molto evocativi:
a. sin a quanto nel processo amministrativo sono (ancora) tollerabili posizioni di privilegio in favore della P.A.?
b. esse sono giustificabili solo rispetto al contenuto della tutela o anche in ordine alle modalità di accesso al Giudice?
Sullo sfondo dei due quesiti resta un ulteriore elemento, collegato al tema della perdita di centralità nell'ordinamento della legge[28] e della sua sostituzione quale fonte del diritto sia da parte di elementi provenienti da ambiti ordinamentali sovranazionali che dell'interventismo del potere giudiziario statale[29]. Questo è avvenuto anche in settori ordinamentali come quello processuale, dove vige la riserva di legge, garanzia servente al richiamato principio di effettività della tutela.

---

ovviamente, in caso di mancata declaratoria di inefficacia del contratto, sono applicabili le sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a. Anche l'art. 122 c.p.a. richiama "*gli interessi delle parti*" tra gli elementi, che il Giudice deve valutare in caso di dichiarazione di inefficacia facoltativa del contratto.

[26] Secondo G. TAGLIANETTI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici: ratio e profili applicativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 122 ss., l'intero ambito processuale è condizionato dalla "*ricerca di un equilibrio assiologico nella dialettica tra interessi in costante tensione e potenzialmente configgenti, quali l'interesse a garantire alle imprese una giustizia piena ed effettiva e l'interesse generale alla sollecita realizzazione di un'opera o all'efficace erogazione di un servizio in favore della collettività*". Il sistema avrebbe una doppia anima: la prima tesa a proteggere concorrenza ed effettività della tutela, la seconda la stabilità delle decisioni amministrative in materia di affidamenti e l'esecuzione del contratto a valle delle stesse, la quale riguarda interessi sociali rilevanti ed ha un significativo valore economico. A tale tensione tiene dietro la "*ricerca di un soddisfacente punto di equilibrio tra queste istanze potenzialmente contrapposte*". In alternativa a questa ipotesi, si potrebbe anche proporre di leggere le regole acceleratorie del giudizio speciale *de quo* come finalizzate in modo esclusivo a garantire alle imprese il conseguimento del bene della vita. In effetti, il subentro potenziale nel contratto necessita di un rito processuale particolarmente accelerato. Tale modalità di interpretazione è maggiormente aderente alla struttura soggettiva del sistema processuale amministrativo e fa recedere in secondo piano la considerazione dell'interesse generale, benché sia comunque in grado di spiegare le regole di velocizzazione del giudizio.

[27] M. A. SANDULLI, *Il rito speciale cit.*; l'Autrice ha da tempo meritoriamente lanciato l'allarme verso un'involuzione in questa direzione del sistema processuale.

[28] Il tema è delicatissimo per tutte le branche del diritto pubblico. Si veda per una messa a punto recente G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 1406 ss., a cui aggiungere gli studi più classici in diritto amministrativo di F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007; ID., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012; ID., *Legalità amministrativa tra passato e futuro*, Napoli, 2016; G. CORSO, *Principio di legalità*, in M. A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, p. 43 ss.

[29] S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *www.federalismi.it*, 2018, imputa il fenomeno nell'ordinamento italiano a due cause: crisi della politica e visione del Giudice non più come fattore di negazione dei diritti protetti a livello costituzionale, ma come loro moltiplicatore. Da esse, che si accompagnerebbero alla più generale influenza di CGUE e Corte di Strasburgo ed al superamento di un impianto codicistico nella legislazione, deriverebbe lo scivolamento verso un diritto giurisprudenziale. Si veda in tema pure M. A. SANDULLI, *"Principi e regole dell'azione amministrativa": riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, *www.federalismi.it*, 2017.

ISSN 2036-7821

Tale modifica può essere sintetizzata nella sostituzione avvenuta nel discorso giuridico del lemma "*garanzia della legalità*" con quello – più ricco di contenuti, ma altrettanto più sfumato - di "*sicurezza giuridica*"[30], che dovrebbe avere più a che fare con la garanzia del singolo che con un'esigenza dell'ordinamento[31].

Nella vicenda oggetto del presente scritto, infatti, l'individuazione del termine a ricorrere è stata almeno per un certo tempo operata in via giurisprudenziale, cosa che ha portato l'ordine giudiziario a svolgere una funzione normativa assai prossima al creazionismo[32] ed ha scompaginato la prevedibilità dell'applicazione della legge.

Tale peculiarità è un ulteriore sintomo della crisi dei principi di separazione dei poteri[33] e di legalità, figli della razionalità illuministica.

Il loro smottamento parziale ha come conseguenza l'inquinamento della differenza funzionale tra potere legislativo e potere giudiziario, ricostruibile – se si aspira a nutrire qualche certezza - ancora una volta secondo lo scopo dei rispettivi atti di esercizio.

La legge dovrebbe restare atto centrale nella produzione del diritto e temporalmente anteriore rispetto ai casi, a cui si applica. Questo al fine di garantire il principio di uguaglianza dei consociati e di permettere alla giurisdizione il rispetto dell'art. 101 Cost.. La sentenza - soggettivamente espressione di un soggetto terzo - dovrebbe,

---

[30] "*Il principio per cui il giusto processo deve essere regolato dalla legge richiede e presuppone che il privato abbia il diritto di sapere con certezza quali siano le regole in vigore nel momento in cui agisce, siano esse legali o giurisprudenziali*", Cass. civ., ord. 22 marzo 2011, n. 6154, in https://dejure.it. Sul concetto di sicurezza giuridica, identificabile come diritto alla tranquillità giuridica dei singoli, il rinvio è almeno a: F. FRANCARIO, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, in ID. (a cura di), *Garanzie degli interessi protetti e legalità dell'azione amministrativa*, Napoli, 2019; R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *L'incertezza delle regole. Annuario AIPDA*, Napoli, 2015, p. 3 ss.; R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *www.federalismi.it*, 2018; M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.*; A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, 2018. Per M. LUCIANI, *Garanzia ed efficienza cit.*, in uno Stato costituzionale di diritto la certezza del diritto costituirebbe un sinonimo della sicurezza giuridica ed avrebbe un senso obiettivo, a cui si affiancherebbe l'affidamento di natura soggettiva, che avrebbe invece a che fare con la garanzia dei diritti fondamentali nei rapporti con la P.A.

[31] M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.*

[32] M. CECILI, G. VOSA, *La funzione normativa dell'ordine giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2023, p. 255 ss., a cui aggiungere almeno L. SALTARI, *I giudici amministratori*, *ibidem*, 2023, p. 293 ss.; F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, p. 9 ss. M. A. SANDULLI, *Processo amministrativo cit.*, ha evidenziato che è proprio la crisi della politica a tramutare il Giudice in "*bilancia dei diversi interessi*" con tradimento della sua funzione originaria di interprete del diritto positivo.

[33] Recentemente al principio di separazione dei poteri ed alle sue trasformazioni è stato dedicato il primo fascicolo speciale dell'anno 2023 di *Riv. trim. dir. pubbl.*; per una concettualizzazione delle origini storico-politiche del principio si veda P. PASQUINO, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, *ibidem*, p. 3 ss.; rispetto alla nostra Carta fondamentale, si rinvia G. D'AMICO, D. TEGA, *La Costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'Assemblea costituente tra modelli storici e contesto politico*, *ibidem*, p. 89 ss., secondo cui – in omaggio ai principi di pluralismo e sovranità popolare - la separazione dei poteri sarebbe stata accolta nell'ambito costituzionale in maniera non rigida o addirittura risulterebbe sostituita dal principio di competenza, per il quale le attribuzioni di ciascun organo costituzionale sono libere da interferenze diverse da quelle della Corte Costituzionale. Restano tuttora fondamentali: F. MODUGNO, *Poteri (Divisione dei)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, 1966, p. 483 ss.; G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, p. 710 ss.

ISSN 2036-7821

invece, dichiarare, concretizzare o, forse meglio, interpretare la volontà della legge, senza però introdurre regole retroattive su fattispecie già definite.
Nella vicenda *de qua*, rispetto al tema della c.d. crisi della legge sembra che il processo sia divenuto una stanza di compensazione tra interessi di rango e contenuto vari.
Ma di tale finalità legittimamente solo il procedimento può farsi carico.
Questo perché al primo è estranea l'ottica di garanzia del buon andamento, che è propria del secondo.
Se la razionalità illuministica è tramontata, il giurista (positivo, teorico e pratico) non scorge ancora cosa possa prenderne adeguatamente il posto e cade così preda di una condivisibile nostalgia.
E' ovvio – sia consentito di anticipare qualche considerazione finale - che una visione efficientista del processo non sembra la candidata più adatta alla sostituzione[34].

2. Il termine per ricorrere nella giurisprudenza del Giudice di Lussemburgo.
Esaurite le considerazioni introduttive, per affrontare in modo corretto il tema dello scritto, si impone la partenza dall'analisi del diritto UE.
Esso ancora il termine per la proposizione del ricorso alla conoscenza delle motivazioni del provvedimento di aggiudicazione[35].
Si potrebbe affermare, in sintesi, che il principio di effettività postula che il *dies a quo* scatti dalla conoscenza effettiva o dalla concreta conoscibilità dei vizi.
Nel diritto unionale, infatti, il termine per ricorrere nella materia oggetto del presente contributo è chiaramente identificato come uno strumento necessario a rendere effettiva la tutela, scopo a cui tende la legislazione processuale in materia e che deve essere preservato dal legislatore nazionale per garantirne l'effetto utile[36].

---

[34] Visuale che – per utilizzare le parole di S. STAIANO, *In tema cit.* – comporta che "*la produzione normativa deve avvenire nella sede in cui essa può porre rimedio ora, alle inefficienze del legislatore*" con rottura (quanto meno rispetto al diritto penale, ma chi scrive ritiene in ogni materia in cui sia prevista una riserva di legge) del principio di separazione dei poteri nel suo corollario della non sovrapponibilità tra rappresentanza politica parlamentare e rappresentanza istituzionale della magistratura .

[35] E' questo il caso in cui è più complesso individuare il termine a ragione dell'efficacia riflessa che l'aggiudicazione ha nella sfera giuridica del secondo graduato. Il problema è meno grave per l'esclusione, in cui il soggetto leso è solo il destinatario del provvedimento che dovrebbe avere già i documenti posti dalla P.A. alla base della decisione. Pertanto, nel corso dello scritto si farà riferimento all'aggiudicazione.

[36] Art. 1, c. 3 dir. 89/665/CEE, come sostituito da dir. 2007/66/CE: "*Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione*". La garanzia di una piena contestabilità dei provvedimenti in materia di aggiudicazione è accentuata dal considerando 122 dir. 24/2013/UE che prevede la (problematica per la natura soggettiva del sistema processuale italiano) possibilità che le legislazioni nazionali conferiscano un simile diritto di ricorso anche a soggetti che non hanno un interesse all'aggiudicazione, a cui comunque va garantita la possibilità di segnalarne cause di potenziale illegittimità, quantomeno in via amministrativa. Proprio in considerazione di tali elementi ed alla piena valorizzazione della tutelabilità dell'interesse strumentale da parte del Giudice del Lussemburgo, F. GOISIS,

ISSN 2036-7821

Infatti, una tutela effettiva non è tale, se non è connotata dal pieno diritto di accesso al Giudice quale suo logico antecedente.
Inoltre, un'inedita disciplina minuziosa degli aspetti processuali è anche figlia della consapevolezza che essa si rende necessaria per dare senso concreto alle regole sostanziali[37] e permettere così di realizzare la libertà di stabilimento ed il principio di libera prestazione dei servizi.
Non a caso, nella consapevolezza che una tutela risarcitoria per equivalente non è pienamente satisfattiva e che pertanto deve essere garantita quella in forma specifica, nella c.d. direttiva ricorsi 2007/66/CE al termine per ricorrere è collegato l'istituto del c.d. *stand still*, sostanziale e processuale[38].
Si tratta – come noto – di un primo periodo di 35 giorni, come previsto dal legislatore italiano, decorrenti dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione completo di una relazione sintetica dei motivi che l'hanno determinato, e di un secondo analogo periodo, che si avvia in via eventuale dopo la proposizione del ricorso nelle more della decisione sulla domanda cautelare annessa allo stesso, durante i quali è inibita la stipulazione del contratto[39].

Il contenzioso appalti nella prospettiva dell'Unione Europea: verso una giurisdizionale (primariamente) di diritto oggettivo?, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 394 ss. afferma che: "*Da questi dati legislativi emerge allora come la tutela giurisdizionale vada il più possibile estesa ed incoraggiata; di conseguenza, la ammissibilità delle azioni dei concorrenti deve essere, per quanto possibile, preservata*". La introduzione nei sistemi nazionali di un regime severo di decadenza non pare consentanea al diritto UE, che sembra addirittura favorire un'azione popolare.

[37] Notazione che si trova in M. A. SANDULLI, *Il rito speciale cit.*

[38] Il primo termine è previsto dall'art. 2 *bis*, c. 2 dir. 89/665/CEE, come sostituito da dir. 2007/66/CE (il quale prevede che la comunicazione sia accompagnata da una perspicua e motivata relazione): "*La conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione prima dello scadere di un termine di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui è stata inviata la decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti e ai candidati interessati, o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione di aggiudicazione dell'appalto*". Il secondo è contemplato dall'art. 2 della medesima direttiva: "*Qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso*". Sulla duplice variante dell'istituto e sulle deroghe previste nelle disposizioni europee si veda almeno M. A. SANDULLI, *Il rito speciale cit.* Sulla dir. 2007/66/CE si vedano: G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1029 ss.; E. M. BARBIERI, *Il processo amministrativo in materia di appalti e la direttiva comunitaria 11 dicembre 2007, n. 66/CE*, *ibidem*, 2009, p. 493 ss.

[39] La disciplina è ora prevista all'art. 18, c. 3 e 4, d. lgs. 36/2023: "*3. Il contratto non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. Tale termine dilatorio non si applica nei casi: a) di procedura in cui è stata presentata o ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito, o le impugnazioni sono già state respinte con decisione definitiva; b) di appalti basati su un accordo quadro; c) di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione; d) di contratti di importo inferiore alle soglie europee, ai sensi dell'articolo 55, comma 2. 4. Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza*

ISSN 2036-7821

Questi due spazi di tempo servono proprio a chi sia arrivato in posizione diversa dall'aggiudicatario a valutare in modo pieno la possibilità, i costi e le prospettive di successo di un'impugnativa giurisdizionale. Una volta determinatosi in tal senso, gli consentono poi di raccogliere il materiale necessario alla stessa e di provvedere alla notificazione, senza che la pretesa all'aggiudicazione della gara possa essere frustrata da stipulazioni a sorpresa e fintanto che non si pervenga ad un primo esame delle sue doglianze[40].

Pertanto, coerentemente con tale *ratio*, il termine a ricorrere dovrebbe decorrere solo dal momento in cui sia possibile considerare in modo chiaro l'eventualità di un ricorso, sicché la sua maturazione può essere posposta sino a che tutta la documentazione rilevante sia materialmente messa a disposizione di un operatore economico[41].

Non stupisce che per la Corte del Lussemburgo[42] l'esercizio del diritto al ricorso non può, di conseguenza, prescindere dalla conoscenza della motivazione e del preciso contenuto dell'atto lesivo; peraltro, la stessa non è sufficiente, ma deve essere qualificata con le caratteristiche dell'adeguatezza, del dettaglio e della precisione.

Analoghe caratteristiche sono necessarie per le normative nazionali, le quali devono chiarire senza possibilità di ambiguità quali siano i diritti ed i doveri (*rectius*, gli oneri

---

cautelare alla stazione appaltante o all'ente concedente fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado o del dispositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare. L'effetto sospensivo cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza pronunciarsi sulle misure cautelari con il consenso delle parti, valevole quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare".

[40] L'effettività della tutela nel rito appalti è garantita anche dal potere a chiusura del sistema del G.A. di dichiarare l'inefficacia del contratto e dichiarare il subentro nello stesso ad opera del ricorrente vittorioso. Tale aspetto – sicuramente significativo – non rientra nell'economia dello scritto; sul tema c'è una bibliografia sterminata. Si veda almeno E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 1067 ss.

[41] E' espressione di questo quadro logico concettuale l'art. 2 *quater* dir. 89/665/CEE, come sostituito da dir. 2007/66/CE, che fa decorrere il termine per la proposizione del ricorso, pari almeno a 10 giorni "*dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all'offerente o al candidato, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione, di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all'offerente o al candidato o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice*". La stessa disposizione prescrive che la comunicazione deve essere "*accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti*", cioè in una sola parola motivata. Questo carattere deve accompagnare anche le decisioni diverse dall'aggiudicazione, come precisato da Corte giust. UE, sent. 11 gennaio 2005, in C-26/03, sent. 28 gennaio 2010 in C-406/08, sent. 5 aprile 2017, in C-391/15. Tutte le sentenze delle Corti europee citate nel presente scritto sono in libera consultazione al sito www.curia.europa.eu.

[42] L'orientamento del Giudice europeo è sul punto granitico e risalente e riguarda tutte le fattispecie. Si vedano Corte giust. CEE, 10 dicembre 1957, cause riunite 1/57 e 14/57; Corte giust. CE, 9 gennaio 1997, in C-143/95; Corte giust. CE, 6 dicembre 1990, in C-180/88, Trib. CE, sez. II, 12 dicembre 2006, in T.228/02; Corte giust. UE, sent. 28 gennaio 2010, n. 406 in C-406/08 con nota di G. CARULLO, *Appalti: il termine di ricorso fra incertezze interpretative e riforme legislative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 553 ss.

ISSN 2036-7821

procedimentali e processuali) degli operatori economici con le rispettive tempistiche di esercizio.
Addirittura nella giurisprudenza più risalente l'importanza della motivazione era tale da costituire condizione di esistenza dell'atto.
In un tempo più recente e direttamente rispetto alla disciplina delle gare pubbliche, il Giudice del Lussemburgo ha introdotto alcune precisazioni aggiuntive a quest'impostazione generale.
Dapprima, pur nella constatazione che il diritto al ricorso può legittimamente soffrire limitazioni temporali al fine di garantire la certezza dei rapporti giuridici, è stato affermato che i termini introdotti dalle legislazioni nazionali devono rispettare il criterio di ragionevolezza. Ciò si rende necessario per non vanificare l'effetto utile delle disposizioni unionali[43].
Un'estensione ed una precisazione di questo principio ha riguardato i termini di contestazione di clausole dei bandi ritenute illegittimamente lesive della concorrenza; se è ragionevole in astratto un termine (allora di 60 giorni) previsto dalla legislazione italiana e calcolato dalla data di pubblicazione del bando per avviare un simile giudizio, va pure tenuto conto che l'applicazione di tale regola processuale deve essere calata nelle precise circostanze di causa. Infatti, se l'interpretazione della disposizione è divenuta ambigua solo a causa del comportamento della stazione appaltante ed esclusivamente una decisione di applicazione ne ha reso chiaro il senso, è solo da quest'ultima che può legittimamente decorrere il termine di contestazione giurisdizionale, senza che la decadenza dall'impugnazione del bando possa spiegare effetti pregiudizievoli, evitabili con la disapplicazione della clausola escludente[44].
Successivamente, sono state date precise indicazioni rispetto alle modalità di individuazione del *dies a quo* per la proposizione del ricorso in materia di appalti pubblici in relazione ad atti diversi dai bandi. In particolare, è stato puntualizzato che il termine, comunque fissato dagli ordinamenti nazionali, decorre non dal momento in cui è stato comunicato il rigetto di un'offerta, ma dal diverso tempo in cui sono o dovrebbero essere noti all'offerente i motivi per cui la sua proposta non è stata preferita a quella altrui. Nel ragionamento della Corte opera – va notato - un avvicinamento della presunzione di conoscibilità dei vizi alla loro reale conoscenza. E non solo: il Giudice del Lussemburgo ha pure aggiunto che, in un necessario bilanciamento tra principio di effettività e di stabilità delle decisioni amministrative,

[43] Corte giust. UE, sent. 12 dicembre 2002, in C.470/99, ove si legge che la direttiva 89/665/CEE "*non osta ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso vada sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole*".
[44] Corte giust. UE, sent. 27 febbraio 2003, in C-327/00.

ISSN 2036-7821

tutti i termini in materia di contestazioni a provvedimenti incidenti su appalti pubblici devono essere fissati in modo sufficientemente chiaro, preciso e comprensibile in maniera da fornire ai consociati un quadro su cui fare affidamento e senza frustrarne il diritto di difesa. Pertanto, i termini devono essere individuati in maniera non ambigua e senza lasciare margini di discrezionalità all'organo giudicante sulla verifica della maturazione della decadenza, caratterizzazione che renderebbe la stessa imprevedibile. Invece, i Giudici nazionali sono tenuti ad interpretare la legislazione nazionale nel senso di disapplicare quest'ultima, se essa contrasta con l'effettività e, quindi, nel senso di prorogare il termine di ricorso calcolandolo dal momento di effettiva conoscenza della motivazione della lesione patita da un operatore economico[45].

In seguito – stavolta in relazione a disposizioni del diritto italiano e con specifico riferimento alle condizioni di proponibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti nel rito appalti – è stata esaminata la questione sulla modalità di individuazione del termine, ponendo quale quesito la possibilità della decorrenza dello stesso "*dal momento in cui l'interessato sia realmente venuto a conoscenza o abbia la possibilità di venire a conoscenza, dando prova di un'ordinaria diligenza, dell'esistenza di una violazione, e non a decorrere dalla data della comunicazione della decisione di aggiudicazione definitiva dell'appalto*". In modo invero non sorprendente, il Giudice del Lussemburgo ha evidenziato come contestazioni formulate sulla base di elementi non desumibili dall'aggiudicazione e derivanti da fatti successivi alla stessa possano validamente essere veicolate in giudizio entro un termine decadenziale calcolato dalla data di conoscenza delle sopravvenienze e non certo da quella di comunicazione del provvedimento. A nulla rileva per modificare tale conclusione la proponibilità dei motivi aggiunti in un giudizio già incardinato; in effetti, a voler ragionare in tal modo, si onererebbe un operatore economico della contestazione "*in abstracto*" di un provvedimento e della formulazione solo in un secondo momento di eventuali precise doglianze, peraltro non riferite al contenuto del primo atto. Diverso è il caso di censure collegate ad aspetti fattuali o giuridici precedenti all'aggiudicazione, per le quali vale l'ordinaria modalità di computo del termine[46].

Sempre in relazione ad una normativa italiana – l'abrogato rito iper-speciale previsto dall'art. 120, c. 2 *bis* c.p.a., relativo alle ammissioni/esclusioni da una gara pubblica[47] – la Corte Europea ne ha affermato la compatibilità con il diritto unionale, solo se le

[45] Corte giust. UE, sent. 28 gennaio 2010, in C-406/08. Nel caso specifico la legge britannica prevedeva la proposizione del ricorso "*senza indugio e, in ogni caso entro tre mesi*", formulazione ritenuta vaga e, quindi contrastante con il principio di effettività.

[46] Corte giust. UE, sent. 8 maggio 2014, in C-161/13.

[47] Sull'istituto si rinvia a S. TRANQUILLI, *Prime riflessioni a margine di alcune recenti oscillazioni giurisprudenziali sull'individuazione del dies a quo per impugnare le ammissioni e le esclusioni dalle gare alla luce della disciplina del rito "superspeciale"*, in *www.federalismi.it*, 2018; A. G. PIETROSANTI, *Piena conoscenza, termine per impugnare ed effettività della tutela nel rito "super accelerato" ex art. 120, co. 2 bis., c.p.a.*, *ibidem*, 2017.

ISSN 2036-7821

decisioni di ammissione/esclusione siano accompagnate da una relazione capace di garantire agli interessati la conoscenza dell'*iter* logico-giuridico seguito dalla P.A. nella loro adozione. In assenza di quest'ultima, non è legittimo far maturare una decadenza rispetto a contestazioni fondate su atti non conosciuti, né conoscibili[48].

Analogo ragionamento è stato seguito dalla Corte di Giustizia anche in una pronunzia successiva inerente all'impugnazione di una decisione di ammissione di un concorrente ed in relazione all'ordinamento rumeno[49]. In particolare, è stata ribadita la necessità – ai fini del calcolo del *dies a quo* – di distinguere tra mera comunicazione della statuizione amministrativa e tra un atto accompagnato da una relazione costituentene il corredo motivazionale. E' solo la ricezione di quest'ultimo documento a far decorrere il termine decadenziale.

Un ultimo elemento, di recente approfondito dal Giudice del Lussemburgo[50], è quello che ha a che fare con le modalità con cui si realizza da parte di un offerente la conoscenza delle proposte dei suoi competitori. La *ratio* seguita dalla Corte è imperniata su una premessa ed una considerazione generale. Evidentemente – e questa è la premessa - la conoscenza delle offerte avversarie non può essere ammessa per finalità anticoncorrenziali, cioè non può diventare uno strumento con cui acquisire dati per minare in future procedure o nella stessa gara le possibilità di successo del proprio concorrente o per imitarne le proposte. Tale limitazione vale, però, solo nel caso di sussistenza di un'aspettativa alla riservatezza collegata a segreti tecnici o commerciali[51]. Il diritto di accesso all'offerta del concorrente è – questa, invece, costituisce la considerazione generale - parte sostanziale del diritto di difesa e potrebbe essere necessario garantire lo stesso proprio per consentire la valutazione della proponibilità di un ricorso con concrete speranze di successo, in ossequio anche ad un canone di buona amministrazione. Di conseguenza, vanno previste una precisa motivazione sulle scelte di secretazione ed una giustiziabilità immediata delle decisioni, con cui si è negato l'accesso ad un'offerta o a sue parti, anche se quest'ultima contestazione non è subito collegata ad una domanda di giustizia con cui si impugni l'aggiudicazione dell'appalto ad un altro soggetto. La fase di decisione sull'ostensione e la sua contestazione possono intervenire, quindi, anche precedentemente all'aggiudicazione.

Per chi scrive, tale decisione potrebbe confortare l'idea che le contestazioni relative ai documenti ottenuti con l'accesso si possano proporre solo entro il termine

[48] Corte giust. UE, ord. 14 febbraio 2019, in C-54/18.

[49] Corte giust. UE, sent. 24 febbraio 2022, in C-532/00.

[50] Corte giust. UE, sent. 7 settembre 2021, in C-927/19.

[51] *"Nell'ambito di un ricorso relativo ad una procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico, il principio del contraddittorio non implica che le parti abbiano un diritto di accesso illimitato ed assoluto al complesso delle informazioni relative alla procedura di aggiudicazione … L'obbligo di fornire all'offerente escluso informazioni sufficienti a salvaguardare il suo diritto a un ricorso efficace deve essere bilanciato con il diritto di altri operatori economici alla tutela delle loro informazioni riservate e dei loro segreti commerciali"*.

ISSN 2036-7821

decadenziale decorrente dal momento della loro consegna, punto non trattato dai Giudici unionali, ma in linea con la loro precedente giurisprudenza.
Inoltre, la sentenza introduce un elemento di riflessione alla luce delle recenti novità introdotte dal d. lgs. 36/23, su cui *infra* § 4.

3. L'art. 120 c.p.a. e la pigrizia del legislatore, invano pungolato da Adunanza Plenaria e Corte Costituzionale.

I principali temi aperti relativi al rito appalti, sui quali è vivace il confronto in dottrina ed in giurisprudenza con il coinvolgimento anche del Giudice del Lussemburgo, sono stati identificati[52] come segue:

i. rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale[53];
ii. impugnabilità immediata dei bandi[54];
iii. ampliamento della tutela risarcitoria per equivalente, a scapito di quella in forma specifica;
iv. appunto, modalità di individuazione del *dies a quo* per l'impugnazione dell'aggiudicazione.

Che quest'ultimo costituisca motivo di confronto è alquanto contro intuitivo.
Come evidenziato *supra* § 2, la direttiva ricorsi – come interpretata costantemente dal Giudice del Lussemburgo - è netta sul punto: il termine scatta solo nel momento in cui il soggetto leso conosce i presupposti motivazionali dell'atto che lo ha inciso e ne possa così apprezzare in modo concreto la possibile illegittimità.
Per un corretto inquadramento del problema, pertanto, l'elemento centrale è l'individuazione di quando la P.A. svolge (in pieno) l'onere comunicazionale.
A ben vedere, le difficoltà sono nate perché non era chiara nella legislazione sostanziale e processuale nazionale proprio la portata dei predetti oneri.
Una rapida ricostruzione "stratigrafica" del tessuto normativo aiuterà a comprendere i motivi del dibattito.
L'art. 120 al c. 5[55] individuava proprio nella ricezione della comunicazione prevista dall'art. 79 del d. lgs. 163/2006 il momento in cui scattava il termine di ricorso, con la salvezza della diversa conoscenza dell'atto[56].

---

[52] M. A. SANDULLI, *Il rito speciale cit*. Più in generale sui temi attualmente più controversi in tema di giudizi amministrativi, si veda il lucidissimo scritto di F. G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 2021, p. 1 ss.

[53] Per tutti si veda il recente F. GOISIS, *Il contenzioso appalti cit.*, completo di ampia bibliografia.

[54] Oggetto di un'originale ricostruzione da D. MARRAMA, *Clausole escludenti e domanda di partecipazione. Per la serie: a volte (… legittimamente …) ritornano*, in *www.federalismi.it*, 2022. Tale ricostruzione va ora coordinata con l'art. 10, c. 2, d. lgs. 36/2023.

[55] "*Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale*

ISSN 2036-7821

la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42". Tale disposizione è stata vigente sino al 1° luglio 2023, quando ha acquisito efficacia il d. lgs. 36/23 anche nella parte in cui ha riformato l'art. 120.

[56] Si riporta di seguito la parte di rilievo della disposizione: "*Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*". L'art. 79 d. lgs. 163/06 prevedeva quanto appresso: "*1. Le stazioni appaltanti informano tempestivamente i candidati e gli offerenti delle decisioni prese riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto, o all'ammissione in un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi della decisione di non concludere un accordo quadro, ovvero di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara, ovvero di riavviare la procedura, ovvero di non attuare un sistema dinamico di acquisizione. 2. Le stazioni appaltanti inoltre comunicano: a) ad ogni candidato escluso i motivi del rigetto della candidatura; b) ad ogni offerente escluso i motivi del rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di cui all'articolo 68, commi 4 e 7, i motivi della decisione di non equivalenza o della decisione secondo cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali; c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro. 3. Le informazioni di cui al comma 1 e di cui al comma 2 sono fornite: a) su richiesta scritta della parte interessata; b) per iscritto; c) il prima possibile e comunque non oltre quindici giorni dalla ricezione della domanda scritta. 4. Tuttavia le stazioni appaltanti possono motivatamente omettere talune informazioni relative all'aggiudicazione dei contratti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, di cui al comma 1, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico cui è stato aggiudicato il contratto, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi. 5. In ogni caso l'amministrazione comunica di ufficio: a) l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; (lettera così sostituita dall'art. 2, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 53 del 2010)*

b) l'esclusione, ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dall'esclusione; b-bis) la decisione, a tutti i candidati, di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro; (lettera aggiunta dall'art. 1, comma 1, lettera t), d.lgs. n. 152 del 2008) b-ter) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma. (lettera aggiunta dall'art. 2, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 53 del 2010). 5-bis. Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b), e b-bis), mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5, lettera b-ter), mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata. La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione, e la notizia della spedizione sono, rispettivamente, spedita e comunicata nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato. (comma aggiunto dall'art. 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 53 del 2010) 5-ter. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a) e b), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto. (comma aggiunto dall'art. 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 53 del 2010). 5-quater. Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni

ISSN 2036-7821

Finché è rimasto in piedi il sistema di comunicazioni previsto nel 2006 non si sono posti particolari problemi. Essi, comunque, potevano essere risolti con l'applicazione del canone dell'effettività propugnato dal Giudice del Lussemburgo come analizzato nel precedente §.

In particolare, era stato affermato[57] in modo costante in giurisprudenza che:

i. il termine per ricorrere scattava dal momento in cui si riceveva una comunicazione completa ed esaustiva dell'aggiudicazione e delle scelte alla sua base;

ii. lo stesso – a seguito dell'introduzione nell'art. 79 del c. 5 *quater* ad opera del d. lgs. 53/10 - poteva essere ampliato fino ad un massimo di 10 giorni, spazio concesso alla P.A. per concedere l'accesso informale all'altrui documentazione solo in relazione ai profili non evincibili dal primo documento;

iii. se la P.A. assumeva comportamenti ostruzionistici, il termine scattava dal momento in cui era stato effettivamente possibile per l'operatore conoscere la documentazione[58].

La situazione è mutata, perché l'introduzione del d. lgs. 50/2016 (nel quale non era più previsto l'adempimento comunicazionale disciplinato in modo assai diffuso dall'art. 79) non è stata accompagnata da una riscrittura adeguatrice della disposizione processuale.

Si sopperiva a tale carenza – nel tentativo di fornire delle norme una lettura garantista - ritenendo il rinvio alla disposizione abrogata non materiale, ma formale: ciò rendeva possibile ancorare il termine al d. lgs. 50/2016, con riferimento stavolta all'art. 76[59], in particolare al c. 2.

---

dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13. Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio. (comma aggiunto dall'art. 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 53 del 2010). 5-quinquies. Il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni (comma aggiunto dall'art. 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 53 del 2010)".

[57] Il terzetto di regole sotto indicate aveva sostituito la precedente secondo cui per l'impugnazione bastava la conoscenza dell'esistenza di un provvedimento lesivo; si rinvia, tra tutte, a Cons. st., sez. IV, sent. 21 maggio 2004, n. 3298. Tutte le sentenze del G.A. citate nel presente scritto sono reperibili in libera consultazione all'indirizzo *www.giustizia-amministrativa.it*.

[58] Un'ampia rassegna dei precedenti si legge in Cons. st., sez. V, ord. 2 aprile 2020, n. 2215.

[59] *"1. Le stazioni appaltanti, nel rispetto delle specifiche modalità di pubblicazione stabilite dal presente codice, informano tempestivamente ciascun candidato e ciascun offerente delle decisioni adottate riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi dell'eventuale decisione di non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione. 2. Su richiesta scritta dell'offerente e del candidato interessato, l'amministrazione aggiudicatrice comunica immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta: a) ad ogni offerente escluso, i motivi del rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di cui*

ISSN 2036-7821

Tuttavia, questa disposizione non prevedeva più l'accesso informale alle altrui offerte, ma l'invio a cura della P.A. entro 15 giorni su istanza dell'interessato delle ragioni alla base dell'aggiudicazione.
L'oggetto delle due disposizioni sembra molto difforme[60]: una cosa è l'accesso all'offerta di un concorrente, altra è la comunicazione della P.A. delle motivazioni dell'aggiudicazione
Inoltre, era assente nell'art. 76 ogni previsione sulle modalità di calcolo del decorso del termine per la richiesta di informazioni e di ancoraggio dello stesso alla comunicazione.

---

all'articolo 68, commi 7 e 8, i motivi della decisione di non equivalenza o della decisione secondo cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali; a-bis) ad ogni candidato escluso, i motivi del rigetto della sua domanda di partecipazione; b) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o delle parti dell'accordo quadro; c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammessa in gara e valutata, lo svolgimento e l'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti. 2-bis. Nei termini stabiliti al comma 5 è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, o strumento analogo negli altri Stati membri, del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. (comma introdotto dall'art. 1, comma 20, lett. n), della legge n. 55 del 2019) 3. (abrogato) 4. Le amministrazioni aggiudicatrici non divulgano le informazioni relative all'aggiudicazione degli appalti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, di cui ai commi 1 e 2, se la loro diffusione ostacola l'applicazione della legge o è contraria all'interesse pubblico, o pregiudica i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico selezionato, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi. 5. Le stazioni appaltanti comunicano d'ufficio immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni: a) l'aggiudicazione, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati [rectius: a tutti gli offerenti] che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; b) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi; c) la decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, a tutti i candidati; d) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma. 6. Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte mediante posta elettronica certificata o strumento analogo negli altri Stati membri. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a) e b), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto".

[60] Diverso è ancora è il contenuto dell'art. 29, c. 1 del d. lgs. 50/2016: "*1. Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente" con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente*".

ISSN 2036-7821

In alternativa, si riteneva che non si potesse operare alcun riferimento all'art. 76 e che, quindi, il termine decorresse dalla pubblicazione in via informatica dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 29 d. lgs. 50/16, dalla sua comunicazione o dalla sua conoscenza maturata in modo diverso; questo valeva per qualsiasi tipo di vizio, che esso fosse o meno desumibile dal provvedimento di assegnazione.
Tale orientamento poggiava (invero alquanto apoditticamente) sull'importanza assunta in materia di appalti dalla digitalizzazione.
Non era mutata, invece, la soluzione ai comportamenti dilatori, in presenza dei quali il potere di impugnazione non si consumava.
La "pigrizia" del legislatore ha imposto un intervento correttivo ai Giudici sia amministrativi che costituzionali.
Essi hanno proposto una ricostruzione alternativa del sistema e, al contempo, hanno sollecitato il legislatore ad un intervento correttivo sul punto[61] (si è dovuto attendere il 2023 perché l'invito fosse accolto).
Esaminiamo ora la soluzione proposta dai Giudici di Palazzo Spada prima ed accettata dalla Consulta poi.
L'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è stato sollecitato dalla V Sezione, con l'ordinanza n. 2215 del 2 aprile 2020.
La composizione di vertice della Giustizia amministrativa si è pronunziata con la sentenza n. 12 del 2 luglio 2020[62].
La soluzione data al problema porta alla creazione di una complessa regola "eclettica" di matrice giurisprudenziale[63], secondo cui il termine può decorrere da vari eventi, tra loro complementari.

---

[61] Tanto in applicazione di quanto disposto dall'art. 58 R.D. 444/42, istituto su cui si veda G. VALENTINI, *La segnalazione da parte del Consiglio di Stato della legislazione oscura, imperfetta od incompleta al Governo. Spunti problematici e rischi di sovrapposizione con la questione di costituzionalità*, in *www.federalismi.it*, 2023.

[62] La statuizione ha comprensibilmente destato l'interesse della dottrina. Si vedano: M. A. SANDULLI, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie di tutela*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2020; S. ROSATI, *La disciplina nazionale sulla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione, tra (in)certezze legislative e orientamenti giurisprudenziali*, in *www.ildirittoamministrativo.it*, 2020; E. LUBRANO, *La decorrenza del termine nel processo-appalti (dalla conoscenza della motivazione e degli atti endoprocedimentali) dopo la Adunanza Plenaria n. 12/2020: un principio da estendersi a tutti i settori del diritto amministrativo*, in *www.federalismi.it*, 2020; L. BERTONAZZI, *La decorrenza del termine per ricorrere contro l'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 609 ss.; F. GASPARI, *Decorrenza del termine per ricorrere, piena conoscenza dell'atto lesivo e giusto processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, p. 389 ss.; M. LIPARI, *La decorrenza del termine per la proposizione del ricorso nel rito appalti dopo la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020: certezze acquisite e problemi applicativi aperti*, in *Il libro della giustizia amministrativa*, Torino, 2021, p. 35 ss.

[63] Per L. BERTONAZZI, *La decorrenza cit.*, il Giudice Amministrativo avrebbe usurpato la funzione del legislatore e sarebbe arrivato ad un risultato possibile solo alle Camere o alla Corte Costituzionale con una sentenza additiva di principio. In direzione analoga, seppur più problematica, G. VALENTINI, *La segnalazione cit.*, che preferisce parlare di attività di interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni in materia di decorrenza del termine, attività da cui scaturisce diritto vivente e che solo potenzialmente è confliggente con le competenze del Giudice delle leggi.

ISSN 2036-7821

Il tutto nello sforzo – invero non semplice, va riconosciuto – di bilanciare certezza ed effettività[64].

Il primo elemento, a cui prestare attenzione, è la pubblicazione effettuata ai sensi dell'art. 29 d. lgs. 50/16, da cui decorre una presunzione legale di conoscenza. Si introduce così un vero e proprio primo onere in capo agli operatori di essere diligenti nella consultazione dei siti delle stazioni appaltanti[65].

Le comunicazioni effettuate da queste ultime nelle modalità previste dai bandi[66] ed accettate dai partecipanti danno poi la possibilità agli operatori di acquisire informazioni, relative sia a vizi nuovi che a illegittimità già evincibili dagli atti pubblicati; esse forniscono così modo per effettuare il calcolo del termine per proporre un ricorso principale o motivi aggiunti con speciale riferimento ai documenti non pubblicati, rilevanti - ad esempio - per contestare una valutazione di non anomalia.

Ovviamente, se è mancata la pubblicazione, il termine parte solo dal momento di ricezione della comunicazione.

In caso di accesso, esercitabile in 15 giorni dalla comunicazione[67] (secondo onere introdotto in via giurisprudenziale a carico dei privati e senza che la legge individui

---

[64] La difficoltà del bilanciamento emerge nel punto 28.2 – centrale a parere dello scrivente – della sentenza. Il principio base della direttiva e delle discipline nazionali di recepimento è che "*la decorrenza del termine di impugnazione dipenda dall'accertamento di una "data oggettivamente certa", riconducibile al rispetto delle disposizioni sulle informazioni dettagliate, spettanti ai partecipanti di gara*". Resta, in effetti, il dubbio di come garantire la certezza in presenza di un termine, che può scattare in modo multiplo. Per E. LUBRANO, *La decorrenza cit.*, lo sforzo della Plenaria di ancorare alla motivazione il temine a ricorrere risponde anche alla necessità di far scattare nel giudizio una garanzia rispetto a fenomeni di mala amministrazione e comunque tale da far rispettare i principi di imparzialità e di buon andamento. Sia consentito formulare una garbata critica a questa proposta. Se si condivide il forte accento per ampliare a tutti i settori del diritto amministrativo il principio della piena conoscenza quale base per la decorrenza del termine a ricorrere, non pare a chi scrive assentibile l'accento su una valenza "indiretta" dei giudizi amministrativi. Il processo amministrativo non è il luogo deputato alla protezione di questi valori, ma in esso rileva solo la tensione al bene della vita collegato alla domanda di giustizia dell'amministrato. Proprio l'ambiguità su quest'aspetto è fonte delle difficoltà sul punto, che si attenuano non appena si identica in modo netto la funzione del processo.

[65] L. BERTONAZZI, *La decorrenza cit.*, nota condivisibilmente come il riferimento alla pubblicazione quale elemento che fa scattare il decorso del termine per un atto sottoposto ad un onere di comunicazione individuale contrasti con i principi derivanti dal diritto UE in tema di individuazione del *dies a quo*. In accordo con il quadro giuridico sovranazionale, tale adempimento può essere preso in considerazione solo per i bandi e non certo per le aggiudicazioni o le esclusioni.

[66] Anche qui ulteriore punto problematico, già messo in luce da parte della dottrina. L. BERTONAZZI, *La decorrenza cit.*, correttamente rileva che i bandi non possono introdurre forme di comunicazione diverse da quelle previste dalla legge, ma solo specificare le modalità già indicate da quest'ultima.

[67] Non ci si può esimere dal far notare sul punto un'ulteriore contraddizione, che si aggiunge alla sovrapposizione tra accesso e richiesta di informazioni, già qualificata come "*spericolata acrobazia interpretativa*" da L. BERTONAZZI, *La decorrenza cit*. perché la Plenaria muta il diritto di chiedere informazioni in un onere. La sentenza dell'A.P. fa riferimento all'accesso disciplinata dal D.P.R. 184/06, che – come noto – si esercita in 30 giorni ed in questo caso non può essere informale perché esiste un controinteressato, dotato di specifiche garanzie procedimentali. Orbene, incredibilmente il termine non viene ampliato per tale lasso di tempo, ma ampliato in quello differente di 15 giorni previsti dall'art. 76 d. lgs. 50/16. Potenza del creazionismo giurisprudenziale!

ISSN 2036-7821

– come detto - un termine per l'adempimento), si ottiene pure una dilazione del termine di ricorso per lo stesso tempo, di nuovo solo per censure collegate ai documenti conosciuti successivamente.
Resta fermo, infine, che i comportamenti ostruzionistici della P.A., che consenta l'accesso oltre il quindicesimo giorno, comportano una decorrenza *ex novo* del termine nella sua interezza.
La Corte Costituzionale è intervenuta sulla questione con sent. n. 204 del 28 ottobre 2021, dietro sollecitazione del TAR di Lecce effettuata per il tramite dell'ord. 2 marzo 2020, n. 297[68].
La questione inerisce, stavolta ed in prima apparente battuta, al tema delle modalità di calcolo del termine per la proposizione di motivi aggiunti nel caso in cui sia stata già impugnata l'aggiudicazione a seguito della sua pubblicazione.
Il Giudice *a quo* lo ritiene in contrasto con il diritto di difesa, se calcolato – come impone il tenore letterale della legge - dal momento della ricezione della comunicazione di aggiudicazione e, per l'effetto, equiparato a quello di proposizione del ricorso principale.
Tanto perché l'art. 120 c.p.a. richiama espressamente l'art. 79 d. lgs. 163/06 ed il momento individuato da questa disposizione non sarebbe suscettibile di sostituzione con quanto disposto dall'art. 76 d. lgs. 50/16.
Una diversa soluzione, benché costituzionalmente orientata, non potrebbe essere accolta, in quanto consisterebbe in una reinterpretazione della legge oltre il suo dato testuale, pacificamente inibita al Giudice.
Neppure ne sarebbe possibile una disapplicazione, perché la disciplina europea non è *self-executing* e non potrebbe, quindi, essere introdotta una sostituzione di quella nazionale.
Tanto in coerenza con il principio di autonomia processuale, riconosciuta agli Stati membri nell'applicazione del diritto UE con i noti limiti dei principi di equivalenza e di effettività.
Quindi, ad avviso del rimettente la questione - che postula per la sua soluzione una manipolazione del quadro normativo - può essere risolta dalla sola Consulta.
Se questi sono gli argomenti utilizzati dal Giudice *a quo*, la soluzione dei Quindici è sostanzialmente un riconoscimento della bontà degli approdi raggiunti dal Consiglio

[68] Sulla sentenza della Corte si vedano: M. A. SANDULLI, *Per la Corte Costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n. 204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza Plenaria*, in *www.federalismi.it*, 2021; A. MIRABILE, *Il termine dei motivi aggiunti in materia di contratti pubblici e l'incertezza della Corte Costituzionale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021; L. BERTONAZZI, *Il termine per impugnare l'aggiudicazione nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2021*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 545 ss.

ISSN 2036-7821

di Stato, identificati quale diritto vivente e riaffermati anche a prescindere dalla specificità del tema sollevato nell'ordinanza di rimessione[69].
In particolare, si ritiene che il rinvio integrale all'abrogato art. 79 d. lgs. 163/06 presente nell'art. 120 c.p.a. consenta di sostituire questa disposizione con l'analogo art. 76 d. lgs. 50/16. Ciò introduce la possibilità della dilazione di 15 giorni del termine di ricorso per la proposizione dei motivi aggiunti, calcolati dal momento in cui il materiale su cui gli stessi si basano viene comunicato dalla P.A. e messo a disposizione dell'operatore economico, senza che rilevi la differenza con l'accesso.
Questo è possibile perché il Giudice costituzionale, da un lato, ritiene il rinvio solo di portata formale e ne esclude il carattere recettizio e, dall'altro, perché ritiene che l'art. 76 contenga un'ipotesi di accesso informale (in modo alquanto insondabile).
Inoltre, nel computo del *dies a quo* per i motivi aggiunti sarebbe irragionevole e contrastante con l'interpretazione della CGUE prendere a riferimento un termine fissato in un momento in cui un soggetto - nemmeno con l'ordinaria diligenza - sarebbe stato in grado di conoscere profili di possibile illegittimità.
Ciò rende il meccanismo della dilazione temporale del tutto in linea con il testo costituzionale.
La giurisprudenza di primo e di secondo grado ha dato applicazione a quello che il Giudice delle leggi aveva definito diritto vivente, con l'individuazione - tuttavia - di alcuni sottocasi inerenti alla tempestività della proposizione dell'istanza di accesso ed alle modalità di calcolo della dilazione dei termini[70].
Sono possibili una serie di considerazioni, invero alquanto perplesse, su quest'orientamento giurisprudenziale.
Il disallineamento del termine di ricorso e di quello sospensivo per la stipulazione del contratto, che è connaturato alla creazione di casi in cui il ricorso si propone legittimamente dopo i 35 giorni dello *stand still* sostanziale, comporta conseguenze difficilmente tollerabili in tema sia di effettività della tutela che di certezza degli effetti giuridici[71].
A parte questo elemento – che contrasta con la *ratio* del diritto UE in materia, teso a permettere un rimedio utile - la ricostruzione sconta poi un frainteso di fondo.
Già si è evidenziato che esistono tra accesso all'offerta e comunicazione dei motivi dell'aggiudicazione intuibili differenze ontologiche.

[69] In effetti, come evidenzia L. BERTONAZZI, *Il termine cit.*, l'interpretazione dell'allora art. 120, c. 5 c.p.a. è tema estraneo al quesito sollevato dal G.A. leccese.

[70] Si richiamano in questa sede: Cons. stato, sez. V, sent. 15 marzo 2023, n. 2736; T.A.R. Napoli, sez. V, sent. 28 aprile 2023, n. 2597.

[71] La criticità di una simile discrasia è stata correttamente messa in luce da A. MIRABILE, *Il termine cit.*, che evidenzia come il mancato collegamento tra i due termini incida pesantemente sull'effettività della tutela a cui mira la disciplina UE *in subiecta materia*.

ISSN 2036-7821

Inoltre, va ribadito che l'ordinamento non prevede un termine entro il quale un operatore economico debba inviare un'istanza di accesso all'altrui offerta.
In presenza di queste due caratteristiche, è legittimo imporre ad una parte un comportamento sostanziale, la cui omissione ha conseguenze processuali pur in assenza di una specifica previsione legislativa?
Non sembra agevole una risposta positiva. Non pare, inoltre, possibile replicare in questa ipotesi la regola del concorso di colpa del creditore quale criterio di attenuazione/esclusione del risarcimento extracontrattuale, anche perché manca una previsione in questo senso.
Ed ancora, sorge naturale una seconda domanda.
Perché la dilazione del termine per la proposizione del ricorso, in caso di comportamenti ostruzionistici, è di 30 giorni, mentre nel caso di tempestivo riscontro all'istanza di accesso essa consente un ampliamento di soli 15 giorni[72]?
Già si è visto che non trova appiglio testuale l'onere di proporre una domanda di accesso in 15 giorni; già questo elemento tenderebbe a permettere una risposta nel senso di concedere 30 giorni per il ricorso dalla conoscenza degli atti.
Ad esso si aggiunga una seconda considerazione: il termine per ricorrere deve restare di 30 giorni dalla conoscenza piena del provvedimento lesivo e non può essere dimezzato, per di più in via pretoria.
Il protagonismo del Giudice consente, infine, la formulazione di un ulteriore dubbio, stavolta sistemico.
E' giusto far valer l'articolato complesso di regole – sicuramente animate da un afflato garantista – descritto nel presente § solo nel rito appalti?
Non sarebbe opportuno estendere le stesse a tutti gli ambiti del processo amministrativo, in modo da dare una concreta espressione al principio di effettività e di uguaglianza[73]?
La suggestione ampliativa è forte, soprattutto per evitare discrasie censitarie che una lettura restrittiva della necessità della conoscenza di una motivazione per la proposizione del ricorso è capace di veicolare.

4. Il risveglio del legislatore ed il nuovo codice dei contratti.

La riforma[74] sul calcolo del termine di ricorso nel rito appalti è stata costruita secondo questo criterio di interpretazione "autentica": "*se tutto è accessibile online, non ci saranno più dubbi sulla conoscenza degli atti lesivi*"[75].

---

[72] L. BERTONAZZI, *Il termine cit.*, evidenzia che per superare l'aporia evidenziata nel testo e dalla ridda di differenti applicazioni della regola di diritto la dilazione temporale va interpretata come "*semplice differimento del dies a quo di un termine per ricorrere sempre uguale a se stesso, insuscettibile com'è, in quanto decadenziale e in difetto di differente opzione normativa, di sospensione, interruzione e di ogni altra tecnica di computo dal risultato equivalente*".

[73] Simili quesiti sono assai opportunamente agitati anche da E LUBRANO, *La decorrenza cit.*, e da L. BERTONAZZI, *La decorrenza cit.*

ISSN 2036-7821

Essa sembra poi aver accolto (parzialmente) il suggerimento di parte della dottrina, che aveva evidenziato come per superare il problema, su cui erano intervenuti Plenaria e Giudice delle Leggi, fosse necessario effettuare un raccordo tra: i) adempimenti comunicativi in capo alle P.A.; ii) decorso del termine di contestazione; iii) periodo di inibitoria alla stipulazione del contratto; iv) efficacia dell'aggiudicazione ad esito della verifica dei requisiti[76].

E' stato così confermato che il tema in esame doveva essere chiarito con una modifica - prima che di rango processuale - di tipo sostanziale; era, cioè, necessario in prima battuta correggere la dimenticanza della riforma del 2016, che non aveva adeguato il c.p.a. alla nuova disciplina in materia di comunicazioni.

Nella novella[77] il decorso del termine è ancorato alla comunicazione degli esiti della gara ai sensi dell'art. 90[78]. Unitamente a tale adempimento andrebbe effettuata la messa a disposizione per via telematica delle informazioni individuate in modo puntuale da un'altra disposizione del d. lgs., l'art. 36[79], che comunque deve intervenire non più tardi di 5 giorni dall'adozione dell'aggiudicazione[80].

---

[74] Un possibile eccesso di delega, da cui sarebbe viziato dal d. lgs. 36/2023, in ordine alle modifiche al c.p.a. non collegate agli effetti sul processo delle comunicazioni e della pubblicità degli atti di gara è ipotizzato da M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale amministrativa e il precontenzioso ANAC nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.lamministrativista.it*, 2023, al momento il commento più analitico e ricco di spunti della riforma. La legge delega n. 77/2022 prevede all'art. 1, c. 2, lett. II) solo questo criterio: "*estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto*". L'Autore rintuzza tale dubbio, ipotizzando che tutto l'intervento in ambito processuale sia connotato da finalità semplificatorie.

[75] L. CARBONE, *op. ult. cit.*, il quale in modo leale ed intelligente ammette le sue preoccupazioni sulla difficile realizzabilità di un'immediata e piena digitalizzazione degli apparati amministrativi. Sull'importanza della digitalizzazione delle procedure di selezione del contraente, obiettivo già presente nell'ordinamento a causa delle direttive europee del 2014 e la cui importanza è stata accresciuta prima dalla pandemia poi dal PNRR, si veda G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, il quale segnala tra le finalità della realizzazione un sistema di *e procurement* proprio garantire al massimo trasparenza e pubblicità dei procedimenti. Un forte accento sulla digitalizzazione per recuperare le difficoltà collegate all'esatta individuazione del momento del decorso del dies a quo era stato suggerito come rimedio alla previgente situazione da A. MIRABILE, *Il termine cit.*

[76] M. A. SANDULLI, *Il rito speciale cit.*

[77] Ecco il vigente testo *in parte qua* dell'art. 120, c. 2 c.p.a.: "*Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale, e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, sono proposti nel termine di trenta giorni. Il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022 (ora del decreto legislativo 30 marzo 2023, n. 36) oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo codice dei contratti pubblici*".

[78] "*Nel rispetto delle modalità previste dal codice, le stazioni appaltanti comunicano entro cinque giorni dall'adozione: … b) l'aggiudicazione all'aggiudicatario; c) l'aggiudicazione, e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o parti dell'accordo quadro, a tutti i candidati e concorrenti che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta non siano state definitivamente escluse, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state già respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva*".

[79] Art. 36, c. 1 e 2, d. lgs. 36/23: "*L'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non*

ISSN 2036-7821

Per i primi cinque operatori in graduatoria è prevista una reciproca messa a disposizione dei medesimi dati e delle offerte.
E' proprio la comunicazione dell'aggiudicazione a far scattare in modo inequivoco il termine di ricorso[81]; il provvedimento conclusivo è poi ora adottabile solo dopo la verifica del possesso dei requisiti del soggetto proposto quale vincitore dalla commissione di gara[82].
Tutto il sistema dell'accesso ai documenti[83] è, infine, impostato dal già citato art. 36 non più sulla richiesta delle parti, ma su uno specifico onere in capo alla P.A.
Quest'ultima è tenuta ad una decisione preventiva sulla secretazione di alcune parti delle offerte, contestabile con un rito speciale in materia di accesso[84].
Comunque, la mancata ostensione non blocca i termini per la proposizione del ricorso, che resta attivabile per aspetti collegati alle offerte tecniche o alle valutazioni di non anomalia o a dati secretati solo insieme al rito speciale in materia di accesso.
La mancata messa a disposizione del dato non impedisce il maturare del termine decadenziale: tale caratteristica del nuovo testo legislativo induce, purtroppo, a

definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90. 2. Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate".

[80] Si è inteso in tal modo risolvere "*con la massima precisione l'intricato nodo*" oggetto del presente saggio per riprendere l'efficace espressione di M. LIPARI, *La tutela cit*.

[81] Art. 36, c. 9, d. lgs. 36/23: "*Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione di cui all'articolo 90*".

[82] Art. 17, c. 5, d. lgs. 36/23: "*L'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace*".

[83] Già G. CARULLO, *Appalti: il termine cit.*, aveva proposto una simile modalità di costruzione della disciplina sostanziale. E' il caso di riportare l'art. 36, c. 3-8, d. lgs. 36/23: "*3. Nella comunicazione dell'aggiudicazione di cui al comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a). 4. Le decisioni di cui al comma 3 sono impugnabili ai sensi dell'articolo 116 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione. Le parti intimate possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso. 5. Nel caso in cui la stazione appaltante o l'ente concedente ritenga insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall'offerente ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a), l'ostensione delle parti dell'offerta di cui è stato richiesto l'oscuramento non è consentita prima del decorso del termine di impugnazione delle decisioni di cui al comma 4. 6. Nel caso di cui al comma 4 la stazione appaltante o l'ente concedente può inoltrare segnalazione all'ANAC la quale può irrogare una sanzione pecuniaria nella misura stabilita dall'articolo 222, comma 9, ridotta alla metà nel caso di pagamento entro trenta giorni dalla contestazione, qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento. 7. Il ricorso di cui al comma 4 è fissato d'ufficio in udienza in camera di consiglio nel rispetto di termini pari alla metà di quelli di cui all'articolo 55 del codice di cui all'allegato I al decreto legislativo n. 104 del 2010 ed è deciso alla medesima udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi entro cinque giorni dall'udienza di discussione, e la cui motivazione può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie. 8. Il rito e i termini di cui ai commi 4 e 7 si applicano anche nei giudizi di impugnazione*". Resta un quesito a cui solo l'esperienza saprà dare una risposta: il nuovo rito accesso si può utilizzare per avere documenti o serve solo per contestare oscuramento?

[84] M. LIPARI, *La tutela cit.*

ISSN 2036-7821

credere che per aspetti cautelativi si assisterà a impugnazioni generalizzate e reciproche delle decisioni di oscuramento[85].
E' una situazione gravosa che pare destinata a far sbocciare di nuovo una *querelle* e conferma che il legislatore ritiene che in questo settore sulla garanzia di una tutela effettiva faccia premio l'efficienza dei tempi di definizione del contenzioso[86].
Si potrebbe ipotizzare – per ovviare a tale rischio ed in recepimento dei principi affermati dalla CGUE in C-927/19 su cui *supra* § 2 - un'anticipazione della decisione sull'oscuramento delle offerte al momento della proposta di aggiudicazione.
Qualche notazione finale sull'intero impianto della riforma.
Non pare più utilizzabile il riferimento per il calcolo del *dies a quo* alla pubblicazione, senza l'esperimento della comunicazione individuale.
Al pari, sembra che sussista l'esclusione del criterio alternativo, collegato alla conoscenza effettiva (non più richiamata dall'art. 120), per il computo del decorso del termine.
Pertanto, non può ritenersi sufficiente la messa a disposizione degli atti senza previa comunicazione per il calcolo del *dies a quo*.
Di conseguenza, prima dell'espletamento dell'onere di comunicazione individuale, non può essere rintracciato un interesse a ricorrere; la decorrenza del termine di ricorso potrebbe comunque essere dilazionata dalla messa a disposizione degli atti *ex* art. 36 d. lgs. 36/2023[87], qualora non contestuale alla comunicazione, perché il sistema sia in linea con le coordinate derivanti dal diritto UE.
Un'esclusione dell'ampliamento del termine calcolato dal compimento di quest'ultimo onere contrasterebbe, infatti, con le indicazioni della giurisprudenza europea, benché tale lettura possa essere erroneamente ritraibile dal tenore letterale della disposizione.
In verità – per una corretta esegesi del quadro ordinamentale - va rispettato il principio, secondo cui non si può ricorrere contro ciò che non si conosce.
Soprattutto, la P.A. non può sottrarsi ai propri obblighi notiziali[88], specie se ciò avviene per lucrare impropriamente un privilegio in materia di termini processuali.
E' dubbio, di conseguenza, se l'Amministrazione possa eccepire fondatamente l'irricevibilità del ricorso, previa dimostrazione dell'acquisizione dei dati e dei documenti da parte del privato in modo autonomo.
D'altra parte – proseguendo in un'interpretazione garantista – è stato notato che il criterio della piena conoscenza ai fini dell'impugnazione risponderebbe ad un'esigenza della P.A., costituita dalla necessità di conseguire la stabilità del

[85] M. LIPARI, *La tutela cit.*, per evitare la corsa all'impugnazione suggerisce che il termine per contestare la segregazione decorre per il controinteressato dalla notifica del ricorso principale.
[86] M. LIPARI, *La tutela cit.*
[87] M. A. SANDULLI, *Il contenzioso cit.*
[88] M. LIPARI, *La tutela cit.*

ISSN 2036-7821

provvedimento anche senza rispetto delle forme di comunicazione e/o di notificazione[89].
Pertanto, il concetto non pare improntato al canone di favorire l'accesso al Giudice, ma ad un'esigenza di privilegio della P.A.
Chi scrive ritiene che, in assenza di richiamo da parte del legislatore, tale modalità di computo del termine non sia più possibile nemmeno quale criterio residuale e generale a ragione, da un lato, della specialità del rito appalti (che fa prevalere l'art. 120 sulla disciplina generale) e, dall'altro, del fatto che non ci si può dimenticare nell'interpretazione dei costi per l'avvio del giudizio e della tempistica processuale al "fulmicotone".
La messa a disposizione della documentazione è ripresa invece nell'art. 120 c.p.a., come eccezione alla regola del computo del termine dalla comunicazione; è stato osservato che la prima può, però, ampliare il termine nel solo caso di vizi non conoscibili in modo originario e può operare solo in senso favorevole al privato e non a suo svantaggio[90].
Cioè i verbali - anche se conosciuti prima della comunicazione - restano impugnabili nel termine che scatta da questo secondo adempimento.
La legge riconosce finalmente – in superamento dell'elaborazione giurisprudenziale di cui *supra* – che, ai fini del calcolo del termine processuale, il privato non può essere caricato di un obbligo di vigilanza continua in assenza di comunicazione individuale.
Anche questa conclusione è l'unica capace di tagliare in radice lo spazio per comportamenti opportunistici.
Pare che il legislatore si sia fatto carico di limitare al massimo la spiacevole necessità della proposizione dei c.d. ricorsi "al buio"[91], cioè in assenza della conoscenza effettiva del carattere lesivo dell'atto a contenuto negativo[92].
Però, sembra che la scommessa sia stata impostata su binari esclusivamente tecnici: si è ritenuto che un uso massiccio dell'informatica sia in grado di dipanare un problema giuridico.
L'uso della tecnologia è, infatti, una scelta sulla quale il legislatore ha scommesso in modo non surrogabile.
Lasciamo da parte ogni considerazione di ascendenza filosofica su tale esercizio di ottimismo della volontà.
Concentriamoci, invece, su un aspetto pratico.

---

[89] M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.* In relazione al significato del concetto di piena conoscenza si veda anche S. TRANQUILLI, *Prime riflessioni cit.*, la quale ne propone un'interpretazione restrittiva.
[90] M. A. SANDULLI, *Il contenzioso cit.*
[91] *Ratio* su cui centra la sua attenzione M. A. SANDULLI, *Prime considerazioni cit*. nell'analisi della nuova disciplina
[92] R. DAMONTE, *Conoscenza del provvedimento amministrativo e termini di proposizione del ricorso al Giudice Amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2000, p. 1136 ss.

ISSN 2036-7821

Non sono rari i casi di malfunzionamento di piattaforme e di sistemi informatici in occasione di gare d'appalto, tanto che sugli stessi si è formata un giurisprudenza *ad hoc*, che ha permesso di individuare il regime di imputazione delle responsabilità in caso di c.d. rischio informatico[93].

Basta, pertanto, un problema tecnologico per mettere a repentaglio il delicato meccanismo messo in piedi dalla riforma (questo si badi bene sempre a voler supporre che tutte le stazioni appaltanti si dotino immediatamente di sistemi informatici all'avanguardia, eventualità abbastanza ottimistica).

Già in passato era stato osservato che gli sforzi del legislatore tesi - nel tentativo di rendere più conoscibile l'azione amministrativa - ad onerare le P.A. di particolari adempimenti comunicativi, purtroppo, non avevano avuto successo.

Anzi, le omissioni (anche maliziose) delle Amministrazioni – saldate a (pressoché costanti) rigidità giurisprudenziali – avevano dato il vita ad una vera e propria "*miscela tossica*"[94] ai danni dei privati, onerati della necessità della proposizione dei già richiamati ricorsi "al buio".

Si potrebbe ora sostenere che il principio della fiducia – una variante della buona fede, a cui è dedicato l'art. 2 d. lgs. 36/2023[95] - costituisca un elemento capace di intervenire sul problema, nel senso di imporre alla P.A. di collaborare con l'operatore economico e di rendere a quest'ultimo disponibili in modo tempestivo i documenti, anche in assenza di un valido sistema informatico.

Il rispetto di tale principio – a meno di non voler ritenere che lo stesso abbia portata meramente esortativa o sia un *flatus vocis* – deve essere necessariamente preso in considerazione per decidere sulla tempestività del ricorso in analogia a quanto capita ora per contrastare i comportamenti opportunistici.

5. Conclusioni parziali.

[93] Il riferimento è, per limitarsi ad un esempio, a Cons. st., sez. III, sent. 24 dicembre 2019 n. 8760: "*In caso di malfunzionamento del sistema informatico di gestione della gara non necessariamente deve essere data la possibilità all'operatore economico di presentare la propria offerta di modo da garantire la par condicio competitorum, come nel caso in cui il disciplinare contenga una clausola che preveda che "La presentazione dell'offerta mediante il Sistema è a totale ed esclusivo rischio del concorrente, il quale si assume qualsiasi rischio in caso di mancata o tardiva ricezione dell'offerta medesima, dovuta, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, a malfunzionamenti degli strumenti telematici utilizzati, a difficoltà di connessione e trasmissione, a lentezza dei collegamenti, o a qualsiasi altro motivo, restando esclusa qualsivoglia responsabilità [della stazione appaltante] .. ove per ritardo o disguidi tecnici o di altra natura, ovvero per qualsiasi motivo, l'offerta non pervenga entro il previsto termine perentorio di scadenza….". In questi casi, esclusi blocchi generalizzati e paralizzanti del sistema, l'impossibilità di portare a termine l'operazione ricade nel "rischio informatico", interamente gravante sul concorrente ai sensi della clausola*".

[94] S. BACCARINI, *Motivazione ed effettività della tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 3311 ss.

[95] Si riporta il c. 1 della disposizione: "*L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici*". Si rinvia a R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2023 ed alla bibliografia ivi citata.

ISSN 2036-7821

Avviamoci alle conclusioni.
Il tema di questo scritto incide sullo statuto delle garanzie costituzionali e sulla questione della corretta fonte (legislativa o giudiziaria) delle regole processuali.
Una precisa indicazione del termine a ricorrere è necessaria componente del diritto alla tutela effettiva, inteso come pretesa all'applicazione in modo prevedibile e certo di una regola processuale al caso concreto[96].
Ciò permette un ampliamento del campo di analisi.
Già molto prima del c.p.a. il problema della corretta individuazione del *dies a quo* aveva suscitato diverse riflessioni sia in dottrina che in giurisprudenza, anche con riferimento agli atti impugnabili nel rito appalti.
Ad esempio, è del 2007 la sentenza n. 522 del Consiglio di Stato[97], con cui è stato affermato che il termine per l'impugnazione non decorre dalla conoscenza del provvedimento lesivo, bensì dall'effettiva conoscenza della motivazione[98].
Solo quest'ultima avrebbe permesso – in adesione al modello generale dell'azione amministrativa, tracciato dall'art. 3 l. 241/90[99] - di conoscere non solo l'effetto pregiudizievole, ma anche i possibili vizi dell'atto.
In effetti, in assenza di motivazione, il privato non avrebbe un onere, ma solo una mera facoltà di proporre ricorso con possibilità di arricchire l'impugnazione originaria con motivi aggiunti.
Tale orientamento si opponeva ad altra corrente giurisprudenziale[100], secondo cui la sola conoscenza dell'esistenza di un provvedimento lesivo e dei suoi elementi essenziali [tra cui non viene inclusa la motivazione (la cui assenza dovrebbe invero rendere nullo l'atto carente)] faceva scattare i termini per la contestazione.
Questo secondo canone ermeneutico non pare del tutto convincente, in quanto non solo si traduce in un obbligo di ricorso al buio, ma soprattutto costituisce un'ulteriore

---

[96] M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.*

[97] Su questa decisione si veda L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 1193 ss., le cui considerazioni – pur partendo da una definizione di interesse legittimo quale diritto di credito ad un provvedimento legittimo - sulla necessità della conoscenza della motivazione quale condizione per il ricorso sono assolutamente condivisibili. Sulla medesima decisione si vedano pure B. G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 618 ss. e M. A. SANDULLI, *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 2008.

[98] L'istituto resta al di fuori dell'economia della presente pubblicazione; sullo stesso si rinvia per tutti a G. COCOZZA, *Contributo ad uno studio sulla motivazione del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2020.

[99] *"1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. 2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale. 3. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama. 4. In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere"*.

[100] Tra le tante Cons. st., sez. IV, sent. 8 giugno 2000 n. 3268, su cui si veda R. DAMONTE, *Conoscenza cit.*

ISSN 2036-7821

condizione di privilegio in favore della P.A., che si aggiunge al regime dell'inoppugnabilità dei provvedimenti oltre il termine decadenziale.
A ben vedere, se si aderisse a quest'interpretazione, il ricorrente non sarebbe nemmeno in grado di difendersi in modo preciso, con possibile *vulnus*: 1) alla ritualità del ricorso, a ragione della necessità di specificità dei motivi alla sua base[101]; 2) alla democraticità dell'ordinamento, dato che la motivazione costituisce anche un mezzo di controllo generalizzato degli atti amministrativi.
A rinforzare questa conclusione, si può notare che la conoscenza della motivazione costituisca condizione necessaria per la contestazione sia degli atti tributari che di quelli societari e per l'impugnazione delle sentenze. Non pare che in diritto amministrativo si possano sopportare coordinate interpretative differenti, né che l'assenza di motivazione possa essere sanata con una logica di risultato.
Soprattutto, la motivazione non può avere succedanei: ad esempio, non può essere sostituita da informazioni apprese da un rappresentante dei concorrenti nel corso di una seduta di gara.
Tutte queste considerazioni – che valgono per ogni settore del diritto amministrativo[102] - permettono di spostare di nuovo l'asse del discorso dal livello sostanziale a quello processuale.
L'interesse al ricorso, se nasce con la contezza di un provvedimento lesivo, acquisisce un pieno peso specifico con la conoscenza della motivazione (e, forse meglio, della effettiva lesività) dell'atto.
Sino a che non se ne realizza la conoscenza, la condizione dell'azione non ha una dimensione completa.
Se non si è in grado di conoscere la legittimità della scelta afflittiva, il suo carattere *non iure* sarebbe inspiegabilmente presunto, con un'affermazione senza limiti del principio di inoppugnabilità.
Un ricorso, in assenza di specifica contestazione (del resto impossibile, senza conoscere la motivazione del provvedimento che si presume lesivo), sarebbe da ritenersi meramente emulativo perché il privato sarebbe inciso, ma non con certezza danneggiato dall'atto[103].
Quindi, chi scrive propende per una generica irritualità dei ricorsi al buio, da ritenersi azioni di mera iattanza.

---

[101] Tale sanzione è il combinato disposto dei c. 1, lett. d) e 2 dell'art. 40 c.p.a.

[102] Questo sia a ragione del carattere generale dell'obbligo di motivazione che per l'effetto di c.d. *spill over*, che può derivare dalla giurisprudenza del Giudice del Lussemburgo su cui *supra* § 2, anche al di fuori della disciplina della contrattualistica pubblica ed è richiamato da M. A. SANDULLI, *Per la Corte costituzionale cit*.

[103] La differenza tra incisione e lesione è stata di recente ripresa in dottrina da S. BACCARINI, *Motivazione ed effettività cit*., mutuando un'impostazione di precedenti Maestri. Si vedano E. CANNADA BARTOLI, *Decorrenza dei termini e possibilità di conoscenza dei vizi*, *ibidem*, 1961, p. 343 ss. e A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, p. 243.

ISSN 2036-7821

Tale impostazione – che pare applicabile anche a prescindere ed al di fuori della recente riforma del rito appalti – 1) ancora la lesività e l'onere di promozione del ricorso al momento in cui l'illegittimità dell'atto diventi in concreto apprezzabile; 2) è in linea con l'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti amministrativi; 3) è consentanea al diritto di accesso ordinario, che resta una facoltà procedimentale e non un onere.

Questa soluzione permette altresì di collegare il decorso del termine ad un aspetto connesso sia ad un effettivo comportamento leale della P.A. che ad una conoscenza piena da parte del ricorrente dei profili di possibile vizio, pur se sconta (non lo si può nascondere) un indubbio profilo soggettivo[104].

In alternativa, ci si potrebbe accontentare di un doppio modo di computo dei termini, in adesione a quanto avviene per quelli di notificazione, e con valorizzazione piena della struttura soggettiva del processo amministrativo, nel solco della giurisprudenza più recente che ha individuato due diversi tempi di maturazione del *dies a quo* per la contestazione di un'aggiudicazione, collegati rispettivamente alla comunicazione dell'atto ed alla conoscenza dei documenti presupposti.

Il termine cioè continuerebbe a scattare dalla conoscenza del provvedimento per i profili di illegittimità direttamente ritraibili dallo stesso o dal materiale messo subito a disposizione all'amministrato, mentre slitterebbe in avanti rispetto ad elementi acquisiti in un momento successivo in modo integrale.

Entrambe le letture – anche se la seconda è meno garantista e certa della prima - valorizzano il principio di effettività della tutela ed impongono al Giudice di effettuare tutte le verifiche necessarie sulla ritualità dell'azione, con accentuazione del suo ruolo di interprete e non di creatore del diritto.

Possono conseguirne una lesione o un'attenuazione del principio di inoppugnabilità dei provvedimenti?

E' indubbio; però, una simile impostazione sembra a chi scrive l'unica rispettosa del principio (forse più importante) di effettività delle tutela come impone la Corte di Giustizia.

Un'ultima riflessione, necessaria per rispondere ai quesiti posti nel § 1.

La disciplina del termine è seppur in via secondaria questione di certezza del diritto, perché garantisce al ricorrente, al controinteressato ed alla P.A. una "*specifica manifestazione giuridica del raccordo pace-sicurezza-statualità*"[105].

Ogni problema che la riguarda - a ragione del viluppo di interessi, su cui incide - andrebbe risolto dal legislatore con rigido ancoraggio ad un criterio formale, quello più capace di garantire in astratto l'uguaglianza dei consociati.

---

[104] Il riferimento a questo criterio residuale e sostanziale, pertanto in grado di prevalere su quelli formali, è desunto dall'art. 41, c. 2 c.p.a. ed operato da M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.*, ove si legge un'ampia ricostruzione storica del quadro legislativo e giurisprudenziale sul punto.

[105] M. LUCIANI, *Garanzia ed efficienza cit.*

ISSN 2036-7821

In questa direzione si è già mossa la riforma del 2023, che però non è capace di esaurire tutti i casi possibili.

Preso atto del carattere non onnisciente ed onnipotente del legislatore, più che ad individuare una regola generale, il potere giudiziario - con l'istituto della remissione in termine[106] - potrebbe, nelle fattispecie dubbie ed in applicazione del valore dell'effettività, superare i difetti di chiarezza, le lacune del quadro legislativo e le "asperità" comportamentali delle P.A.[107] in modo da rendere in concreto operanti eguaglianza e diritto di azione[108].

Il Giudice si farebbe così carico del ruolo di interpretare - caso per caso - in modo ragionevole il termine fissato dal legislatore.

Chi scrive ritiene che tale operazione negli episodi più perplessi debba, però, essere portata avanti in modo da favorire più l'accesso alla giustizia che la stabilità dell'ordinamento.

In effetti, una posizione di privilegio della P.A. in sede processuale non sembra più tollerabile, soprattutto per quanto riguarda la fase di avvio della tutela giudiziaria.

Per tale motivo, la stabilità delle decisioni amministrative va interpretata alla luce del principio di effettività, operazione che permette di contenere al massimo le slabbrature alla struttura soggettiva dei giudizi amministrativi conseguenti alla posizioni istituzionale della P.A.

Da questo punto di vista, il legislatore può ritenere in modo legittimo il risarcimento in forma specifica, purché in casi limitati, non erogabile; ciò che non gli è possibile, invece, è privare l'amministrato del diritto di accesso al Giudice o rendere lo stesso incerto.

In questo caso, spetta al giudicante risolvere le controversie in modo da dare la massima applicazione al principio di effettività.

La riforma del 2023 si è mossa in questo senso; chi scrive confida nella saggezza del G.A. perché ne sia garantita un'applicazione improntata a superare finalmente il regime di privilegio di cui paiono ancora inspiegabilmente godere le P.A.

---

[106] Già autorevolissima Dottrina aveva avanzato un suggerimento in questo senso; ci si riferisce a M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche cit.*; A. TRAVI, *La Plenaria interviene sul c.p.a.: segnalazione da parte del giudice delle questioni rilevabili d'ufficio e concessione del beneficio dell'errore scusabile*, in *Urb. app.*, 2011, p. 331 ss.

[107] Una maggiore larghezza nella concessione della remissione in termini per errore scusabile è stata caldeggiata pure da M. LUCIANI, *Garanzia ed efficienza cit.*

[108] Tanto anche in adesione alle considerazioni di L. BERTONAZZI, *Il termine cit.*, secondo cui al potere giudiziario spetta la "*decisione di un caso concreto*" e non la "*soluzione di casi astratti ed ipotetici*".

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La Scia edilizia, ovvero del controllo soltanto eventuale a tutela dell'interesse pubblico.

di Luca Golisano

(Dottorando di ricerca in Diritto e impresa presso l'Università "Luiss Guido Carli" di Roma)

Sommario

1. L'irrefrenabile ascesa della Scia edilizia. – 2. La crisi del controllo comunale. – 3. L'introduzione del controllo a campione. – 4. La natura giuridica della Scia, semplifi-cazione o liberalizzazione? – 5. La (in)compatibilità del controllo a campione con il regime della Scia edilizia. – 5.1. L'incompatibilità con la natura obbligatoria del con-trollo. – 5.2. L'incompatibilità con la natura vincolata del controllo e del suo esito. – 5.3. L'incompatibilità in ragione del riparto di competenze legislative nel Testo unico. – 6. I possibili adattamenti.

Abstract

The essay addresses the causes and legitimacy of the recent trend in many municipalities to subject the "Scia" in construction matters only to a spot-check. Regarding the reasons of such tendency, the essay focuses on the dwindling resources and employees available to municipalities and, at the same time, on the significant increase in the number of Scia submitted in recent years. The legitimacy of spot-checking is examined considering the nature of the Scia, the division of legislative powers between the State and the Regions in construction matters, and the constrained nature of the control to be exercised over the Scia.

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

ISSN 2036-7821

1. L'irrefrenabile ascesa della Scia edilizia.

Negli ultimi anni è possibile registrare in letteratura una particolare attenzione per la Segnalazione certificata di inizio attività (Scia), specie nella materia edilizia. Ciononostante, di rado emerge la consapevolezza del fatto che le Scia edilizie siano sempre più spesso oggetto di un controllo soltanto a campione da parte delle amministrazioni comunali, specie negli agglomerati urbani più popolosi del paese. Questo breve scritto ha, quindi, lo scopo di indagare le caratteristiche di tale modalità di controllo e di verificare se sia compatibile o meno con il regime giuridico della Scia. A tal fine si esamineranno dapprima le cause che hanno condotto molti Comuni e alcune Regioni a introdurre un controllo soltanto a campione e, in seguito, ci si soffermerà sulla natura della Scia, verificando in particolare se ha una funzione liberalizzatrice o semplificatrice.

Tanto premesso, la maggiore attenzione dedicata dalla dottrina all'istituto della Scia è direttamente proporzionale alla rilevanza attribuitagli dalla normativa statale e regionale che in questi decenni ne hanno notevolmente esteso l'ambito di applicazione. Detta estensione è riconducibile a due distinte ragioni principali, entrambe note ai più.

Da un lato, va citata la recente promozione – soprattutto da parte del legislatore regionale[1] – delle politiche di rigenerazione urbana volte a riqualificare il tessuto edilizio e sociale delle nostre città. Tali politiche favoriscono la realizzazione di interventi sul parco immobiliare già esistente e soggetti sovente a Scia, disincentivando così il ricorso a nuove edificazioni che richiedono il rilascio dell'autorizzazione edilizia *ex ante*, ovverosia del permesso di costruire[2]. Al riguardo

[1] La rigenerazione urbana si traduce principalmente nel rafforzare i margini di partecipazione della cittadinanza rispetto alla formazione delle scelte urbanistiche di natura attuativa e nel favorire interventi di riqualificazione dell'esistente mediante il riconoscimento di diverse agevolazioni, quali lo sfruttamento di maggiori volumetrie e la riduzione o l'esonero dal contributo di costruzione. La disciplina puntuale delle politiche di rigenerazione si rinviene notoriamente nella normativa regionale e per un cui esame si rinvia, tra i tanti, ad A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni, approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, p. 109 ss.; G. TORELLI, *La rigenerazione urbana nelle recenti leggi urbanistiche e del governo del territorio*, in *Ist. Federalismo*, 2017, 3, p. 651 ss.; P. CARPENTIERI, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni. La "rigenerazione urbana"*, in *federalismi.it*, 2020, 1, 30 ss.; E. BOSCOLO, *Leggi regionali urbanistiche di quarta generazione: struttura e contenuti*, IN P. STELLA RICHTER (a cura di), *Verso le leggi regionali di IV generazione. Studi dal XXI Convegno nazionale Varese, 28-29 settembre 2018*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 9 ss.; *Ibidem, Leggi regionali urbanistiche di quarta generazione: consolidazione di un modello*, in P. STELLA RICHTER (a cura di), *La nuova urbanistica regionale. Studi dal XXII Convegno nazionale. Palermo, 27-28 ottobre 2019*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 17 ss. A livello statale, diversamente, non si rinviene una particolare attenzione per la rigenerazione, salvo che per alcuni sporadici richiami alle finalità di rigenerazione urbana recentemente introdotti nel d.P.R. n. 380/2001 dal decreto Semplificazioni del 2020. Si vedano, ad esempio, gli artt. 14, comma 1-*bis*, e 17, comma 4-*bis*, d.P.R. n. 380/2001, i quali in presenza delle predette finalità consentono rispettivamente il rilascio di un permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici e la riduzione del contributo di costruzione in una misura non inferiore al venti per cento di quanto previsto dalle tabelle parametriche regionali.

[2] La rigenerazione persegue due finalità principali. La prima è di natura ambientale ed è legata al contenimento del consumo di suolo in quanto, promuovendo gli interventi sul tessuto esistente, scoraggia la tradizionale

ISSN 2036-7821

si ricorda che, salvo diversa previsione nella normativa regionale, sono soggetti a Scia gli interventi di manutenzione straordinaria, di restauro e risanamento conservativo che incidono su parti strutturali degli edifici[3], gli interventi di ristrutturazione edilizia leggera e, nel rispetto di alcune condizioni, di ristrutturazione edilizia pesante, nonché le varianti non sostanziali al permesso di costruire[4].

Dall'altro lato, vi è la progressiva estensione delle tipologie di interventi edilizi, specie di ristrutturazione edilizia, realizzabili mediante Scia anziché attendendo il previo rilascio del permesso di costruire. In tal senso, è sufficiente fare riferimento alle principali novelle normative susseguitesi dopo l'introduzione del Testo unico in materia edilizia, il d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, per ampliare i confini della ristrutturazione edilizia "pesante", la quale è soggetta a Scia invece che a permesso di costruire e consiste nella demolizione e successiva fedele ricostruzione di un fabbricato preesistente[5].

La prima di tali novelle, disposta già con l'art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. 27 dicembre 2002, n. 301, ha esteso la nozione di ristrutturazione edilizia, *ex* art. 3, comma 1, lett. d), d.P.R. n. 380/2001, anche all'ipotesi in cui non siano rispettate l'area del sedime e le caratteristiche dei materiali con cui era stato realizzato l'immobile preesistente[6].

In seguito, il c.d. "decreto del fare", d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. con mod. dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, ha consentito di realizzare con Scia anche gli interventi di demo-ricostruzione di immobili non vincolati che conducono a un organismo edilizio con una sagoma diversa da quella precedente[7]. Inoltre, sempre il decreto del fare ha

---

edilizia espansiva e, dunque, gli interventi di nuova costruzione che portano, appunto, al consumo di nuovo suolo. La seconda è di natura sociale posto che la rigenerazione dovrebbe incidere non solo sul degrado materiale degli immobili oggetto di riqualificazione, ma sullo stesso degrado socio-economico dei tessuti urbani. Per degli approfondimenti sulla natura e sulle politiche di rigenerazione urbana, oltre ai contributi già richiamati nella prima nota a piè di pagina, sia consentito rinviare anche a L. GOLISANO, *Il Pnrr e lo sviluppo sostenibile nel governo del territorio*, in *Munus*, 2022, 1, p. 164 ss., e *Ibidem*, *Sviluppo sostenibile e semplificazione edilizia*, in B. G. MATTARELLA (a cura di), *Il governo dello sviluppo sostenibile*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 189 ss., ove viene citata ulteriore letteratura in materia.

[3] I medesimi interventi se non incidono sulle parti strutturali sono invece soggetti, *ex* art. 6-*bis*, d.P.R. n. 380/2001, alla comunicazione di inizio lavori asseverata (Cila).

[4] L'elenco delle definizioni degli interventi edilizi è contenuto all'art. 3, d.P.R. n. 380/2001, mentre gli interventi soggetti a Scia sono individuati al successivo art. 22, d.P.R. n. 380/2001.

[5] Per una breve ricapitolazione delle modifiche apposte nel tempo alla definizione di "ristrutturazione edilizia" si veda anche E. BOSCOLO, *Il governo del territorio dopo la legge di semplificazione*, in *Giur. it.*, 2021, 5, p. 1258.

[6] Al riguardo P. TANDA, *Interventi di ristrutturazione edilizia e di ristrutturazione urbanistica: in particolare l'ipotesi di demolizione e successiva ricostruzione*, in *Riv. giur. edil.*, 2012, 2, p. 117, suggerisce però una lettura restrittiva dei requisiti di qualificazione degli interventi di demolizione e ricostruzione come ipotesi di ristrutturazione edilizia soggetta a Scia in quanto tali fattispecie rappresentano «un'eccezione al principio generale secondo il quale ogni trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, che comporti una rilevante modifica nel suo assetto, necessita di essere assentita con il permesso di costruire».

[7] Il decreto ha recepito la soluzione in precedenza adottata dal legislatore lombardo e che, tuttavia, era stata poi dichiarata incostituzionale per violazione del riparto di competenze legislative. Più precisamente, il Giudice delle

ISSN 2036-7821

esteso il regime della Scia anche agli interventi di ripristino di edifici crollati o demoliti, purché sia possibile accertarne la consistenza precedente[8].

Un'ulteriore estensione dei confini della Scia si è, infine, registrata con la riformulazione dell'art. 3, d.P.R. n. 380/2001, da parte del c.d. decreto Semplificazioni, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con mod. dalla l. 11 settembre 2020, n. 120[9]. Da una parte, è stata introdotta una descrizione maggiormente dettagliata delle tipologie di interventi qualificabili come ristrutturazione edilizia, le quali ricomprendono oggi anche l'installazione di impianti tecnologici e gli interventi di efficientamento energetico[10]. Dall'altra, è stata mantenuta ferma la necessità di rispettare la volumetria dell'immobile preesistente[11], ma vengono comunque ammessi «nei soli casi espressamente previsti dalla legislazione vigente o dagli strumenti urbanistici comunali, incrementi di volumetria anche per promuovere interventi di rigenerazione urbana»[12].

L'estensione dell'ambito di applicazione della Scia[13] trova conferma anche nei dati

---

leggi nella sentenza n. 309 del 23 novembre 2011 aveva riconosciuto la violazione dell'art. 117, Cost., da parte dell'art. 27 della legge lombarda sul governo del territorio, l. reg. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12. La previsione lombarda era stata, difatti, ritenuta incostituzionale in quanto aveva eliminato la necessità di rispettare la sagoma dell'immobile preesistente ai fini della qualificazione della demo-ricostruzione quale fattispecie di ristrutturazione edilizia. La disposizione regionale si poneva così in contrasto con l'art. 3, d.P.R. n. 380/2001, che all'epoca richiedeva ancora il rispetto di tale requisito e che, contenendo l'elenco delle definizioni di interventi edilizi, era stato definito dalla Corte come un principio fondamentale della materia del "governo del territorio" di competenza legislativa concorrente. Per un commento della pronuncia si veda C. NICOLINI, *Ritorna la sagoma nella ristrutturazione lombarda*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 6, p. 1449 ss., e A. MANDARANO, *La ristrutturazione edilizia al vaglio della Corte costituzionale*, in *Urb. app.*, 2012, 3, p. 300 ss.

[8] Per di più, pur mantenendo la necessità di rispettare la volumetria dell'immobile preesistente, la riformulazione dell'art. 3, d.P.R. n. 380/2001, da parte del decreto del fare fa comunque «salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica».

[9] Per un commento della riformulazione degli interventi di ristrutturazione edilizia da parte del decreto Semplificazioni si vedano, *ex multis*, P. URBANI, *L'edilizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 6, p. 753 ss., e G. RIZZI, *Decreto semplificazioni 2020 e modifiche al Testo Unico in materia edilizia*, in *Notariato*, 2020, 6, p. 583-584.

[10] La previsione, evidentemente, mira a consentire anche nel caso di ristrutturazioni edilizie la possibilità di beneficiare dei numerosi "bonus" garantiti dalle normative degli ultimi anni; si pensi, tra tutti, al Superbonus previsto dall'art. 119 del decreto Rilancio, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. con mod. dalla l. 17 luglio 2020, n. 77 e poi più volte modificato nel corso degli anni.

[11] Sul punto, E. BOSCOLO, *Il governo del territorio dopo la legge di semplificazione*, *cit.*, p. 1259, sottolinea che il decreto Semplificazioni non altera l'elemento dirimente ai fini della soggezione degli interventi di ristrutturazione al regime della Scia o del permesso di costruire e che risiede nel rispetto o meno della volumetria preesistente.

[12] Tuttavia, non è chiaro se il riferimento agli incrementi di volumetria eccezionalmente ammessi dalla normativa regionale e statale conduca a un'estensione dell'ambito di applicazione della Scia. Invero, l'art. 10, comma 1, lett. c), d.P.R. n. 380/2001, continua a subordinare al rilascio del permesso di costruire gli interventi di ristrutturazione edilizia che comportano un aumento della volumetria complessiva degli edifici.

[13] Incidentalmente, si evidenzia che detta estensione dipende non solo dall'allargamento dei confini degli interventi di ristrutturazione soggetti a Scia, ma anche dalla possibilità di presentare una Scia alternativa al permesso di costruire, la quale era in precedenza ammessa dall'art. 22, d.P.R. n. 380/2001, ed è oggi prevista dall'art. 23. La norma, infatti, consente di presentare in via alternativa una Scia anche per la realizzazione di alcuni interventi di nuova costruzione e per quegli stessi interventi di ristrutturazione che sarebbero invece

ISSN 2036-7821

pubblicati dalle amministrazioni comunali che hanno provveduto al monitoraggio dei propri tempi procedimentali[14] e che certificano come il numero di Scia presentate sia oramai notevolmente superiore a quello delle domande di permesso di costruire.
A questo proposito è sufficiente guardare ai dati forniti dai Comuni di Napoli, Bologna, Verona, Rimini e Genova, dai quali emerge che per ogni domanda di permesso di costruire presentata le amministrazioni ricevono in media circa una decina di segnalazioni certificate.
Nel dettaglio, il Comune di Bologna nel primo semestre del 2023 ha ricevuto 626 Scia edilizie e soltanto quarantuno domande di rilascio del permesso di costruire[15]. Similmente, nel 2022, sono state presentate al Comune di Rimini settantadue domande di permesso di costruire e ben novecento Scia[16]. Nel 2021 il Comune di Verona ha registrato la presentazione di ben 1.901 Scia e 247 domande di permesso di costruire[17]. Minore è invece la sproporzione registrata dal Comune di Napoli per l'anno 2022, durante il quale sono stati presentati 289 permessi di costruire e 833 Scia[18]. Infine, il Comune di Genova, che offre però dei dati meno aggiornati, nei primi nove mesi del 2017 ha ricevuto ventisei domande di permesso di costruire e,

soggetti a permesso di costruire. Ad ogni modo, in via del tutto speculare, è sempre stata concessa ai privati anche la facoltà – oggi garantita dall'art. 22, comma 7, d.P.R. n. 380/2001, di presentare la domanda di permesso di costruire per la realizzazione di quegli interventi che, viceversa, sarebbero soggetti a Scia. Il riconoscimento di tale facoltà, secondo la dottrina, sarebbe sintomatico della ritrosia dell'imprenditoria privata ad assumersi il rischio di autocertificare la piena conformità dei propri interventi ad una normativa notoriamente complessa come quella edilizia. In tal senso, si vedano, *ex multis*, M. A. SANDULLI, *Edilizia* (voce), in AA. VV., *Enc. dir. I Tematici: Funzioni amministrative*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2022, p. 415, e, rispetto alla disciplina degli anni Novanta che faceva all'epoca riferimento alla Denuncia di inizio attività (Dia), A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 3, p. 653.

[14] Si ricorda che le amministrazioni comunali hanno pubblicato i dati relativi ai propri tempi procedimentali in attuazione della previsione in tal senso contenuta all'art. 1, comma 28, della legge Severino, l. 6 novembre 2012, n. 190, introdotto dall'art. 24, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, e poi abrogato dall'art. 43, d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97. In ragione di tale abrogazione, molti Comuni nelle sezioni "Amministrazione trasparente" dei propri siti istituzionali, si veda ad esempio quello di Bari, affermano che tale obbligo di pubblicazione è venuto meno. Tuttavia, a giudizio di chi scrive, lo stesso può ritenersi nuovamente sussistente con l'entrata in vigore delle modifiche apposte alla l. n. 241 del 1990 dal decreto Semplificazioni. Invero, l'art. 2, comma 4-*bis*, l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. a), d.l. n. 76/2020 conv. con mod. dalla l. n. 120/2020, pur demandando ad un d.P.C.M. il compito di individuare i criteri di monitoraggio, impone alle amministrazioni di misurare «i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese», e di darne pubblicazione sulla sezione "amministrazione trasparente" dei loro siti istituzionali.

[15] I dati sono pubblicati dal Comune di Bologna al seguente sito: http://www.comune.bologna.it/media/files/report_procedimenti_2023__primo_semestre.pdf.

[16] I dati pubblicati dal Comune di Rimini sono rinvenibili al seguente sito: https://www.comune.rimini.it/sites/default/files/2023-08/Monitoraggio%20tempi_anno%202022.pdf.

[17] I dati sono ripresi dal *file Excel* pubblicato al seguente sito https://www.comune.verona.it/nqcontent.cfm?a_id=54873&tt=verona_agid.

[18] I dati per l'anno 2022 sono pubblicati dal Comune di Napoli nelle tabelle *Excel* consultabili al seguente link: www.comune.napoli.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/23604.

ISSN 2036-7821

addirittura, 916 Scia[19].

2. La crisi del controllo comunale.

Il progressivo emergere della Scia si è però scontrato con il concomitante impoverimento delle risorse economiche e di personale a disposizione delle amministrazioni comunali chiamate a verificare il corretto sviluppo edilizio. Tale impoverimento si può apprezzare guardando all'evoluzione negli ultimi vent'anni del numero di dipendenti comunali, della loro età media e delle risorse spese per la loro formazione. Trattasi di un ventennio segnato da ben due crisi economiche, quella legata al crollo dei mutui *subprime* e quella, più recente, conseguente alla diffusione del Covid-19, le quali hanno profondamente inciso sui margini di spesa pubblica del nostro paese[20].

Nel 2021[21] il numero di dipendenti comunali era pari a 337.505[22], quasi centocinquantamila in meno rispetto ai 479.233 presenti nel 2007[23] all'alba della prima crisi economica del nuovo millennio. Ne discende altresì che se nel 2007 la

[19] I dati riportati rappresentano una rielaborazione dei dati separatamente pubblicati dal Comune di Genova per ciascuno dei primi tre trimestri del 2017 e scaricabili dal seguente sito: http://www.comune.genova.it/content/direzione-urbanistica-sue-e-grandi-progetti-2017.

[20] È però evidente il cambio di prospettiva assunto dai pubblici poteri nel reagire alle due crisi. A seguito della crisi dei debiti sovrani del 2009 la reazione dell'Italia e di molti altri Stati membri dell'Unione è consistita nel perseguire l'obiettivo del contenimento della spesa pubblica anche mediante una contrazione del personale amministrativo e delle risorse a sua disposizione. Per un esame delle azioni intraprese in tale direzione si veda, tra i tanti, A. NATALINI, *La riduzione della spesa pubblica e la riforma amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi: Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 363 ss. Oggi, diversamente, il rilancio del nostro paese a seguito della diffusione della pandemia si fonda anche su un maggiore valorizzazione del ruolo della pubblica amministrazione e su nuove stagioni di reclutamento del personale pubblico per assicurare la celere attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) predisposto per usufruire degli ingenti fondi stanziati dall'Unione europea con il programma *Next Generation*. Si registra così un netto cambio di passo che è esplicitato nello stesso Pnrr, il quale sembra prendere le distanze dalle politiche promosse in passato. A titolo esemplificativo, in PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, p. 68, consultabile dal sito https://www.italiadomani.gov.it/content/sogei-ng/it/it/home.html, si sottolinea che la semplificazione normativa degli ultimi decenni «ha avuto effetti solo parziali in termini di rimozione di vincoli e oneri» anche in ragione del «progressivo impoverimento di risorse finanziarie, umane e strumentali che ha indebolito la capacità amministrativa della PA».

[21] Una simile comparazione tra il numero, l'età e le somme destinate alla formazione dei dipendenti comunali tra 2007 e il 2020 è stata già proposta in L. GOLISANO, *L'inefficacia degli atti tardivi e i presupposti per la formazione del silenzio-assenso in materia edilizia*, in *federalismi.it*, 2023, 4, p. 61. Si ritiene opportuno sottolineare che la ripetuta e aggiornata attenzione di chi scrive per le risorse economiche e di personale a disposizione dei Comuni si fonda sulla convinzione che l'analisi della normativa non può prescindere dal previo accertamento delle effettive condizioni in cui versano le amministrazioni chiamate a dare attuazione alla legge.

[22] Il dato è preso da IFEL. FONDAZIONE ANCI, *I Comuni italiani 2023 Numeri in tasca*, 2023, p. 15, consultabile dal seguente link: https://www.fondazioneifel.it/documenti-e-pubblicazioni/item/download/5902_a7b681487bae6ad69586e35f9dc959a6.

[23] Il dato è tratto da IFEL, FONDAZIONE ANCI, *Il personale dei Comuni Italiani*, I ed., 2012, p. 16, consultabile da https://www.fondazioneifel.it/documenti-e-pubblicazioni/item/download/1374_99db8f6e98b86dd8f60ddf78ebf4fcdd

ISSN 2036-7821

percentuale media di dipendenti comunali in Italia era di 8,07% ogni mille abitanti, la stessa nel 2021 scende sino al 5,79 %[24].

Peraltro, in ragione del blocco del *turn-over* dei decenni precedenti[25], l'età media dei dipendenti comunali si è sensibilmente innalzata, passando dai 47 anni del 2007 ai 51,8 del 2021[26]. Al contempo, si registra una netta flessione delle risorse destinate alla formazione del personale. Invero, in considerazione anche della progressiva riduzione del numero dei dipendenti, la spesa per formazione si è pressoché dimezzata tra il 2007 e il 2021, passando da circa quarantuno a ventitré milioni di euro l'anno[27].

Il progressivo depauperamento del personale pubblico[28] si è inevitabilmente riflesso sulla sua capacità di svolgere i controlli richiestigli dalla legge, conducendo così a quello che la plenaria del Consiglio di Stato ha di recente definito come la "crisi dei controlli amministrativi"[29].

---

[24] I dati sono presi sempre da IFEL. FONDAZIONE ANCI, *I Comuni italiani 2023*, *cit.*, p. 15, e IFEL, FONDAZIONE ANCI, *Il personale dei Comuni Italiani*, *cit.*, p. 18.

[25] Si rinvia a E. GIORNO e D. ZICCARELLI, *Piani di fabbisogno del personale e le nuove logiche assunzionali*, in *Azienditalia*, 2020, 6, p. 1081, per una breve sintesi, esposta graficamente mediante una tabella riepilogativa, delle diverse normative sul blocco del *turn-over* nelle amministrazioni statali, regionali e degli enti locali. Si ricorda, qualora ve ne fosse bisogno, che per blocco del *turn-over* si intende la sospensione delle assunzioni di nuovo personale per sopperire a quello uscente.

[26] Tali dati sono rinvenibili in IFEL. FONDAZIONE ANCI, *Personale comunale e formazione: competenze e scenari*, IV ed., 2023, p. 28, consultabile dal sito https://www.fondazioneifel.it/documenti-e-pubblicazioni/item/download/5926_d99da0bdac6d63e62aeb8abd51b6b412, che, più precisamente, fa riferimento all'età media dei dipendenti comunali a tempo indeterminato. Per di più, un innalzamento dell'età media si rinviene anche rispetto alla generalità dei dipendenti pubblici, ivi compresi quindi quelli delle amministrazioni statali. A questo proposito, F. DI MASCIO, P. FELTRIN e A. NATALINI, *I sindacati del settore pubblico e la riforma Madia della pubblica amministrazione*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2019, 2, p. 221, registrano nelle amministrazioni il passaggio da un'età media di quarantacinque anni nel 2003 a una di cinquanta anni nel 2015.

[27] I dati sono attinti sempre da IFEL. FONDAZIONE ANCI, *Personale comunale e formazione*, *cit.*, p. 30, ove si riporta il passaggio da una spesa per la formazione di 40.970.011 €, con una media di 85 € per dipendente, del 2007 a una spesa di 23.429.221 €, con una media di 68 € per dipendente, del 2021.

[28] Riflessioni analoghe a quelle qui tratteggiate per i Comuni sono state espresse di recente anche dalla Corte dei conti rispetto alle amministrazioni nel loro complesso ed evidenziando delle perplessità sulla loro capacità di assicurare la tempestiva attuazione degli ambiziosi obiettivi fissati dal Pnrr. Nel dettaglio, in CORTE DEI CONTI. SEZIONI RIUNITE IN SEDE DI CONTROLLO, *Relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, 2022, p. 15, consultabile dal sito internet https://www.ripartelitalia.it/wp-content/uploads/2023/03/relazione-sullo-stato-di-attuazione-del-Piano-Nazionale-di-Ripresa-e-Resilienza-PNRR-marzo-2022.pdf, si legge che «la consistenza del personale della PA ha sperimentato un'importante contrazione, per effetto delle diverse misure di controllo della spesa pubblica e in particolare del c.d. blocco del *turn-over*, che ha condotto [alla] riduzione numerica delle unità di lavoro occupate nell'Amministrazione pubblica, […] [al]l'aumento dell'età media del personale, che ora è tra i più vecchi nei Paesi occidentali [e al] limitato […] ingresso di figure professionali nuove, maggiormente adeguate alle nuove e pressanti esigenze della PA».

[29] Il riferimento è qui alla Plenaria n. 22 del 9 dicembre 2021, la quale ha chiarito che il requisito della *vicinitas* consente di provare la sussistenza soltanto del requisito della legittimazione ad agire e non anche quello dell'interesse al ricorso. Nella pronuncia, la Plenaria ha occasione di osservare che l'insieme delle «tendenze per così dire espansive, sul terreno della legittimazione al ricorso [specie con riferimento alle associazioni a tutela di interessi superindividuali], denunciano la (o muovono dalla denuncia della) "crisi" dei controlli amministrativi e

ISSN 2036-7821

Tale crisi interessa anche, se non innanzitutto, il settore edilizio dato che numerosi Comuni non sono in grado di garantire il controllo sulla Scia entro il termine fissato dal legislatore statale. Del resto, il passaggio di determinati interventi edilizi dal regime del permesso di costruire a quello della Scia non comporta soltanto la trasformazione del controllo pubblico da *ex ante* a *ex post*, ma incide anche sui termini entro i quali lo stesso va esercitato.

Nel dettaglio, se la domanda di permesso di costruire va evasa, salva diversa previsione regionale, entro un termine complessivo di novanta giorni[30], il controllo sulla Scia edilizia va svolto entro trenta giorni, la metà rispetto al termine di sessanta giorni fissato in via generale dalla l. n. 241/1990 per il controllo sulle Scia[31].

3. L'introduzione del controllo a campione.

La documentata incapacità dei Comuni di esercitare tempestivamente il proprio potere-dovere di controllo ha indotto alcuni legislatori regionali e le stesse amministrazioni comunali ad introdurre delle modalità di controllo soltanto a campione.

Per quanto concerne i primi, se la stragrande maggioranza delle Regioni ammette il controllo a campione soltanto sulle Comunicazioni di inizio lavori asseverate (Cila) e

---

i limiti sempre maggiori, di tempo e di spazio, che incontra l'autotutela amministrativa». Per un commento della pronuncia si rinvia, tra i tanti, a F. SAITTA, *C'era una volta un'azione popolare… mai nata*, in *Riv. giur. edil.*, 2021, 6, p. 252 ss., e P. URBANI, *"Vicinitas" e interesse al ricorso*, in *Giorn dir. amm.*, 2022, 3, p. 344 ss.; S. TRANQUILLI, *Sull'incerto rapporto tra vicinitas e "vicinanza della prova" dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22/2021*, in *Il processo*, 2022, 1, p. 224 ss., i quali inevitabilmente pongono tutti l'accento su come le conclusioni della Plenaria conducano a una circoscrizione dei margini di tutela giurisdizionale a fronte dell'altrui avvio di lavori edilizi abusivi.

[30] Il termine di conclusione del procedimento è pari a novanta giorni in forza della somma di due termini distinti. Dapprima, vi è un termine di sessanta giorni decorrenti, *ex* art. 20, comma 3, d.P.R. n. 380/2001, dalla presentazione della domanda ed entro i quali il responsabile del procedimento cura l'istruttoria e formula una proposta di provvedimento. In seguito, si aggiunge un secondo termine di trenta giorni che decorrono, *ex* art. 20, comma 6, d.P.R. n. 380/2001, da tale proposta o, in ogni caso, dall'inutile decorso del primo termine ed entro i quali il dirigente o il responsabile dell'ufficio devono adottare il provvedimento finale. Inoltre, il termine endoprocedimentale di sessanta giorni può essere sospeso, *ex* art. 20, comma 4, d.P.R. n. 380/2001, qualora il responsabile del procedimento richieda delle modifiche progettuali e, in forza dell'art. 20, comma 5, può anche essere interrotto se sempre il responsabile del procedimento richieda delle integrazioni documentali che non può autonomamente acquisire. In aggiunta, il termine di sessanta giorni può essere raddoppiato, ai sensi dell'art. 20, comma 7, d.P.R. n. 380/2001, nel caso «di progetti particolarmente complessi secondo la motivata risoluzione del responsabile del procedimento» Il termine di trenta giorni, invece, si allunga da trenta a quaranta giorni nel caso in cui l'amministrazione ha già comunicato all'istante privato il proprio preavviso di diniego ai sensi dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990. Diversamente, il termine complessivo di novanta giorni per il rilascio del permesso di costruire è ridotto soltanto a settantacinque giorni qualora la domanda del titolo edilizio sia presentata, ex art. 22, comma 7, per eseguire attività edilizie che sarebbero ordinariamente soggette a Scia.

[31] Invero, in forza dell'art. 19, comma 6-*bis*, l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 5, comma 2, lett. b), n. 2), d.l. 13 maggio 2011, n. 70, il termine di sessanta giorni per il controllo sulla Scia previsto in via generale dall'art. 19, comma 3, l. n. 241/1990, è ridotto a trenta «nei casi di Scia in materia edilizia».

ISSN 2036-7821

sulle Segnalazioni certificate di agibilità (Sca)[32], ve ne sono alcune che hanno esteso tale tipologia di controllo anche alle Scia edilizie.

Ad esempio, la l. reg. Emilia-Romagna 30 luglio 2013, n. 15, all'art. 14, comma 5, consente espressamente ai Comuni di «definire modalità di svolgimento del controllo a campione qualora le risorse organizzative non consentono di eseguire il controllo sistematico delle SCIA»[33]. In termini analoghi si esprimono il legislatore marchigiano e sardo, i quali si preoccupano anche di quantificare la percentuale minima del campione e cioè le Scia che devono essere oggetto di un effettivo controllo sulla loro conformità alla disciplina urbanistico-edilizia di riferimento. Trattasi, più precisamente, del venti per cento nelle Marche e del venticinque per cento in Sardegna, ove si precisa altresì che le Scia oggetto di controllo puntuale vanno individuate per sorteggio ovvero per mezzo di altro criterio di scelta casuale[34].

Diversamente, la legge umbra sul governo del territorio, in particolare l'art. 140, comma 4, l. reg. Umbria, 29 dicembre 2020, n. 14, rimette ai Comuni la possibilità di prevedere nei propri regolamenti edilizi dei controlli a campione sulla generalità dei titoli edilizi e nell'ambito della propria attività di vigilanza.

Inoltre, anche in assenza di espresse previsioni nella normativa regionale, molti Comuni – con il beneplacito dell'Anac[35] – hanno comunque introdotto dei controlli a campione sulle Scia presentate. I modelli di controllo a campione divergono leggermente da Comune a Comune che, però, adducono tutti le stesse motivazioni per la loro introduzione. Invero, a conferma di quanto in precedenza esposto, tutte le

[32] Come in seguito meglio si approfondirà, la maggior parte delle Regioni si sono adeguate a quanto disposto in via generale dal d.P.R. n. 380/2001 che, appunto, consente il controllo a campione soltanto sulle Cila e sulle Sca. In tal senso è possibile fare riferimento a: i) l'art. 18, comma 2, del decreto del Presidente della Regione Sicilia 20 maggio 2022, n. 531/GAB che, nell'approvare il "Regolamento edilizio tipo unico", consente il controllo a campione soltanto sulle Cila e non anche sulle Scia; ii) l'art. 33, comma 4, l. reg. Molise 18 aprile 2014, n. 11, il quale prevede il controllo a campione soltanto per la Sca; iii) la l. reg. Liguria 6 giugno 2008, n. 16, sulla disciplina dell'attività edilizia, che agli artt. 39-*bis* e 39-*ter*, introdotti entrambi dall'art. 26, comma 1, l. reg. Liguria, 28 giugno 2017, n. 15, estende il controllo a campione rispettivamente alle Cila e alle Sca; iv) l'art. 136 della legge regionale urbanistica della Toscana, l. reg. 10 novembre 2014, n. 65, che prevede il controllo a campione per alcuni interventi soggetti a Cila; v) l. reg. Puglia 1° dicembre 2017, n. 48, che, agli artt. 1 e 2, consente il controllo a campione su una determinata percentuale delle Cila e Scia presentate.

[33] Così dispone la norma attualmente in vigore per come modificata dall'art. 11, comma 3, l. reg. Emilia-Romagna 29 dicembre 2020, n. 14. Analoga previsione era però già presente negli anni precedenti ed oggetto di un'analisi piuttosto critica da parte di S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 1-2, p. 149.

[34] Le percentuali sono fissate rispettivamente dall'art. 7, comma 9, l. reg. Marche, 20 aprile 2015, n. 17, e dall'art. 10-*bis*, comma 5, l. reg. Sardegna, 11 ottobre 1985, n. 23, così come modificato dall'art. 6, l. reg. 3 luglio 2017, n. 11. Va poi precisato che il legislatore marchigiano ammette il ricorso al controllo a campione soltanto a condizione che le risorse organizzative non consentano un controllo sistematico, mentre quello sardo richiede comunque un controllo sistematico sugli interventi di ristrutturazione edilizia che comportino «la ricostruzione di edifici crollati o demoliti».

[35] Si fa qui riferimento alla delibera dell'Anac del 3 agosto 2016, n. 831, di approvazione del Piano nazionale anticorruzione per l'anno 2016, ove «nel settore del governo del territorio si suggerisce l'introduzione di controlli successivi a campione sui titoli abilitativi rilasciati o sull'attività di vigilanza edilizia svolta dagli uffici».

ISSN 2036-7821

amministrazioni comunali riconducono il controllo a campione all'incapacità di coniugare le carenze di personale con il significativo aumento delle Scia ricevute e, dunque, all'impossibilità di controllarle tutte tempestivamente[36].
Quanto alle modalità di svolgimento del controllo a campione, si possono distinguere più modelli accomunati però dal fatto che, per ovvie ragioni di trasparenza e contrasto alla corruzione, l'individuazione delle Scia oggetto di controllo puntuale è rimessa al sorteggio o ad altro meccanismo analogo.
Ciò detto, in primo luogo, vi sono Comuni, si pensi a quello di Verona, che hanno introdotto soltanto in via provvisoria il controllo a campione per un limitato periodo di tempo in modo da far fronte a un particolare e contingente sovraccarico di lavoro[37]. La maggior parte dei Comuni, tuttavia, non ne limita l'applicazione entro una data predefinita ovvero soltanto per un circoscritto numero di mesi[38].
In secondo luogo, alcuni Comuni in via indifferenziata assoggettano al controllo a campione tutti gli interventi realizzabili mediante Scia[39], mentre altri tengono fermo l'obbligo di un controllo puntuale per determinate tipologie di interventi edilizi che

[36] Ad esempio, il Comune di Milano con la disposizione di servizio n. 4/2020 del 23 marzo 2020, consultabile da qui https://www.comune.milano.it/documents/20126/434769771/Disposizione++di+servizio+n.+4_2020.pdf/b21a6b76-f302-f911-094c-da0d44c7017c?t=1585736096090, giustifica il controllo a campione in ragione, da un lato, della progressiva riduzione del personale – causata anche dalle collocazioni a riposo – e, dall'altro, dell'elevato numero di istanze ricevute dallo sportello unico, le quali sono circa trentamila l'anno. L'elevato numero di istanze e, al contempo, la carenza di personale sono addotte a motivazione dell'introduzione del controllo a campione sulle Scia anche: i) dalla determinazione dirigenziale CU/574/2021 del 26 marzo 2021 del Municipio XV del Comune di Roma Capitale, consultabile da qui https://www.comune.roma.it/web-resources/cms/documents/CU20210027937-Esecutiva_Determina_CU_574_2021.pdf; ii) dalla delibera n. 74744 del 27 febbraio 2018 della Giunta Comunale di Bologna, consultabile da qui http://atti9.comune.bologna.it/atti/wpub_delibere.nsf/dettaglio.xsp?documentId=AF8A2F985275F6D1C1258244002A40B8&action=openDocument; iii) dalla determinazione dirigenziale del Comune di Terni n. 3304 del 18 novembre 2021, consultabile dal sito https://www.comune.terni.it/system/files/dd_3304_18_11_2021_nct_.pdf; iv) dalla determinazione dirigenziale del Comune di Pistoia n. 1263 del 28 giugno 2021, consultabile da qui https://www.comune.pistoia.it/sites/default/files/media/Determina%20Dir.%20n.%201263-2021-istituzione%20sorteggio%20pratiche%20edilizie.pdf; v) dalla disposizione del 18 maggio 2022 del Comune di Verona, consultabile qui https://architettiverona.it/wp-content/uploads/2022/05/Controlli-a-campione_-SCIA-1.pdf, che cita altresì il maggior carico di lavoro conseguente agli interventi del Superbonus.

[37] Nel dettaglio, la disposizione del Comune di Verona sopra richiamata ha introdotto il controllo a campione soltanto per il periodo intercorrente tra il 18 maggio 2022 e il 31 agosto 2022, facendo però salva la possibilità di valutare un'eventuale proroga del termine di applicazione di tale modalità di controllo.

[38] Tra i tanti che operano in tal modo vi sono i Comuni di Pesaro, di Pistoia, di Milano e i Municipi di Roma Capitale. Non è fissato alcun limite temporale anche negli atti dei Comuni di Terni e Bologna che, del resto, hanno introdotto un controllo soltanto a campione anche in forza della sua legittimazione da parte delle rispettive normative regionali.

[39] Si vedano, tra i tanti, i Comuni di Gallipoli, di Terni e di Lamezia Terme con regolamento approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 6 del 23 marzo 2022, consultabile dal sito https://www.comune.lamezia-terme.cz.it/it/page/controlli-delle-procedure-in-materia-edilizia. Il modello di Terni presenta inoltre delle particolarità in quanto, da un lato, mantiene un controllo formale sulla completezza documentale di tutte le istanze ricevute, dunque anche di quelle non estratte col sorteggio, ma, dall'altro, estende il controllo a campione sul contenuto puntuale delle istanze anche nell'ipotesi di domande per il rilascio del permesso di costruire.

ISSN 2036-7821

sono quindi esclusi dal sorteggio[40].
In terzo e ultimo luogo, alcuni Comuni si riservano comunque di svolgere un controllo puntuale anche sulle Scia non sorteggiate qualora pervenga una richiesta in tal senso da parte di terzi controinteressati ovvero di associazioni a tutela di interessi diffusi[41]. Vi è così una valorizzazione del ruolo della cittadinanza alla quale si richiede di supplire alle carenze di organico delle amministrazioni comunali e, dunque, di affiancarle nel garantire il controllo sul rispetto dell'ordinato assetto del territorio.

4. La natura giuridica della Scia, semplificazione o liberalizzazione.

Una volta ricostruito il nuovo modello di controllo a campione introdotto dai Comuni e dalle Regioni è possibile interrogarsi sulla natura giuridica della Scia, la quale ha affannato la dottrina e la giurisprudenza per anni, sin dall'introduzione del precedente istituto della Denuncia di inizio attività (Dia) nell'art. 19, l. n. 241/1990.
Come noto, la plenaria nella pronuncia n. 15 del 29 luglio 2011 ha qualificato la Scia come un atto privato ed ha invece ricondotto il mancato esercizio dei poteri inibitori e ripristinatori al modello del silenzio-rigetto che, quindi, i terzi controinteressati potevano impugnare[42]. Pochi giorni dopo il deposito della sentenza della plenaria è però intervenuto il legislatore introducendo il comma 6-*ter* all'interno dell'art. 19, l. n.

---

[40] Si veda, per esempio, il Comune di Pistoia che dispone il controllo puntuale soltanto sul trenta per cento delle Scia ricevute, ma esclude il controllo a campione per le Scia onerose e per quelle presentate in alternativa al permesso di costruire. Similmente il Comune di Pesaro, il cui modello è consultabile sul sito istituzionale http://www.comune.pesaro.pu.it/novita-in-comune/dettaglio/news/esame-a-campione-delle-segnalazioni-certificate-inizio-attivita-scia-e-segnalazioni-certificate-di/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=5a7fbdf55a54a16d46557763129d17d1, prevede un controllo puntuale sul venticinque per cento delle Scia ricevute, ma sottrae dal sorteggio alcune tipologie di Scia che devono essere comunque controllate, quali le SCIA onerose, quelle correlate alla realizzazione di opere di urbanizzazione e quelle "incoerenti", ovverosia «quelle dalle quali emergano elementi di incoerenza palese delle informazioni rese, di inattendibilità evidente delle stesse, nonché di imprecisioni e omissioni nella compilazione dei modelli». Il Comune di Milano, invece, esclude dal sorteggio soltanto le Scia presentate per la realizzazione degli interventi di ristrutturazione edilizia e di risanamento conservativo "pesante" che comportano mutamenti di destinazione d'uso ovvero il recupero dei piani seminterrati.

[41] Tale previsione, in particolare, si rinviene nella disposizione del Comune di Milano e nella determinazione del XV Municipio di Roma Capitale già richiamate in precedenza. Diversamente, il Comune di Terni attribuisce la facoltà di sollecitare lo svolgimento del controllo sulle Scia edilizie anche alle associazioni a tutela di interessi diffusi, anche se non esplicita la sussistenza di un vero e proprio obbligo del Comune di provvedere al controllo a fronte della richiesta pervenutagli.

[42] Per una sintesi del dibattito sulla natura della Scia antecedente alla pronuncia della plenaria si rinvia, tra i tanti, a L. M. CARUSO, *La "s.c.i.a.": natura giuridica, tutela del terzo ed ambito applicativo della nuova segnalazione certificata di inizio attività alla luce delle riforme legislative e nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza e merito*, 2012, 3, p. 526 ss., e F. SAVO AMODIO, *S.c.i.a. e tutela del terzo: la complessa ricerca di un equilibrio*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 1, p. 19-20, i quali richiamano sia le tesi volte a sostenere la natura pubblicistica o provvedimentale della Scia, sia quelle che le attribuivano una natura privatistica.

ISSN 2036-7821

241/1990[43]. La novella normativa, da un lato, ha ribadito la natura privata della segnalazione ma, dall'altro, ha riconosciuto ai terzi controinteressati soltanto la possibilità di agire avverso il silenzio-inadempimento dell'amministrazione rimasta inerte, superando così la diversa soluzione prospettata dal Consiglio di Stato[44].

Ciò, tuttavia, non ha sopito il dibattito sul regime giuridico della Scia, il quale si è presto spostato sui rimedi esperibili dal terzo controinteressato e che sono stati esaminati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 45 del 13 marzo 2019. La Corte, pur riconoscendo la legittimità della scelta operata dal legislatore nel 2011 e poi specificata negli anni seguenti[45], ha evidenziato l'opportunità di rafforzare i margini di tutela riconosciuti ai terzi controinteressati. In particolare, ha suggerito una riforma dell'art. 19, l. n. 241/1990, per mettere i terzi nelle condizioni di poter utilmente sollecitare il controllo dell'amministrazione sulla Scia e, se del caso, promuovere l'azione avverso il silenzio[46].

In attesa di un recepimento legislativo dei suggerimenti della Corte, la disciplina della Scia e dei rimedi esperibili dai terzi appare tuttora aperta ad evoluzioni[47] ed è

---

[43] Più precisamente, con l'art. 6, comma 1, lett. c), d.l. 13 agosto 2011, n. 138, poi conv. con mod. dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, è stato inserito l'art. 19, comma 6-*ter*, l. n. 241/1990, ai sensi del quale: «La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104)», ossia del codice del processo amministrativo (c.p.a.).

[44] Per una ricostruzione del dialogo soltanto parziale tra la plenaria e il legislatore si veda F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a. – s.c.i.a,* in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, p. 1234 ss., e R. GIOVAGNOLI, *Il silenzio e la nuova SCIA. Obbligo di provvedere, danno da ritardo e nuove forme di semplificazione e liberalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 156 ss.

[45] Dopo il 2011 il legislatore è ritornato più volte sulla disciplina della Scia e per una sintesi delle relative novelle normative si suggerisce la letteratura di F. SAVO AMODIO, *S.c.i.a. e tutela del terzo*, *cit.*, p. 21-22. Ad ogni modo, ai fini che qui interessano, è sufficiente ricordare gli interventi normativi del 2015 e del 2016. Dapprima, con le modifiche apposte dall'art. 6, comma 1, lett. a) della legge Madia, l. 7 agosto 2015, n. 124, il legislatore ha precisato che, una volta decorso il termine per l'ordinario esercizio dei poteri inibitori, l'amministrazione può comunque provvedere in tal senso al ricorrere però dei presupposti fissati dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, per l'annullamento d'ufficio, con l'ulteriore conseguenza che detto esercizio è espressione di un potere non più vincolato, ma discrezionale. In seguito, il c.d. secondo decreto Scia, d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222, ha precisato che il termine per l'esercizio dei poteri inibitori secondo il modello dell'annullamento d'ufficio, in origine di diciotto mesi ed oggi soltanto annuale, decorre a partire dal giorno in cui è scaduto il termine di trenta o sessanta giorni per l'ordinario controllo sulla Scia.

[46] Più precisamente, la Corte ha suggerito al legislatore «di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione».

[47] Del resto, è sufficiente ricordare che già solo un anno dopo il deposito della pronuncia della Corte la disciplina della Scia è stata nuovamente innovata dal decreto Semplificazioni. Nel dettaglio, l'art. 12, comma 1, lett. a), n. 2), d.l. n. 76/2020, conv. con mod. dalla l. n. 120/2020, introducendo il comma 8-*bis* nell'art. 2, l. n. 241/1990, ha previsto ed esteso anche per la Scia la nuova disciplina sull'inefficacia degli atti tardivi da parte della pubblica amministrazione. Per un primo commento dei riflessi dell'art. 2, comma 8-*bis*, l. n. 241/1990, sulla Scia si vedano F. DINELLI, *Riflessioni sulla segnalazione certificata di inizio attività: analisi di un istituto enigmatico*, in *federalismi.it*, 2023, 12, p. 13 ss.; A. GIURICKOVIC DATO, *La "sburocratizzazione" per i cittadini*, in A. BARTOLINI,

ISSN 2036-7821

oggetto di continue e approfondite letture da parte della dottrina[48]. La pluralità di contributi su un tema ancora non del tutto stabilizzatosi[49] suggerisce così di guardare alla natura giuridica della Scia da una diversa prospettiva; ovverosia dalla sua riconducibilità al modello generale della liberalizzazione o della semplificazione.

Per liberalizzazione qui si intende la liberalizzazione giuridica o amministrativa, anziché quella economica. Nel dettaglio, per liberalizzazione giuridica o amministrativa si è soliti riferirsi all'eliminazione della necessaria intermediazione della pubblicazione amministrazione e, dunque, di un vincolo ai fini dell'avvio e dell'esercizio di un'attività privata, la quale viene così sottratta all'ambito d'azione dei pubblici poteri[50].

La semplificazione amministrativa, invece, è preordinata all'efficientamento dell'azione amministrativa[51] nel rispetto del tradizionale modello dell'autorizzazione

---

T. BONETTI, B. MARCHETTI, B. G. MATTARELLA e M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990,* Torino, Giappichelli, 2021, p. 186 ss.

[48] In particolare, per un esame della giurisprudenza più recente in materia di Scia e delle questioni che ancora attendono una risposta nonostante la pronuncia della Corte n. 45 del 2019 si rinvia, tra i tanti, a N. POSTERARO, *Alcune considerazioni critiche su due questioni inerenti alla tutela del terzo leso da una SCIA a partire da una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 4, p. 973 ss.; L. GIZZI, *Scia e tutela del terzo (Note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 153 del 2020*), in *federalismi.it*, 2020, 36, p. 88 ss.; G. LA ROSA ed E. L. BONSIGNORI, *SCIA e tutela del terzo dopo la Corte cost. n. 45/2019*, in *Urb. app.*, 2019, 4, p. 481 ss.

[49] D'altronde, anche M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., 2022, p. 184, evidenzia che, rispetto alla Scia, «il problema della tutela del terzo non è dunque risolto».

[50] La liberalizzazione economica, invece, attiene all'apertura di mercati in precedenza oggetto di monopolio pubblico all'iniziativa delle imprese private e alla concorrenza mediante l'eliminazione delle relative barriere d'ingresso. Sulla differenza tra liberalizzazione economica e giuridica (o amministrativa) si veda S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 2, p. 393; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 1, p. 110 ss.; G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Ibr-Ott, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3492-3493; G. STRAZZA, *La s.c.i.a. tra semplificazione, liberalizzazione e complicazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, p. 45-46. Sulle possibili declinazioni della liberalizzazione si veda anche M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica,* in *Dir. econ.*, 2012, 3, p. 507 ss.

[51] Non è un caso che la semplificazione sia tradizionalmente correlata al principio di buon andamento, *ex* art. 97, Cost, e ai suoi corollari dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa. Sul legame tra semplificazione e buon andamento si veda, *ex multis*, C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, p. 358; E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo,* in *federalismi.it*, 2016, 16, p. 13; G. SORICELLI, *Profili problematici e ricostruttivi della natura giuridica della Conferenza di Servizi dopo la riforma Madia*, in *federalismi.it*, 2017, 24, p. 4 ss.; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO e F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo. Parte generale*, vol. I, IV ed., Bologna, Monduzzi, 2005, p. 722 ss.; G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Milano, Giuffrè, 2020, p. 220 ss.; M. C. CAVALLARO, *Brevi riflessioni sulla natura giuridica del silenzio significativo della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. Tar*, 2019, 11, p. 3196 ss. Inoltre, per quanto concerne il canone dell'efficienza si suggerisce la lettura di D. VESE, *L'efficienza della decisione amministrativa. Semplificazione e accelerazione del procedimento nelle recenti riforme della pubblica amministrazione*, in *federalismi.it*, 2018, 18, p. 3-4, ove si evidenzia la tendenziale sovrapposizione tra i concetti di semplificazione ed efficacia. Con riferimento invece all'efficacia si veda V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, p. 620 ss., i quali da tempo sottolineano che la promozione delle

ISSN 2036-7821

ex ante ai fini dell'avvio di un'attività privata. Tale efficientamento è strettamente connesso al "fattore tempo", dato che «il tempo rappresenta, invero, il "nucleo" dell'attività di semplificazione»[52]. Di conseguenza, la semplificazione si esplica principalmente nell'alleggerimento degli oneri documentali e informativi richiesti ai privati[53], nell'eliminazione di alcune fasi endoprocedimentali e nella riduzione dei termini assegnati alle amministrazioni per provvedere. Per di più, la semplificazione passa per l'introduzione di istituti che consentono di superare l'inerzia delle amministrazioni, quali il silenzio-assenso provvedimentale, *ex* art. 20, l. n. 241/1990, il silenzio-assenso tra amministrazioni, *ex* art. 17-*bis*, l. n. 241/1990, ovvero il silenzio devolutivo, *ex* artt. 16 e 17, l. n. 241/1990.

Tanto chiarito, parte della dottrina considera la Scia come un istituto a cavallo tra la semplificazione e la liberalizzazione in quanto posticipa, ma non elimina, il controllo pubblico, con il passaggio da una verifica *ex ante* a una *ex post* rispetto al momento di avvio dell'attività[54]. In letteratura, dunque, la Scia viene qualificata come una liberalizzazione parziale o temperata[55] ovvero, in modo speculare, come una semplificazione a effetto liberalizzante[56].

---

politiche di semplificazione ha condotto al passaggio da un controllo soltanto sulla legalità dell'azione amministrativa a uno fondato anche sull'efficacia dell'azione medesima.

[52] Così si esprime A. SANDULLI, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 10, p. 990.

[53] Tra i tanti che associano la semplificazione ad una riduzione degli oneri gravanti sui privati si veda F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 1, p. 5, e A. SIMONCINI ed E. LONGO, *L'ultima stagione della semplificazione: la riduzione degli oneri amministrativi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, 1, p. 7. In termini analoghi si esprime anche F. CAPORALE, *I rapporti tra amministrazioni tra semplificazione e complessità*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B. G. MATTARELLA e M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, *cit.*, p. 150-151, il quale sottolinea come negli ultimi anni le politiche di semplificazione si riducano soltanto alla riduzione degli oneri burocratici per i cittadini «senza curarsi granché dell'impatto sulle amministrazioni».

[54] Sul punto, M. A. SANDULLI, *Edilizia*, *cit.*, p. 414, ha efficacemente sintetizzato che la Scia, «più che liberalizzare l'esercizio di un'attività, ne liberalizza soltanto l'avvio, trasformando da preventivi in successivi i controlli "ordinari" sulla sua conformità al quadro normativo».

[55] Più precisamente, in letteratura di "parziale" liberalizzazione parlano B. G. MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 12, p. 1329, e A. NEGRELLI, *Economia di mercato e liberalizzazioni: Le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 3-4, p. 696, che fa riferimento anche a una liberalizzazione "intermedia". Vi è però chi utilizza il termine di "liberalizzazione parziale" per riferirsi non alla Scia ma alla Cila; così, per esempio, si esprime G. GUZZARDO, *Semplificazioni e complicazioni nei titoli edilizi*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 2, p. 74. Fanno invece riferimento a una liberalizzazione temperata G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni*, *cit.*, p. 121; P. M. VIPIANA e M. TIMO, *Semplificazioni e liberalizzazioni amministrative da prendere sul serio*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, 1, p. 184; N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 3, p. 855; L. GIZZI, *Scia e tutela del terzo: brevi considerazioni alla luce della legge Madia e dei decreti attuativi*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 3, p. 116; F. SAVO AMODIO, *S.c.i.a. e tutela del terzo*, *cit.*, p. 17.

[56] Di semplificazione a effetto liberalizzante parlano F. LIGUORI, *La lunga strada storta: dalle autorizzazioni amministrative alla nuova s.c.i.a.*, in *Id.*, *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, II ed., Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 20; A. DI MARTINO, *Liberalizzazioni edilizie e potere*

ISSN 2036-7821

Non manca però chi ha qualificato la Scia soltanto come un istituto di liberalizzazione amministrativa/giuridica, evidenziando la soppressione del provvedimento autorizzatorio quale presupposto necessario per l'avvio delle attività[57]. Parimenti, vi è altresì chi, all'opposto, riscontra nella Scia solo un'ipotesi di semplificazione procedimentale data la perdurante presenza di una regolazione pubblica e di poteri di intervento e controllo dell'amministrazione sull'attività privata[58].

Il nodo legato alla natura della Scia neppure può dirsi definitivamente sciolto dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa.

La Corte costituzionale ha inizialmente ricondotto la Scia al principio di semplificazione, da intendersi quale principio fondante dell'azione amministrativa e di matrice anche eurounitaria[59]. In seguito, nella già richiamata pronuncia n. 45 del 2019, la Corte ha invece definito la Scia come un istituto di liberalizzazione e, dunque, antitetico al tradizionale regime autorizzatorio[60]. Più precisamente, la Corte ha parlato di una «liberalizzazione dell'attività oggetto di segnalazione, cosicché la fase amministrativa che ad essa accede costituisce una – sia pur importante – parentesi puntualmente delimitata nei modi e nei tempi». Tuttavia, nella pronuncia,

---

pubblico: La c.i.l.a., il potere di controllo (che non c'è) e l'orientamento ondivago della giurisprudenza in materia di tutela del terzo, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 3, p. 265-266. In termini simili, M. A. SANDULLI, *Edilizia* (voce), *cit.*, p. 414, riconduce la Scia a una "semplificazione liberalizzante" ovvero "pseudoliberalizzazione".

[57] Tale posizione è espressa da C. LAMBERTI, *La SCIA fra liberalizzazione e semplificazione*, in *Urb. app.*, 2013, 1, p. 18 ss., e sembra condivisa anche da M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 183, il quale richiama quelle ricostruzioni che «riconducono la SCIA all'ambito delle attività libere, anche se conformate dalle leggi amministrative, sottoposte a vigilanza da parte delle autorità pubbliche». Similmente, R. GIOVAGNOLI, *Il silenzio e la nuova SCIA*, *cit.*, p. 154, a seguito della riformulazione dell'art. 19, l. n. 241/1990, avvenuta nel 2011, parla di una valorizzazione normativa della «vocazione privatistica e liberalizzatrice dell'istituto». Sul punto si veda anche S. CAPOZZI, *SCIA e tutela del terzo: la Consulta chiarisce*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 2, p. 319, che sottolinea soprattutto la difficoltà di ricondurre la Scia al modello della semplificazione a causa dell'onere gravante sul privato di attestare tutti i requisiti richiesti dalla legge ai fini dello svolgimento dell'attività.

[58] Ad esempio, nel corso degli anni hanno propeso per la ricostruzione della Scia e della Dia nei termini di una semplificazione procedimentale G. SCIULLO, *Modelli ricostruttivi di Dia e tutela del controinteressato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 9, p. 982; D. VESE, *La segnalazione certificata d'inizio attività come modello di semplificazione procedimentale*, Pacini Giuridica, Ospedaletto (Pisa), 2016, p. 28-29; C. CUDIA, *Scia e Dia in edilizia (pensavo fosse liberalizzazione e invece era un calesse)*, in *giustamm.it*, 2014, 6; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, VII ed., Torino, Giappichelli, 2021, p. 20.

[59] Come immaginabile, la dimensione eurounitaria del principio di semplificazione è sottolineata dalla Corte richiamando la direttiva Bolkestein, ovverosia la dir. 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE, in materia di liberalizzazione dei servizi. Ad ogni modo, il riferimento è qui alle sentenze della Corte costituzionale nn. 121 del 9 maggio 2014, 203 del 20 luglio 2012 e 164 del 27 giugno 2012. In particolare, nelle pronunce, la Corte afferma che la Scia «è finalizzata alla semplificazione dei procedimenti di abilitazione all'esercizio di attività per le quali sia necessario un controllo della pubblica amministrazione».

[60] A questo proposito, molti commentatori della sentenza hanno evidenziato la volontà del Giudice delle leggi di rimarcare la riconducibilità della Scia alla visione/ideologia liberale e, dunque, alla liberalizzazione delle attività economiche. In tal senso si vedano, tra i tanti, F. LIGUORI, *La "parentesi amministrativa" della S.C.I.A. e le tutela del terzo*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 4, p. 287; S. CAPOZZI, *SCIA e tutela del terzo*, *cit.*, p. 321; F. SAVO AMODIO, *S.c.i.a. e tutela del terzo*, *cit.*, p. 34.

ISSN 2036-7821

la Corte, da un lato, non specifica in cosa consista la differenza tra la liberalizzazione e la semplificazione cui in passato riconduceva l'istituto della Scia. Dall'altro, soprattutto, non spiega come la natura liberalizzatrice della Scia possa coesistere con la perdurante esistenza della «importante» fase amministrativa di controllo *ex post* che può sfociare nell'adozione di provvedimenti.

La giurisprudenza amministrativa, viceversa, nell'ultimo decennio si è tendenzialmente consolidata nel definire la Scia come un modello di liberalizzazione temperata o parziale, riproponendo così l'espressione utilizzata per la prima volta dalla plenaria nella sentenza n. 15 del 2011[61]. In questi anni non mancano però sentenze che, in conseguenza della pronuncia della Corte n. 45 del 2019, ascrivono la Scia al più generale modello della liberalizzazione[62].

La registrata difficoltà di ricondurre la Scia a un modello piuttosto che a un altro dipende dalla prossimità dei fini che il legislatore intende perseguire mediante le politiche di semplificazione e liberalizzazione amministrativa[63]. L'estensione dei meccanismi di Scia e silenzio-assenso può, infatti, dirsi preordinata al perseguimento pressoché delle medesime finalità. Ovverosia promuovere l'iniziativa economica privata, allentando i vincoli procedimentali richiesti ai fini dell'avvio delle attività, e sopperire all'incapacità dell'amministrazione di svolgere i propri controlli entro i termini prestabiliti, evitando così che i privati vengano rallentati dall'inerzia amministrativa[64].

In aggiunta, anche qualora si vogliano valorizzare le finalità liberalizzatrici connesse alla Scia resta fermo che tale istituto, per come disciplinato dallo stesso legislatore, ha

---

[61] La Scia è qualificata come un istituto di liberalizzazione temperata da Tar Toscana, Firenze, sez. III, 24 marzo 2020, n. 360; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 8 febbraio 2012, n. 48; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 aprile 2012, n. 1083; Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15. Similmente, di liberalizzazione parziale parlano: Tar Campania, Salerno, sez. II, 26 luglio 2021, n. 1836: Id., Napoli, sez. III, 7 ottobre 2020, n. 4316; Id., 18 settembre 2020, n. 3886; Tar Liguria, Genova, sez. II, 14 maggio 2021, n. 444; Cons. Stato, sez. III, 7 ottobre 2020, n. 5943 che, nello specifico, fa riferimento a una «parziale liberalizzazione permanente». Peraltro, di recente, il Cons. Stato, sez. VII, 4 agosto 2023, n. 7552, ha qualificato la Scia come un istituto di «tendenziale liberalizzazione di talune attività private, ma al ricorrere delle condizioni di legge».

[62] La Scia è, ad esempio, ricondotta a una vera e propria liberalizzazione nelle sentenze del Cons. Stato, sez. IV, 12 settembre 2023, n. 8284; Id., sez. VII, 21 febbraio 2023, n. 1782; Id., sez. VI, 29 ottobre 2021, n. 7286; Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 14 aprile 2023, n. 2285; Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 4 aprile 2023, n. 5712.

[63] L'affinità tra le finalità proprie delle politiche di semplificazione e liberalizzazione è evidenziata da molti, ivi compreso G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni*, *cit.*, p. 110 ss.

[64] Si veda quanto osservava B. G. MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, *cit.*, p. 1328, secondo il quale: «la Scia è una soluzione di ripiego: invece di rendere efficienti le amministrazioni o di dotarle di mezzi adeguati, si introduce un rimedio procedurale per rimediare alla loro inefficienza». In termini analoghi si esprime anche A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in A. RALLO e A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 33, che, soffermandosi sul diverso istituto del silenzio-assenso tra amministrazioni, conclude che le misure di semplificazione «tendono alla eliminazione del problema della inefficienza e del ritardo dell'Amministrazione nell'esercizio del potere, con la sua sostanziale riduzione o meglio "eliminazione"».

ISSN 2036-7821

una chiara natura ibrida e non pare correttamente inquadrabile, quanto meno negli effetti giuridici, al modello della liberalizzazione o della semplificazione.
Da un lato, non si può parlare propriamente di liberalizzazione se l'attività privata resta soggetta a un controllo doveroso e puntuale, sebbene posteriore, dell'amministrazione, la quale conserva la facoltà, o meglio l'obbligo, di esercitare i poteri inibitori, repressivi e conformativi riconosciutegli dall'art. 19, l. n. 241/1990. Dall'altro, neppure si può parlare propriamente di semplificazione procedimentale se nel modello della Scia può anche mancare il provvedimento e, quindi, il momento conclusivo del procedimento amministrativo che Benvenuti definiva come «la serie degli atti necessari per il risolversi del potere in un atto»[65].
La Scia è, difatti, una dichiarazione privata che, in quanto tale, non presuppone lo svolgimento di alcun precedente procedimento amministrativo a monte. Per di più, a seguito della sua presentazione, nell'ipotesi ordinaria contemplata dal legislatore, e cioè nel caso in cui la Scia sia conforme alla disciplina di riferimento, il controllo *ex post* con esito positivo non sfocia neppure nell'adozione di un provvedimento espresso[66].
In ragione di quanto esposto, la Scia, a giudizio di chi scrive, va intesa come un istituto ibrido ed equidistante tanto dalla liberalizzazione che dalla semplificazione. Invero, se si prende a riferimento la disciplina degli interventi edilizi contenuta nel d.P.R. n. 380/2001, è possibile vedere che la Scia si colloca esattamente al centro dei cinque possibili stadi del rapporto tra autorità-libertà così come declinato dalle

[65] F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss., poi ripubblicato in *Bilancio Comunità Persona*, 2021, 1, p. 249. In senso contrario si veda però W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 164 ss., e *Ibidem*, *Segnalazione certificata di inizio attività – Scia,* in F. G. SCOCA, P. STELLA RICHTER e P. URBANI (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, *cit.*, p. 937-938, per il quale la presentazione della Scia determina l'avvio di un procedimento d'ufficio che, a seconda dei casi, si conclude con un provvedimento – anche tacito – di archiviazione ovvero con un provvedimento conformativo o inibitorio. L'obbligo per l'amministrazione di formalizzare la positiva conclusione del controllo sulla Scia è stato inoltre sostenuto anche in E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge n. 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione,* Padova, Cedam, p. 141 ss. Ad ogni modo, la giurisprudenza amministrativa sembra escludere l'esistenza stessa di un procedimento. Invero, da una parte, vi è un filone giurisprudenziale per il quale la presentazione della Scia «non dà luogo ad alcun procedimento amministrativo, per cui il decorso del termine […] per l'adozione di provvedimenti inibitori o repressivi […] non configura alcuna conclusione di procedimento amministrativo» (così Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 8 luglio 2015, n. 390 Tar Campania, Napoli, sez. VI, 15 aprile 2015, n. 2104; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 12 aprile 2012, n. 1075). Dall'altra parte, secondo un recente orientamento del Consiglio di Stato la tardiva adozione di provvedimenti inibitori e repressivi secondo il peculiare modello di autotutela *ex* art. 19, l. n. 241, 1990, si differenzia dall'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, in quanto «non incide su un precedente provvedimento amministrativo, connotandosi pertanto per conseguire ad un procedimento di primo e non di secondo grado» (così Cons. Stato, sez. II, 11 ottobre 2023, n. 8861; Id., 7 marzo 2023, n. 2371).

[66] Anzi si potrebbe dire che il procedimento neppure si conclude con un provvedimento tacito atteso che il legislatore ha respinto la ricostruzione della plenaria che qualificava il mancato intervento dell'amministrazione come una fattispecie di silenzio-diniego rispetto al mancato esercizio dei poteri inibitori.

ISSN 2036-7821

politiche di semplificazione e liberalizzazione[67].
Al primo stadio, vi è la piena liberalizzazione per la c.d. attività edilizia libera, la quale ricomprende gli interventi edilizi di cui all'art. 6, d.P.R. n. 380/2001, si pensi a quelli di manutenzione ordinaria, che possono essere liberamente e direttamente realizzati senza l'obbligo di alcuna comunicazione all'amministrazione[68].
Al secondo stadio, sempre nell'ambito delle politiche di piena liberalizzazione, vi sono gli interventi di cui all'art. 6-*bis*, d.P.R. n. 380/2001, che sono realizzabili previa presentazione della Cila. Tale comunicazione, a differenza della Scia, non è però soggetta a un controllo puntuale. Più precisamente, come chiarito dal Consiglio di Stato nel parere sul secondo decreto Scia e poi ripetuto da una giurisprudenza consolidata, l'attività oggetto di Cila, diversamente da quanto avviene nel caso di Scia, «non è sottoposta a un controllo sistematico, da espletare sulla base di procedimenti formali e di tempistiche perentorie, ma deve essere "soltanto" conosciuta dall'amministrazione». Inoltre, l'attività è esposta soltanto a un potere sanzionatorio dell'amministrazione, mentre quella realizzabile con la presentazione di una Scia resta soggetta al suo «potere repressivo, inibitorio e conformativo, nonché di autotutela»[69].
Al terzo stadio, come si è detto al centro, si inseriscono invece gli interventi edilizi, *ex* art. 22, comma 1, d.P.R. n. 380/2001, da realizzare mediante la presentazione della Scia e quindi, come in seguito meglio si approfondirà, soggetti al controllo puntuale e doveroso *ex post* dell'amministrazione.
Al quarto stadio, vi sono quegli interventi che l'art. 10, d.P.R. n. 380/2001, sottopone al controllo *ex ante* dell'amministrazione comunale mediante il rilascio del permesso di costruire[70] che, tuttavia, è soggetto al più incisivo dei meccanismi di semplificazione procedimentale. Trattasi ovviamente del silenzio-assenso che,

[67] Una ricostruzione analoga a quella di seguito proposta si rinviene anche in F. FRACCHIA, *Autorizzazioni e concessioni*, in L. GIANI, M. IMMORDINO e F. MANGANARO (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli Editoriale scientifica, 2019, p. 208-209, il quale distingue sempre cinque diverse modalità di avvio delle attività private, le quali consistono nei casi in cui: i) è necessario l'assenso dell'amministrazione; ii) l'assenso può essere sostituito dal suo silenzio sulla domanda; iii) l'attività privata è soggetta a Scia; iv) l'attività è soggetta a Cila; v) l'attività può essere liberamente avviata.

[68] Trattasi, difatti, di quegli interventi che, come precisa l'art. 6, comma 1, d.P.R. n. 380/2001, sono «eseguiti senza alcun titolo abilitativo». Conformemente, E. BOSCOLO, *DIA, doverosità del controllo e reintegrazione in forma specifica*, in *Urb. app.*, 2004, 12, p. 1458, parla al riguardo di una «fattispecie caratterizzata da una totale "assenza dell'amministrazione"».

[69] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, comm. spec., parere, 4 agosto 2016, n. 1784, ossia il parere sul decreto Scia; Id., sez. VII, 25 luglio 2023, n. 7294; Id., sez. II, 24 aprile 2023, n. 4110; Tar Campania, Salerno, sez. II, 5 ottobre 2023, n. 2200; Id., 27 dicembre 2022, n. 3673; Id., sez. II, 18 novembre 2022, n. 3101; Id., 10 ottobre 2022, n. 2627; Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 16 dicembre 2022, n. 16980; Tar Piemonte, Torino, sez. II, 2 novembre 2021, n. 983.

[70] In forza dell'art. 10, comma 1, d.P.R. n. 380/2001, sono soggetti al rilascio del permesso di costruire gli interventi gli interventi trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, ovverosia gli interventi di nuova costruzione, di ristrutturazione urbanistica e gli interventi di ristrutturazione edilizia che presentino determinate caratteristiche come già accennato in precedenza.

ISSN 2036-7821

incidendo sulla fase conclusiva del procedimento, consente ai privati di superare l'eventuale inerzia dell'amministrazione che ha lasciato inutilmente decorrere il termine per l'adozione del provvedimento.
Al quinto e ultimo stadio si inseriscono quegli interventi edilizi sempre soggetti al rilascio del permesso di costruire ma che, in forza dell'art. 20, comma 8, d.P.R. n. 380/2001, non è sottoposto a silenzio-assenso in quanto detti interventi incidono su interessi sensibili, quali quelli paesaggistici, culturali e ambientali[71]. In tale ipotesi, quindi, il rapporto autorità-libertà resta declinato nel tradizionale modello dell'attività subordinata a un provvedimento autorizzatorio espresso. Al più, la maggiore efficienza dell'azione amministrativa viene promossa da quelle misure di semplificazione che si potrebbero definire di contorno. Invero, i privati possono comunque beneficiare della semplificazione normativa a monte, che assicura una maggiore comprensibilità dell'assetto regolatorio di riferimento[72], della predisposizione dello sportello unico per l'edilizia come forma di semplificazione organizzativo-procedimentale[73] e della conferenza di servizi quale meccanismo di semplificazione amministrativa/procedimentale[74].

5. La (in)compatibilità del controllo a campione con il regime della Scia edilizia.

Una volta richiamate le ragioni dietro l'introduzione del controllo a campione ed esaminata la natura della Scia, è possibile verificare se il primo sia compatibile con la seconda.
Ad avviso di chi scrive, pur comprendendosi i motivi che hanno indotto alcune Regioni e amministrazioni a porre rimedio alla propria strutturale carenza di organico, la Scia non può essere sottoposta a un controllo a campione per le tre

[71] Ai sensi dell'art. 20, comma 8, d.P.R. n. 380/2001: «sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui agli articoli da 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241», ossia quelle sulla conferenza di servizi.

[72] La stessa adozione del d.P.R. n. 380/2001 ha rappresentato un'importante operazione di semplificazione normativa. Il d.P.R. n. 380/2001 costituisce, difatti, uno dei testi unici "misti" adottati sul finire del secolo scorso e così definiti in quanto volti contemporaneamente a promuovere il riordino e la delegificazione della normativa. Al riguardo, si ricorda che per riordino si intende la razionalizzazione all'interno di un unico corpo normativo delle regole disseminate in più atti aventi forza di legge, mentre la delegificazione risiede nella dequotazione della disciplina di una determinata materia dalla fonte legislativa a quella regolamentare. Sul punto si rinvia, *ex multis*, a B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, il Mulino, 2011, p. 89 ss., e *Ibidem*, *Il Consiglio di Stato e la codificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1, p. 81.

[73] In tal senso il Tar Lazio, Roma, sez. II, 25 maggio 2017, n. 8934, ha precisato che lo sportello unico è «uno strumento di semplificazione amministrativa che mira a coordinare tutti gli adempimenti richiesti per la creazione di imprese, l'esercizio di attività produttive e di prestazione di servizi al fine di snellire e semplificare i rapporti tra la P.A. e i cittadini».

[74] Tali conclusioni presuppongono una tripartizione delle politiche di semplificazione in semplificazione normativa, amministrativa o procedimentale e organizzativa, la quale è condivisa anche da parte della dottrina; ivi compresi F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione*, *cit.*, p. 1224, e P. M. VIPIANA e M. TIMO, *Semplificazioni e liberalizzazioni amministrative da prendere sul serio*, *cit.*, p. 183.

ISSN 2036-7821

diverse ragioni di seguito esposte.

5.1. L'incompatibilità con la natura obbligatoria del controllo

Innanzitutto, come hanno già osservato quei pochi autori interessatisi al controllo a campione sulla Scia, questo non pare ammissibile poiché metterebbe in discussione il carattere doveroso e sistematico del controllo sulla segnalazione privata[75]. È, difatti, pacifico tanto in dottrina[76] quanto in giurisprudenza[77] che la Scia è oggetto di un controllo doveroso quantomeno nella prima fase ordinaria di trenta/sessanta giorni e, se sollecitato da terzi, anche nella successiva fase soggetta al rispetto delle condizioni per l'annullamento d'ufficio, *ex* art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990[78].

---

[75] In particolare, la possibilità di sottoporre la Scia a un controllo a campione è esclusa da E. AMANTE, *Le categorie di intervento, titoli abilitativi e procedimenti edilizi dopo la riforma Madia*, in *Urb. app.*, 2017, 6, p. 800, e F. SAVO AMODIO, *S.c.i.a. e tutela del terzo*, *cit.*, p. 36. Sul punto, si rinvia altresì a S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio*, *cit.*, p. 149, e A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 2008, p. 353-354. La prima sottolinea che la sottoposizione della Scia al controllo a campione pregiudica il carattere doveroso del controllo sulla medesima, la quale finirebbe per sovrapporsi con il diverso regime della Cila. Il secondo nega la legittimità del controllo a campione sulla Scia, escludendo la possibilità di un'analogia tra questa e la dichiarazione sostitutiva che, invece, può essere sottoposta a un controllo a campione in forza dell'art. 71, comma 1, del Testo unico in materia di documentazione amministrativa, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. In particolare, secondo Travi, tale analogia non è ammissibile poiché le dichiarazioni sostitutive sono soggette soltanto «a verifiche "di secondo livello", fisiologicamente non sistematiche», mentre la Scia è oggetto di un incondizionato controllo doveroso. In aggiunta, si segnala che A. DI MARTINO, *Liberalizzazioni edilizie e potere pubblico*, *cit.*, p. 275 ss., sottolinea il carattere non doveroso del controllo sulla Cila anche in ragione della facoltà riconosciuta alle Regioni di sottoporre quest'ultime a un controllo soltanto a campione. Di conseguenza, il fatto che il legislatore statale non estende tale facoltà anche per le Scia dovrebbe confermare la natura doverosa del controllo da esercitare sulle medesime.

[76] In dottrina, rispetto alla doverosità del controllo sulla Scia nella prima fase di cui all'art. 19, comma 3, l. n. 241/1990, si veda, *ex multis*, L. FOGLI, *La SCIA tra il processo di semplificazione e l'obbligo di provvedere della Pubblica Amministrazione*, in *Azienditalia*, 2022, 3, p. 515; C. LAMBERTI, *La SCIA tutela le attivita` economiche non il terzo*, in *Giur. it.*, 2019, 4, p. 925; D. VESE, *La segnalazione certificata d'inizio attività*, *cit.*, p. 44; A. DI MARTINO, *Liberalizzazioni edilizie e potere pubblico*, *cit.*, p. 279; M. A SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (S.c.i.a.) (artt. 19 e 21 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)* in *Id.*(a cura di), *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, *cit.*, p. 279 che fa riferimento a «un potere-dovere di "prima" reazione all'illegittimo utilizzo della d.i.a./s.c.i.a.». Una efficace sintesi della natura del controllo sulla Scia si rinviene in L. GIZZI, *Scia e tutela del terzo*, *cit.*, p. 77, per la quale nella prima fase "ordinaria" il controllo «ha carattere necessario, doveroso e rigorosamente vincolato».

[77] A titolo esemplificativo, la giurisprudenza più recente parla dell'esercizio dei poteri inibitori al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, come di un residuale potere di autotutela per «porre rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio» nel perentorio termine di trenta o sessanta giorni (così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2023, n. 8521; Id., sez. II, 29 marzo 2023, n. 3224; Id., sez. III, 4 febbraio 2022, n. 782; Tar Campania, Napoli, sez. III, 28 agosto 2023, n. 4903; Id., sez. II, 23 novembre 2022, n. 7228; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 5 giugno 2023, n. 1387; Tar Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 3 febbraio 2023, n. 4; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 29 novembre 2022, n. 1828). In termini analoghi si vedano, in letteratura, anche F. DINELLI, *Riflessioni sulla segnalazione certificata di inizio attività*, *cit.*, p. 7, e G. GRECO, *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l- 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, p. 647, che, parimenti, parlano del doveroso esercizio dei poteri inibitori e ripristinatori.

[78] Sul punto si veda, *ex multis*, Cons. Stato, sez. II , 7 marzo 2023, n. 2371; Id., sez. VI , 8 luglio 2021, n. 5208; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 17 marzo 2023, n. 356. Per un'analisi della giurisprudenza più recente rispetto alla doverosità del controllo tardivo sulla Scia, ovverosia una volta decorso il primo termine perentorio, si rinvia a R.

ISSN 2036-7821

Per di più, l'obbligatorietà del controllo è chiaramente riconosciuta dallo stesso legislatore che individua nell'azione avverso il silenzio lo strumento di tutela per i terzi controinteressati rispetto alla Scia altrui. Si ricorda che tale azione, *ex* art. 31, comma 1, del codice del processo amministrativo (c.p.a.), d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ha ad oggetto «l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere». Pertanto, premesso che l'amministrazione non deve provvedere sulla Scia, ma soltanto controllare la regolarità della medesima e, se del caso, esercitare poteri inibitori e ripristinatori, è evidente che il riconoscimento della esperibilità dell'azione avverso il silenzio in caso di inerzia presuppone l'obbligatorietà dell'azione amministrativa[79].

Da ultimo, la doverosità del controllo discende anche dalla natura ibrida della Scia precedentemente esposta rispetto ai cinque possibili stadi del rapporto autorità-libertà nell'edilizia. Come già visto, tale istituto si differenzia dagli ultimi due stadi di semplificazione in quanto il controllo è svolto *ex post* rispetto all'avvio dell'attività e non conduce all'adozione di provvedimenti autorizzatori, mentre si differenzia dai primi due stadi di liberalizzazione in ragione proprio della necessità del controllo amministrativo.

Di conseguenza, per tutte le segnalazioni non estratte con il sorteggio l'introduzione del controllo a campione si traduce nella violazione dell'obbligo di provvedere sancito dall'art. 2, l. n. 241/1990, e che da un punto di vista logico, prima ancora che giuridico, presuppone anche il previo obbligo di procedere, ossia di istruire la pratica[80].

MUSONE, *La doverosità nell'*an *dei poteri di intervento tardivo sulla s.c.i.a.: conferme (e auspici?) da Palazzo Spada*, in *Urb. app.*, 2022, 3, p. 408 ss.

[79] In termini analoghi, già F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione, cit.*, p. 1239, aveva sottolineato l'obbligatorietà del controllo richiesto all'amministrazione in ragione proprio della possibilità di promuovere l'azione avverso il silenzio nel caso di una sua inerzia. Similmente, anche M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, p. 336, ha avuto occasione di osservare che «il silenzio contro cui il terzo dovrebbe agire non può che essere un'inerzia dell'amministrazione rispetto all'esercizio di poteri doverosi».

[80] In termini analoghi già si è espressa si veda S. VERNILE, *Il provvedimento in forma semplificata*, in A. RALLO e A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 319, che sul punto richiama F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 108. Peraltro, già in precedenza, N. POSTERARO , *Brevi note sull'obbligo di provvedere della p.a. alla luce del «nuovo» art. 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Foro amm.*¸ 2014, 4, p. 1344, ha ricordato che «La p.a. ha l'obbligo di provvedere, qualora previamente ne abbia avuto uno d'attivarsi». Inoltre, si rinvia sempre a *Ibidem*, p. 1344 ss., e a S. VERNILE, *Il provvedimento in forma semplificata, cit.*, p. 314 ss., nonché a N. PAOLANTONIO, *Provvedimento in forma semplificata, doverosità della funzione ed esigenza di motivazione*, in *giustamm.it*, 2016, 12; *Ibidem*, *Il provvedimento in forma semplificata*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 301 ss., sulla correlazione tra obbligo di procedere e provvedere, specie con riferimento alla sussistenza o meno di un obbligo di provvedere, formalmente riconosciuto in forma semplificata dall'art. 2, comma 1, l. n. 241/1990, così come riformulato dalla legge Severino del 2012, sulle domande manifestamente inammissibili, infondate, irricevibili o improcedibili.

ISSN 2036-7821

Tali obblighi non sussistono nel caso di attività edilizia libera o soggette a Cila[81], mentre a fronte di una Scia conducono alla necessità di verificare la conformità di ogni segnalazione alla disciplina urbanistica ed edilizia e di adottare gli eventuali provvedimenti inibitori, ripristinatori o conformativi. Detto in altri termini, l'amministrazione non può e non deve autorizzare l'attività oggetto della Scia che sia conforme alla normativa urbanistica-edilizia, ma ha l'obbligo di conformare, ove possibile, le attività illegittime ovvero altrimenti di vietarle[82].

Tanto chiarito, va però evidenziato che nelle ultime pronunce della Corte costituzionale non viene valorizzata tale contraddittorietà tra l'introduzione del controllo a campione e la natura doverosa del controllo sulla Scia.

Il riferimento è qui a due distinte pronunce del Giudice delle leggi, ovverosia le sentenze nn. 272 del 16 dicembre 2016 e 2 del 13 gennaio 2021, le quali sono intervenute per dichiarare il contrasto di normative regionali con gli artt. 94 e 94-*bis*, comma 5, d.P.R. n. 380/2001. L'art. 94 del Testo unico subordina la realizzazione degli interventi su zone sismiche al rilascio di un'autorizzazione preventiva per l'inizio dei lavori che resta distinta e, quindi, si somma all'ordinario titolo abilitativo richiesto per i singoli interventi edilizi.

L'art. 94-*bis*, comma 5, d.P.R. n. 380/2001, invece, consente alle Regioni di introdurre dei controlli a campione nel caso di interventi strutturali su zone sismiche che, in quanto di minore rilevanza o privi di rilevanza per la pubblica incolumità[83], non sono soggetti alla preventiva autorizzazione all'inizio dei lavori, *ex* art. 94, d.P.R. n. 380/2001.

La prima sentenza citata della Corte, la n. 272 del 2016, ha dichiarato l'illegittimità della normativa ligure che ha escluso la necessità nelle zone sismiche dell'autorizzazione preventiva per gli interventi sul patrimonio edilizio esistente soggetti a Scia e sui quali si eseguono controlli soltanto a campione.[84] L'illegittimità della disposizione discende dall'aver escluso, in aperto contrasto con la normativa statale, la necessità dell'autorizzazione preventiva in zone sismiche. Inoltre, ai fini che qui interessano, il Giudice delle leggi osserva in via incidentale che l'autorizzazione preventiva è «uno strumento tecnico idoneo ad assicurare un livello di protezione dell'incolumità pubblica indubbiamente più forte e capillare rispetto al

[81] Non a caso, E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge Madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, in *Riv. giur. edil.*, p. 618, si preoccupa di precisare che la presentazione di una Cila comporta per l'amministrazione soltanto un'attività di verifica, mentre solo rispetto alla Scia si può parlare di «controllo in senso tecnico».

[82] Su «l'alterità tra potere di consentire e poteri di vietate» le attività realizzabili con la presenta della Scia si veda W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo*, *cit.*, p. 107-108.

[83] Gli interventi di "minore rilevanza" e "privi di rilevanza" per la pubblica incolumità sono descritti rispettivamente all'art. 94-*bis*, comma 1, lett. b) e c), d.P.R. n. 380/2001.

[84] In particolare, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 22, l. reg. Liguria, 7 aprile 2015, n. 12, che ha sostituito l'art. 6-*bis*, comma 1, l. reg. Liguria, 21 luglio 1983, n. 29.

ISSN 2036-7821

meccanismo del controllo ex post ed eventuale, proprio della SCIA». Dunque, la Corte ammette che la Scia possa assumere – presumibilmente in ragione dell'introduzione del controllo a campione[85] – anche una natura eventuale, anziché doverosa.

La seconda sentenza della Corte, la. n. 2/2021, non prende in considerazione la Scia, ma si pronuncia incidentalmente sul rapporto tra controllo a campione e doverosità del controllo amministrativo[86].

Nel dettaglio, la Corte ha dichiarato l'illegittimità della normativa toscana che ha escluso del tutto l'esistenza di controlli, anziché mantenerli soltanto a campione, per gli interventi strutturali su zone sismiche privi di rilevanza per la pubblica incolumità.

La Corte, difatti, ha evidenziato che l'esclusione di qualsiasi «possibilità di verifica da parte dell'amministrazione della conformità degli interventi» si pone in contrasto con «la disposizione statale […] da intendersi come autorizzativa di forme di controllo regionale semplicemente a campione, ferma restando la doverosità – in linea di principio – dei controlli medesimi». La Corte, dunque, non riscontra un'incompatibilità tra il controllo a campione e la doverosità del controllo; tuttavia, non esplicita come possa ammettersi tale coesistenza. Invero, è evidente che l'introduzione di un sistema a campione trasforma il controllo da "doveroso" a "lecito" ovvero "possibile"; tant'è che la Corte riscontra l'illegittimità della normativa regionale non perché ha messo in discussione la doverosità del controllo, ma nella misura in cui ha escluso «a priori qualsiasi possibilità di verifica».

5.2. L'incompatibilità con la natura vincolata del controllo e del suo esito.

Si è sin qui sostenuto che il controllo a campione è incompatibile con la natura doverosa del controllo sulla Scia. Cionondimeno, si è registrata una minore chiusura della Corte costituzionale rispetto all'evoluzione della doverosità di tale controllo nel senso di una mera "eventualità", per citare la sentenza del 2016, ovvero "possibilità",

[85] La Corte non precisa se la natura eventuale del controllo dipende dalla natura in sé della Scia o dal fatto che la stessa è soggetta dalla normativa regionale a un controllo a campione. Questa seconda lettura pare preferibile tenuto conto che negli anni precedenti sempre la Corte – come già ricordato *supra* – aveva ricondotto la Scia alla semplificazione dei procedimenti di abilitazione delle attività «per le quali sia necessario un controllo» dell'amministrazione.

[86] Più precisamente, la Corte non prende in considerazione il regime della Scia soltanto ai fini della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 40, comma 1, l. reg. Toscana, 22 novembre 2019, n. 69, nella parte in cui ha introdotto il comma 5 nell'art. 170-*bis*, l. reg. Toscana n. 65/2014. Va però precisato che la sentenza si pronuncia anche su altre disposizioni della normativa toscana che invece investono proprio il regime della Scia. Trattasi, nel dettaglio, di: i) l'art. 30, l. reg. n. 69/2019, di modifica dell'art. 134, l. reg. n. 65/2014, sulla Scia alternativa al permesso di costruire per i mutamenti urbanisticamente rilevanti delle destinazioni d'uso di immobili presenti nelle zone A dei territori comunali, ossia nei centri storici; ii) l'art. 46, comma 1, reg. l. n. 69/2019, di modifica dell'art. 182, comma 2, l. reg. n. 65/2014, sulla Scia in sanatoria; iii) l'art. 53, comma 3, l. reg. n. 69/2019, di modifica dell'art. 200, l. reg. n. 65/2014, sulla disciplina dell'attività edilizia realizzata in assenza o in contrasto con la Scia presentata.

ISSN 2036-7821

come invece affermato nel 2021. L'analisi del tema va, quindi, proseguita guardando anche al profilo della natura delle valutazioni rimesse all'amministrazione, il quale è comunque strettamente correlato alla doverosità del controllo amministrativo.
Come pacifico, sin dall'entrata in vigore della l. n. 241/1990 la Dia prima e la Scia oggi possono sostituire soltanto atti di assenso che siano meramente vincolati. Non a caso, da più di trent'anni, la dottrina pone l'accento proprio sulla natura delle valutazioni rimesse all'amministrazione per distinguere l'ambito di applicazione della Scia, *ex* art. 19, l. n. 241/1990, e del silenzio-assenso, *ex* art. 20, l. n. 241/1990. Nel dettaglio, le attività soggette ad una valutazione meramente vincolata possono ricondursi all'ambito di applicazione della Scia, mentre quelle soggette ad un apprezzamento discrezionale restano subordinate al rilascio di un'autorizzazione *ex ante* che, però, può essere soggetta alla regola del silenzio-assenso[87].
La natura vincolata del controllo rimesso all'amministrazione costituisce così il presupposto stesso per l'applicazione del regime della Scia e, al riguardo, è pacifica la natura vincolata delle valutazioni richieste al Comune a fronte della presentazione di una Scia edilizia. Il carattere vincolato delle valutazioni dipende, in particolare, dalla già richiamata obbligatorietà del controllo e dall'assenza di apprezzamenti discrezionali da parte dell'amministrazione che è chiamata soltanto ad accertare la conformità urbanistico-edilizia dell'intervento[88]. La vincolatività del controllo, dunque, discende dall'attribuzione all'amministrazione di «un potere

[87] Va precisato che, come già osservava W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo*, *cit.*, p. 58, la *ratio* dell'esclusione delle attività discrezionali dall'ambito di applicazione della Scia risiede nell'impossibilità di rimettere ai privati «l'apprezzamento e la comparazione tra gli interessi pubblici e privati». Ciò detto, la natura vincolata o discrezionale delle valutazioni richieste all'amministrazione ai fini della riconduzione delle attività private al regime della Scia ovvero del silenzio-assenso è valorizzata, *ex multis*, da A. TRAVI, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, 2-3, p. 608-609; G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 1, p. 84.; G. FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. ed il silenzio assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 10, p. 1018; A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: Divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, *Dir. amm.*, 2006, 2, p. 512: C. LAMBERTI, *DIA e silenzio assenso dopo la legge 69/2009*, in *Urb. app.*, 2010, 1, p. 7; G. NAPOLITANO, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 261.

[88] Sulla natura vincolata delle valutazioni rimesse all'amministrazione si veda, con riferimento però al permesso di costruire, Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2022, n. 1759; Id., 19 ottobre 2021, n. 7012; Id., sez. II, 18 agosto 2020, n. 5073; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 12 novembre 2020, n. 785. Parimenti, la natura vincolata del permesso di costruire e, dunque, dei controlli in materia edilizia, è riconosciuta anche dalla dottrina prevalente; in particolare da S. CIVITARESE MATTEUCCI e P. URBANI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, VII ed., Torino, Giappichelli, 2020, p. 340; A. LICCI MARINI, *Silenzio assenso in materia edilizia*, in *Urb. app.*, 2018, 6, p. 852; F. GAFFURI, *Il permesso di costruire e i diritti dei terzi*, in *Urb. app.*, 2012, 2, p. 151. Non mancano, tuttavia, autori che evidenziano l'esistenza anche di profili di discrezionalità, in particolare tecnica, dietro il rilascio dell'autorizzazione edilizia; al riguardo, si veda F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, II ed., Padova, Cedam, 2012, p. 186; P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, III ed., Milano Giuffrè, 2014, p. 127 ss.; G. PAGLIARI, *Il permesso di costruire*, in F. G. SCOCA, P. STELLA RICHTER e P. URBANI (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2018, p. 914-915.

ISSN 2036-7821

inibitorio/repressivo dovuto nell'*an* [e] vincolato negli esiti»[89].

Come si è qui già osservato, a fronte di una Scia edilizia non sono rimessi dei margini di scelta in capo al Comune. Esso è tenuto a verificare la conformità del progetto edilizio e – nella prima fase di controllo soggetta al termine di trenta giorni – a conformare o vietare le attività in caso di accertata difformità del progetto medesimo[90]. In tal senso, l'asserita liberalizzazione garantita dal regime della Scia si limita ad ammettere la realizzazione dell'attività sin dal giorno della presentazione della relativa segnalazione, affrancando così i privati dai ritardi dell'amministrazione, ma in alcun modo esonera quest'ultima dall'onere di controllare ogni segnalazione e di intervenire su tutte quelle illegittime. Del resto, l'art. 21, comma 3, l. n. 241/1990, chiarisce che il decorso del termine per il controllo sulla Scia non esclude «la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente nel caso in cui la segnalazione certificata […] non fosse conforme alle norme vigenti»[91].

Di qui, l'impossibilità di introdurre controlli soltanto a campione poiché questi finiscono per trasformare il potere amministrativo da vincolato, nell'*an* e nell'esito, a discrezionale già nel primo termine di trenta giorni per l'ordinario controllo sulle segnalazioni presentate[92]. Con l'introduzione del controllo a campione i Comuni si riservano, difatti, la facoltà di non controllare tutte le segnalazioni presentate e, per l'effetto, di consentire la realizzazione anche di quelle attività oggetto di Scia illegittime che, per legge, andrebbero invece vietate una volta tempestivamente accertate come tali. Detto altrimenti, in ragione delle proprie carenze di organico, le

---

[89] Così L. BERTONAZZI, *Scia e tutela del terzo nella sentenza della Corte costituzionale n. 45/2019*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2, p. 717. Similmente, la giurisprudenza parla di un «atto dovuto nell'an e vincolato nel suo contenuto» rispetto alla repressione degli illeciti edilizi (cfr., *ex multis*, Tar Puglia, sez. I, 6 giugno 2019, n. 823; Tar Friuli Venezia Giulia, 17 maggio 2018, n. 162; Tar Campania, Napoli, sez. III, 21 giugno 2010, n. 15385; Id., 6 agosto 2009, n. 4772; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 20 giugno 2008, n. 718).

[90] Al più, dei margini di discrezionalità possono riconoscersi rispetto alla tipologia di reazione da assumere a fronte di difformità, in quanto spetta all'amministrazione valutare se vi sono i presupposti, *ex* art. 19, comma 3, l. n. 241/1990, per «conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, «…» prescrivendo [al privato] le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime».

[91] Delle perplessità sulla formulazione della norma sono comunque espresse da F. G. SCOCA, *Segnalazione certificata di inizio attività e tutela del terzo*, in *Giur. cost.*, 2020, p. 1760, per il quale la disposizione potrebbe al più determinare una responsabilità dell'amministrazione, anziché del dipendente, e di natura eventuale e sussidiaria rispetto a quella del segnalante privato.

[92] Leggermente diversa è la ricostruzione proposta in passato da R. DE NICTOLIS, *Il controllo a campione negli appalti di lavori pubblici*, in *Urb. app.*, 2002, 2, p. 129 ss., rispetto all'allora meccanismo del controllo a campione sui requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa delle imprese partecipanti alla gara che è stato introdotto dall'art. 10, comma 1-*quater*, l. 11 febbraio 1994, n. 109, di modifica della legge Merloni, l. 18 novembre 1998, n. 415. Nel dettaglio, rispetto all'introduzione di tale controllo a campione, è stata riscontrata l'assenza di «discrezionalità della stazione appaltante in ordine all'an dell'attivazione del procedimento di controllo», ma l'esistenza di un «margine di scelta che spetta ai soggetti aggiudicatori attiene al numero delle imprese da controllare».

ISSN 2036-7821

amministrazioni comunali aprono alla potenziale tolleranza di tutte quelle Scia che, seppur presentate in contrasto con i requisiti previsti dalla legge, non sono oggetto di un controllo puntuale[93].

I margini di scelta che le amministrazioni si sono arrogate sulla quantità e sulle tipologie di segnalazioni da sottoporre a un controllo a campione neppure possono poi negarsi per il solo fatto che il campione di Scia da controllare è individuato ricorrendo al sorteggio. Invero, a prescindere dall'estrazione casuale delle Scia, è rimessa comunque alla discrezionalità delle amministrazioni la scelta sia della percentuale di segnalazioni da sottoporre ad un controllo puntuale, sia delle tipologie di Scia che possono eventualmente essere escluse dal sorteggio. Per di più, ad ulteriore conferma dell'esistenza di rilevanti margini di discrezionalità in capo alle amministrazioni, diversi Comuni si riservano comunque la facoltà di svolgere un controllo puntuale anche sulle Scia non estratte con il sorteggio[94].

In conclusione, l'introduzione del controllo a campione, e quindi di margini di discrezionalità rispetto all'*an* e al possibile esito del controllo stesso, rischia di entrare in contraddizione con l'ambito di applicazione della Scia che è notoriamente circoscritto a valutazioni rigidamente vincolate dell'amministrazione.

5.3. L'incompatibilità in ragione del riparto di competenze legislative nel Testo unico.

Da ultimo, è bene evidenziare che l'introduzione del controllo a campione è avvenuta in assenza, se non in contrasto, delle previsioni dettate dal legislatore statale nel Testo unico dell'edilizia. Al riguardo è opportuno richiamare la disciplina dettata dal d.P.R. n. 380/2001 rispetto ai controlli a campione e al riparto di competenze tra il legislatore statale e regionale in materia edilizia.

Quanto al primo punto, il d.P.R. n. 380/2001 ammette espressamente la possibilità di introdurre delle modalità di controllo a campione anche nell'edilizia. Tale facoltà è però consentita soltanto nel caso di Cila, di (Sca)[95] e, come già visto, di interventi

[93] Vero è che resterebbe comunque fermo il dovere in capo all'amministrazione comunale di intervenire sull'eventuale realizzazione di abusi edilizi atteso il generale potere di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia attribuitole dall'art. 27, d.PR. n. 380/2001. Tuttavia, non è possibile approfondire in questa sede anche il rapporto tra il controllo dell'attività edilizia e quello sulla legittimità dei titoli edilizi. D'altronde, come ha recentemente osservato anche il Cons. Stato, sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415, la distinzione tra le due tipologie di controllo non è ancora «chiara a livello teorico [e] finisce per debordare in molteplici ambiti chiaroscurali di non agevole collocazione dogmatica».

[94] Sulla facoltà di controllare anche le Scia non estratte si veda, a titolo esemplificativo, la delibera di Giunta del Comune di Bologna e, in particolare, la determinazione dirigenziale del XV municipio di Roma Capitale, ove si legge che: «il controllo a campione non esclude la possibilità di effettuare controlli discrezionali su pratiche edilizie, ancorchè non soggette a sorteggio, e di estendere il controllo in modo generalizzato a tutte le pratiche presentate in un definito arco temporale».

[95] Occorre precisare che la Sca non va confusa o sovrapposta con la Scia e la sua possibile soggezione al controllo a campione non contraddice quanto in precedenza esposto. Invero, la Sca non ha ad oggetto l'avvio di nuove

ISSN 2036-7821

strutturali nelle zone sismiche non soggetti a preventiva autorizzazione[96], mentre non è espressamente prevista dal Testo unico rispetto alle Scia edilizie.
Per di più, il d.P.R. n. 380/2001 rimette alle Regioni la disciplina delle modalità di controllo delle attività edilizia libere e degli interventi realizzabili mediante Cila[97]. Nulla dice, invece, rispetto ad eventuali margini per una disciplina regionale dei controlli sulla Scia. E l'assenza di una previsione in tal senso è coerente con la riconduzione, *ex* art. 29, comma 2-*ter*, l. n. 241/1990[98], della Scia all'interno dei L.E.P. e, dunque, alla competenza legislativa esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. Invero, come più volte precisato dal Giudice delle leggi, la riconduzione della Scia all'interno dei L.E.P. conduce ad una restrizione dell'autonomia legislativa regionale per garantire l'uniforme applicazione dell'istituto sull'intero territorio nazionale[99].
Rispetto al secondo punto, è pacifico che le Regioni hanno ampi margini di manovra in materia edilizia, essendo questa ricompresa all'interno della materia di competenza legislativa concorrente del governo del territorio, *ex* art. 117, comma 3,

attività e non è, quindi, propriamente riconducibile al modello generale di cui all'art. 19, l. n. 241/1990. Diversamente, la Sca non è altro che l'attestazione dell'agibilità del fabbricato realizzato o ricostruito e della conformità dello stesso al progetto presentato e sul quale l'amministrazione, a rigore, avrebbe già dovuto svolgere il controllo sulla sua compatibilità con la disciplina urbanistica ed edilizia di riferimento. Il modello della Sca è stato introdotto dal secondo decreto Scia, d.lgs. n. 222/2016 che ha modificato l'art. 24 ed ha abrogato l'art. 25, d.P.R. n. 380/2001, i quali disciplinavano il procedimento per il rilascio da parte dell'amministrazione del certificato di agibilità che era soggetto ad un meccanismo di silenzio-assenso seppur in senso atecnico come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. II, 17 maggio 2021, n. 3836; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 3 giugno 2023, n. 399; Tar Campania, Napoli, sez. II, 21 febbraio 2022, n. 1160). Per una puntuale ricostruzione del regime della Sca si suggerisce la lettura di G. V. COLONNA, *Note a margine dell'agibilità e dello stato legittimo degli immobili*, in *Notariato*, 2021, 5, p. 484 ss. Si segnala, ad ogni modo, l'esistenza di una lettura contraria a quella qui esposta, la quale è ad esempio sostenuta da A. LICCI MARINI, *Rapporto fra agibilità e conformità urbanistico-edilizia*, in *Urb. app.*, 2021, 3, p. 350, e che riconduce – senza distinzioni di sorta – la Sca al modello della Scia.

[96] Si veda rispettivamente: i) l'art. 6-*bis*, comma 4, d.P.R. n. 380/2001, che, con riferimento alla CILA, attribuisce la facoltà di prevedere controlli a campione alle Regioni a statuto ordinario; ii) l'art. 24, comma 7, d.P.R. n. 380/2001, che, rispetto alla Sca, estende tale facoltà ai Comuni, alle Città Metropolitane, a tutte le Regioni e alle Province autonome; iii) l'art. 94-*bis*, comma 5, d.P.R. n. 380/2001, che – come già ricordato – riconosce la predetta facoltà alle Regioni nel caso di interventi strutturali su zone sismiche e non soggetti ad autorizzazione preventiva.

[97] Il riferimento è rispettivamente agli artt. 6, comma 6, lett. b), e 6-*bis*, comma 4, lett. b), d.P.R. n. 380/2001.

[98] Sul punto, è indicativa anche l'imposizione seguita dal d.lgs. n. 222/2016. Il decreto, da un lato, all'art. 3, riformula la disciplina dei titoli edilizi – ivi compresa la Scia – contenuta nel d.P.R. n. 380/2001 e, dall'altro, all'art. 5, precisa altresì che: «Le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i regimi amministrativi di loro competenza, fermi restando i livelli di semplificazione e le garanzie assicurate ai privati dal presente decreto, possono prevedere livelli ulteriori di semplificazione».

[99] Si vedano in tal senso le pronunce della Corte costituzionale nn. 203/2012 e 164/2012 valorizzate da W. GIULIETTI, *Segnalazione certificata di inizio attività*, *cit.*, p. 955-956, la sentenza della Corte n. 121/2014 richiamata da S. TUCCILLO, *La Corte costituzionale e i limiti all'autonomia regionale nella disciplina degli istituti del procedimento amministrativo. Livelli essenziali delle prestazioni e strumenti di semplificazione*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Princìpi e regole dell'azione amministrativa, cit.*, p. 173-174, e la sentenza 27 dicembre 2018, n. 246, oggetto di esame in A. SIMONATI, *Semplificazione dell'attività amministrativa e livelli essenziali delle prestazioni: la Consulta e il regionalismo «temperato»*, in *Le Regioni*, 2019, 1, p. 292 ss.

ISSN 2036-7821

Cost. Cionondimeno, nel corso degli anni la Corte costituzionale ha più volte avuto occasione di chiarire quali siano i confini dell'azione regionale all'interno del corretto riparto di competenze legislative tra lo Stato e le stesse Regioni.
Il primo detta, all'art. 3, d.P.R. n. 380/2001, le definizioni degli interventi edilizi che costituiscono principi fondamentali della materia e sono poi realizzati in forza di determinati titoli abilitativi, la cui disciplina è ugualmente da considerarsi come un principio fondamentale[100]. Per di più, alcuni di tali titoli abilitativi o alcuni profili degli stessi rientrano all'interno dei L.E.P.; si pensi alla Scia o al silenzio-assenso che, qualora non siano coinvolti interessi sensibili, si applica alle domande di permesso di costruire. Lo Stato, dunque, mette a disposizione il tabellone e le pedine di gioco che le Regioni possono *cum grano salis* spostare secondo le proprie preferenze, discostandosi anche dall'ordine fissato a monte dal legislatore statale[101]. Più precisamente, pur nel rispetto di determinati limiti, le Regioni possono ampliare il regime dell'attività edilizia libera, della Cila, della Scia[102] e, inoltre, possono liberamente scegliere quali mutamenti delle destinazioni d'uso siano soggetti a Scia o a permesso di costruire.
Dato quanto descritto, la scelta di alcune Regioni di introdurre il meccanismo del controllo a campione pare esorbitare dalle loro competenze legislative. Invero, le Regioni non hanno – come consentito – soltanto modificato il titolo abilitativo per alcuni interventi edilizi, ma hanno riformato il contenuto stesso del regime della Scia edilizia e, dunque, le modalità di svolgimento di controllo su un istituto che costituisce un L.E.P. e che si applica a gran parte degli interventi edilizi. Del resto, già in passato la Corte ha censurato una normativa regionale che, nell'estendere i poteri sanzionatori e inibitori dell'amministrazione una volta scaduto il primo termine di trenta giorni, è stata dichiarata illegittima proprio perché lesiva della disciplina

[100] Cfr., *ex multis*, Corte cost., 31 marzo 2021, n. 54; Id., 21 dicembre 2016, n. 282; Id., 3 novembre 2016, n. 231; Id., 9 marzo 2016, n. 49; Id., 20 novembre 2014, n. 259; Id., n. 309/2011; Id. 1° ottobre 2003, n. 303. In termini analoghi si veda, in letteratura, A DI MARIO, *La definizione degli interventi edilizi spetta soltanto allo Stato*, in *Il corriere del merito*, 2012, 5, p. 526-527, che sottolinea però i notevoli dubbi interpretativi conseguenti alla mancata individuazione all'interno del Testo unico delle disposizioni da considerarsi quali principi fondamentali della materia.

[101] Ad esempio, con riguardo all'estensione del regime dell'attività edilizia libera, la Corte ha più volte sottolineato che: «Lo spazio attribuito alla legge regionale si deve (…) sviluppare secondo scelte coerenti con le ragioni giustificatrici che sorreggono, secondo le previsioni dell'art. 6 del D.P.R. n. 380 del 2001, le specifiche ipotesi di sottrazione al titolo abilitativo» (così, *ex multis*, Corte cost., 9 maggio 2023, n. 90; Id., n. 282/2016; Id., n. 231/2016; Id., 13 giugno 2013, n. 139).

[102] Con specifico riferimento alla Scia, G. PAGLIARI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 650-651, osserva che il Testo unico rimetterebbe alle Regioni il compito di individuare l'ambito di applicazione della Scia soltanto sotto il profilo amministrativo e non anche sotto quello penale che è rimesso alla competenza esclusiva del legislatore statale, *ex* art. 117, comma 2, Cost. In tal senso, il combinato disposto di cui agli artt. 22, comma 4, e 44, comma 2-*bis*, d.P.R. n. 380/2001, specifica che a prescindere dal diverso ambito di applicazione della Scia delineato dalle Regioni restano ferme le sanzioni penali per l'inosservanza della disciplina edilizia e dell'ambito dei titoli edilizi così come tracciati dalla normativa statale.

ISSN 2036-7821

statale sulla Scia[103]. Nello specifico, la normativa regionale è stata riconosciuta come sostitutiva de«i punti nevralgici del sistema elaborato nella legge sul procedimento amministrativo (sede già di per sé significativa) e cioè il potere residuo dell'Amministrazione»[104], la cui disciplina rappresenta un principio fondamentale della materia del governo del territorio.
Pertanto, l'introduzione nella normativa regionale del controllo a campione sulla Scia, modificando la natura del controllo amministrativo da doveroso a eventuale e da vincolato a discrezionale, appare parimenti lesiva della competenze legislative dello Stato in materia di governo del territorio e di L.E.P. Infine, le medesime considerazioni valgono, a maggior ragione, per tutte quelle amministrazioni comunali che hanno introdotto dei controlli a campione pur in assenza di un'espressa previsione in tal senso da parte della normativa regionale.
È, difatti, evidente che la facoltà riconosciuta ai Comuni di disciplinare i titoli edilizi nell'ambito dell'autonomia regolamentare garantitagli dal Testo unico[105] non può estendersi sino all'organizzazione di sistemi di controlli che violino la normativa statale in materia di Scia.

6. I possibili adattamenti.

Nelle pagine precedenti si è sostenuto che i controlli a campione sulla Scia sono stati introdotti in violazione della normativa statale vigente. Tuttavia, tale conclusione non cancella da sola le ragioni dell'introduzione di tali controlli, ovverosia le gravi carenze di organico nelle amministrazioni comunali e la loro incapacità di controllare nei termini tutte le segnalazioni pervenute. Ne consegue la necessità di un intervento del legislatore statale che potrebbe percorrere due distinte direzioni.

---

[103] Si tratta, nel dettaglio, della sentenza della Corte cost., 9 marzo 2016, n. 49, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 84-*bis*, comma 2, lett. b), l. reg. Toscana, 3 gennaio 2005, n. 1, che attribuiva ai Comuni poteri inibitori e ripristinatori anche una volta decorso il termine di cui all'art. 19, comma 3, l. n. 241/1990, qualora l'intervento edilizio oggetto della Scia fosse contrario alla disciplina urbanistica ed edilizia. Per un commento della pronuncia si veda A. SIMONATI, *La disciplina della SCIA edilizia fra principi del governo del territorio e semplificazione amministrativa*, in *Le Regioni*, 2016, 3, p. 590 ss.

[104] Così sempre la Corte cost. n. 49/2016, la quale osserva che «le condizioni e le modalità di esercizio dell'intervento della pubblica amministrazione, una volta che siano decorsi i termini in questione, debbano considerarsi il necessario completamento della disciplina di tali titoli abilitativi» e costituiscono «un tutt'uno inscindibile» con i titoli abilitativi.

[105] Sul punto si ricorda che l'art. 2, comma 4, d.P.R. n. 380/2001, attribuisce ai Comuni la disciplina dei titoli edilizi nell'ambito dell'autonomia statutaria e normativa attribuita loro dall'art. 3, del Testo unico sull'ordinamento degli enti locali, d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267. L'autonomia normativa in materia si traduce essenzialmente nella predisposizione del regolamento edilizio che, per giurisprudenza pacifica, costituisce una fonte normativa secondaria (così, *ex multis*, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 gennaio 2022, n. 170: Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 1° ottobre 2020, n. 590; Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2017, n. 2956). Rispetto poi all'autonomia normativa riconosciuta ai Comuni dal d.P.R. n. 380/2001 si veda più in generale G. PERULLI, *L'umiliato Comune nella vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia*, in *Riv. giur. edil.*, 2006, 5, p. 235 ss., che non risparmia delle perplessità su un certo ridimensionamento del ruolo riconosciuto ai Comuni in materia pur rappresentando questi gli enti esponenziali delle collettività locali.

ISSN 2036-7821

Innanzitutto, si potrebbe recepire nel Testo unico l'iniziativa portata avanti dai Comuni e le Regioni e, quindi, ammettere il controllo a campione sulle Scia. A giudizio di chi scrive, tale soluzione porrebbe però ulteriori e maggiori problematiche che possono qui soltanto brevemente sintetizzarsi. In primo luogo, l'introduzione del controllo a campione darebbe presumibilmente il via a nuovi dibattiti e contenziosi intorno alla disciplina della Scia dato il passaggio già in precedenza descritto da un controllo vincolato e obbligatorio ad uno discrezionale ed eventuale. In secondo luogo, verrebbe ulteriormente pregiudicata la posizione dei terzi controinteressati che già da diversi anni sono, invece, in attesa di maggiori tutele da parte del legislatore.

In terzo e ultimo luogo, verrebbe ancor di più messa in discussione l'effettività del controllo sull'attività edilizia in un paese che in soli vent'anni ha visto presentare oltre quindici milioni di domande di condono[106] ed ha oggi un indice di abusivismo edilizio del 15,1 il quale nel Meridione sale sino al 42,1[107]. È stato inoltre osservato che il successo della Scia dipende dalla sua funzione di «*deterrente generico* costituito dall'[assunzione di] responsabilità di chi non osserva le regole»[108]; con l'ulteriore conseguenza che la sostituzione delle autorizzazioni *ex ante* con la Scia va attentamente valutata anche alla luce della propensione dei cittadini al rispetto delle normative poste a tutela degli interessi pubblici[109].

Pertanto, la scelta di sottoporre interventi edilizi anche di rilievo, come quelli di demo-ricostruzione, non solo alla Scia, ma addirittura a un controllo soltanto a campione appare, purtroppo, un azzardo eccessivo in Italia.

Per tutte le ragioni esposte, sembra preferibile una diversa soluzione che consenta ai Comuni di svolgere quel controllo sistematico sulle Scia oggi richiesto loro dalla legge statale. La decisione più coerente sarebbe quella di investire nuovamente nel personale comunale e nella loro formazione, in modo da porre effettivamente le amministrazioni comunali nelle condizioni di svolgere i doverosi controlli sull'attività edilizia. Tuttavia, a risorse economiche e di personale invariate, tale obiettivo appare comunque raggiungibile combinando due distinte operazioni.

Da un lato, si dovrebbe estendere il regime della Cila, con la conseguente possibilità

---

[106] Trattasi, più precisamente di 15.431.707 domande di condono come risulta dal CENTRO STUDI SOGEEA, *Primo rapporto sul condono edilizio in Italia*, 2016, i cui risultati sono sintetizzati al seguente link: http://www.centrostudisogeea.it/img_ricerche/Rapporto%20Condono%20Edilizio%20-%20Aprile%202016.pdf. Tali domande sono state presentate lungo un lasso temporale intercorrente tra la prima legge di sanatoria degli abusi edilizi, la l. 28 febbraio 1985, n. 47, e i termini di presentazione dell'ultimo condono concesso dall'art. 32, comma 37, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. con mod. dalla l. 24 novembre 2003, n. 326.

[107] I dati, riferiti al 2022, sono attinti da ISTAT, *bes 2022. Il benessere equo e sostenibile in Italia*, 2023, p. 221, consultabile dal sito https://www.istat.it/it/files/2023/04/Bes-2022.pdf. Si ricorda che l'indice di abusivismo edilizio utilizzato dall'istituto statistico si riferisce al numero di costruzioni abusive realizzate ogni cento autorizzate.

[108] F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, *cit.*, p. 22.

[109] *Ibidem*, p. 23.

ISSN 2036-7821

anche di un controllo a campione, a tutti quegli interventi di minore rilievo oggi soggetti al regime della Scia. In altri termini, andrebbe ridotto l'ambito di applicazione della Scia soltanto a un circoscritto numero di interventi, si pensi a quelli di ristrutturazione edilizia, da sottoporre però a un effettivo e sistematico controllo delle amministrazioni.

Dall'altro, per agevolare le amministrazioni comunali, si potrebbe riestendere a sessanta giorni il termine per il controllo ordinario e obbligatorio *ex post* sulle Scia edilizie, eliminando così l'art. 19, comma 6, l. n. 241/1990, introdotto nel 2011 che – come già visto – riduce il termine a trenta giorni nella materia edilizia.

Il proposto raddoppio del termine dovrebbe così rafforzare i margini per un effettivo controllo dei Comuni senza, peraltro, pregiudicare l'iniziativa economica privata dato che, essendo in presenza di un controllo *ex post*, i lavori possono comunque iniziarsi sin dal giorno della presentazione della segnalazione. Per di più, il raddoppio dei termini porterebbe indirettamente anche a rafforzare i risibili margini di tutela oggi riconosciuti ai terzi controinteressati. Invero, come riconosciuto da molti, di frequente il terzo viene a conoscenza della presentazione della Scia altrui soltanto dopo che è già decorso il breve termine di trenta giorni per l'esercizio dei poteri di controllo, *ex* art. 19, comma 4, l. n. 241/1990[110].

[110] Si veda, tra i tanti, N. POSTERARO, *Alcune considerazioni critiche su due questioni inerenti alla tutela del terzo*, *cit.*, p. 973; F. SAVO AMODIO, *S.c.i.a. e tutela del terzo*, *cit.*, p. 33; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1, p. 46 i quali, peraltro, evidenziano anche una certa "furbizia" dei segnalanti privati che, sovente, per ostacolare la conoscenza stessa della presentazione della Scia da parte di eventuali controinteressati, avviano i propri lavori soltanto una volta scaduto il termine di trenta o sessanta giorni per l'esercizio dei poteri inibitori.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le sezioni unite pronunciano l'eccesso di potere giurisdizionale nel caso Bolkestein. Alcuni profili processuali e nomofilattici.

di Francesco Tomasicchio

(Dottorando presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza")

Sommario

1. Premessa. La richiesta della Procura Generale. – 2. Il vizio di eccesso di potere. Brevi cenni dottrinali e giurisprudenziali. – 3. Le obiezioni dei ricorrenti e la configurabilità dell'eccesso di potere giurisdizionale per diniego di giustizia. – 3.1. L'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore. – 3.2. Il problema dell'efficacia diretta 'orizzontale' della direttiva Bolkestein e la dubbia legittimazione dell'AGCM. – 3.3. Segue. L'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di competenza riservata all'Amministrazione. – 4. La decisione "tanto attesa" delle Sezioni Unite n. 32559/2023 – 5. Un quadro che si va definendo? La nuova decisione del TAR per la Puglia di Lecce dopo il responso della Corte di giustizia e la missiva della Commissione UE.

Abstract

In these pages, an attempt is made to summarise the jurisdictional dispute concerning the application of the Bolkestein directive in Italy, examining the recent ruling of the Court of Cassation. The latter ruled on important procedural profiles, deferring the decision of the case to the administrative judge. However, the legal framework is still far from a uniform interpretation and a definitive solution. Finally, the political scenario was complicated by the reasoned opinion, containing the infringement procedure, sent by the European Commission to the Italian Government. This distances the legal and institutional conflict from a shared solution.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa. La richiesta della Procura Generale.

Come noto, di recente, la Procura Generale ha chiesto alla Suprema Corte la cassazione della sentenza n. 18 del 9 novembre 2021 resa dal Consiglio di Stato in sede di Adunanza Plenaria in merito all'illegittimità delle proroghe concernenti le concessioni demaniali marittime[1]. Si tratta di una vicenda giurisprudenziale tra le più complesse e che ha riguardato più ambiti della giurisdizione, sia nazionale che sovranazionale[2]. Infatti, con la pronuncia dello scorso aprile la Corte di giustizia dell'Unione europea si è espressa in seguito al rinvio pregiudiziale formulato dal TAR per la Puglia di Lecce, mediante ordinanza, con la quale il giudice sovranazionale ha statuito, tra le diverse questioni, l'efficacia *self-executing* della direttiva n. 123/2006/CE (c.d. *Bolkestein*), la natura di armonizzazione della stessa (e non di liberalizzazione come, invece, aveva desunto l'Adunanza Plenaria) e la possibilità per il legislatore – e di conseguenza per l'Amministrazione – di valutare le concessioni demaniali marittime sia seguendo un criterio complessivo che un criterio che proceda "caso per caso", il quale ultimo era stato escluso dalle sentenze gemelle dei giudici di Palazzo Spada, poiché essi avevano ritenuto che tutte le concessioni fossero tra loro identiche[3].

La decisione del giudice euro-unitario ha certamente fornito alcuni utili chiarimenti circa l'interpretazione della direttiva anche se non necessariamente condivisibili. Tuttavia, la controversia può dichiararsi tutt'altro che chiusa, poiché nelle more del giudizio dinanzi alla CGUE, i ricorrenti, tra cui compaiono le associazioni e il sindacato di categoria e anche, in via incidentale, la regione Abruzzo, hanno impugnato le pronunce dell'Adunanza Plenaria dinanzi alla Corte di Cassazione per

[1] Come evidenziato da M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, parte III, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 221, dopo la legge del 1865 che assegnava al giudice ordinario la competenza in materia di giurisdizione verso le amministrazioni, il giudice civile si è limitato esclusivamente a sindacare quei «casi veramente marginali dell'attività delle amministrazioni pubbliche-autorità».

[2] Sul punto, M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e Società*, III, 2021, p. 331 ss.; E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo: effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/21 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato*, in giustiziainsieme.it del 30 dicembre 2021; A. POLICE, *Le pronunce in tema di concessioni demaniali marittime: un'occasione per riflettere sul ruolo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in R. URSI, G. ARMAO, C. VENTIMIGLIA (a cura di), *Liber Amicorum per Salvatore Raimondi*, Napoli, 2022, p. 258 ss.; L. VITULLI, *La regolazione delle zone costiere: le concessioni demaniali marittime fra concorrenza e tutela ambientale*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, I, 2022, p. 341 ss.; M. CRISCI, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero nelle concessioni demaniali marittime. Il giudice che si sostituisce all'Amministrazione? Brevi riflessioni a margine delle sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18*, in *Il diritto dell'economia*, III, 2022, p. 241 ss.; G. GRECO, *La Corte di giustizia torna sulle concessioni balneari precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in *federalismi.it*, XIV, 2023, p. 126 ss.; G. ARMAO, *Concessioni demaniali marittime e diritto eurounitario: la fine del "tempo delle more"*, in *Nuove Autonomie*, I, 2023, p. 53 ss.; F. LIGUORI, *Efficacia diretta e primato europeo: condizioni, effetti e limiti di operatività nel settore delle concessioni demaniali marittime*, in *MVNVS – Rivista giuridica dei servizi pubblici*, II, 2023, p. 381 ss.

[3] Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 aprile 2023, III sez., C-348/2022, *Agcm c. Comune di Ginosa Marina*, spec. §69.

ISSN 2036-7821

lamentare, tra le censure mosse, il diniego di giurisdizione a causa della patita estromissione dal giudizio dinanzi all'Adunanza Plenaria e lo sconfinamento all'interno della sfera legislativa e amministrativa in cui sarebbe incorso il Consiglio di Stato. Per ragioni di opportunità, in questa sede, non si ripercorrono tutte le tappe e le questioni inerenti alla lunga vicenda, come già fatto in altra occasione a cui si deve rinviare[4], ma ci si sofferma principalmente sulle doglianze mosse dai ricorrenti alla Corte Suprema per poi osservare i punti ritenuti rilevanti della decisione adottata dal giudice di legittimità e, infine, si passano brevemente in rassegna i punti essenziali dell'ultima pronuncia del TAR per la Puglia di Lecce in seguito al responso pregiudiziale reso dalla Corte di giustizia il 20 aprile del 2023.

2. Il vizio di eccesso di potere giurisdizionale. Brevi cenni dottrinali e giurisprudenziali.

Il riparto (e il rapporto) tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria affonda le proprie radici lontano nel tempo, rappresentando, ancora oggi, una delle tematiche più discusse dalla dottrina e dalla giurisprudenza dei due ordini[5]. Tra le ragioni che contribuiscono a mantenere questo dibattito ancora attuale vi rientra certamente il controllo – attribuito dalla legge alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – del rispetto del perimetro giurisdizionale da parte delle decisioni adottate dal giudice amministrativo. Si tratta di un'attribuzione risalente alla legge n. 3761 del 31 marzo 1877, precedente finanche il celeberrimo «concordato giurisdizionale» del 1929 stipulato dai rispettivi Presidenti del Consiglio di Stato, Santi Romano, e della Corte di Cassazione, Mariano D'Amelio, in quell'occasione, nel tentativo di superare i conflitti legati al riparto di giurisdizione[6]. Un tentativo che

[4] In merito, sia consentito il richiamo a F. TOMASICCHIO, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime. Amministrazione, giudici, mercati e conflitti*, in *Il diritto dell'economia*, II, 2023, pp. 481-526.

[5] A partire dalla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo, 20 marzo 1865, n. 2248, Allegati D ed E, e dalla successiva l. 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, meglio nota come «legge Crispi». Sul punto, F.G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, Milano, 1965, p. 100 ss., afferma che «fin dall'epoca dell'entrata in vigore della legge abolitiva dei tribunali del contenzioso amministrativo, dottrina e giurisprudenza non hanno trovato un metro univoco di interpretazione delle disposizioni regolative dell'ambito della giurisdizione da un lato e dall'ambito dei poteri dall'altro, per definire i limiti dell'intervento del giudice ordinario nelle controversie in cui sia parte l'Amministrazione». Nella medesima direzione G. AZZARITI, *Percorsi e tendenze della giustizia amministrativa. Indagine su origini formazione e caratteri del sistema della giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1994, p. 177, il quale evidenzia che nel periodo in cui «in Italia operò il giudice unico, non venne a soluzione alcuno dei problemi collegabili all'ambiguità del sistema di giustizia amministrativa. Neppure allora si riuscì ad affermare un controllo da parte del giudice ordinario sulla pubblica amministrazione, attento esclusivamente alla tutela delle garanzie e delle libertà dei cittadini, anzi proprio allora il sistema di tutela denunciò evidenti insufficienze, così come è espresso dall'atteggiamento timido della giurisprudenza di quel periodo che si è sempre ritirata di fronte alle prerogative del potere amministrativo».

[6] Si veda S. ROMANO, M. D'AMELIO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, I, 1929, p. 181 ss. Critico verso l'impiego di questa formula è stato A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e*

ISSN 2036-7821

trova la sua concreta realizzazione in due successive pronunce degli organi supremi di entrambe le giurisdizioni[7], le quali affermavano il superamento della contrapposizione tra i due criteri del *petitum* e della *causa petendi*, che, da quel momento in poi, si «integrano a vicenda»[8].

La controversa figura dell'eccesso di potere giurisdizionale sembra aver mostrato la propria malleabilità nella recente decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in merito all'annosa vicenda concernente le concessioni demaniali marittime e l'attuazione della direttiva europea n. 2006/123/CE c.d. *Bolkestein*.

Orbene, il vizio lamentato dai ricorrenti – costituente unico e contemplato motivo d'impugnazione di una sentenza del Consiglio di Stato dinanzi al giudice ordinario di legittimità – risiederebbe nel più volte richiamato eccesso di potere giurisdizionale (rientrante nella più ampia nozione di motivi inerenti alla giurisdizione), così come previsto direttamente dalla Costituzione repubblicana all'art. 111 comma 8[9]. In altri termini, il costituente ha inteso sanzionare quelle fattispecie, che già autorevole dottrina aveva enucleato, che si sostanziano in un'illegittima ingerenza a opera dell'autorità giudiziaria nella sfera esecutiva, legislativa o amministrativa, ovvero allorché suddetta autorità statuisca su di un caso particolare, la cui risoluzione però è dipendente dall'esercizio del potere discrezionale, ad esempio, dell'Amministrazione[10].

---

giudice amministrativo (1952), ora in *Scritti* (in sei volumi), V, Napoli, 1990, p. 198 secondo cui il criterio discriminativo andrebbe rinvenuto nella *causa petendi* (diritto o interesse) e il *petitum*, invece, rileverebbe unicamente in ordine alla determinazione dei poteri che, nell'ambito della propria ed esclusiva competenza, possono riconoscersi al giudice di ciascun ordine.

[7] Si fa riferimento alle pronunce del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 14 giugno 1930, n. 1 e Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 15 luglio 1930, n. 2680. Sarà quest'ultima, quasi un ventennio più tardi, 4 luglio 1949, n. 1657, a ritornare sulla questione introducendo la distinzione tra «carenza di potere» e «cattivo esercizio del potere», quale nuovo e principale criterio di riparto tra giurisdizioni.

[8] Così M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il Codice del processo amministrativo*, Padova, 2018, p. 58 ss., la quale altresì evidenzia che il criterio della domanda «consente di individuare l'Autorità alla quale rivolgersi, poiché è certo che su una domanda di annullamento "non potrebbe pronunciarsi l'Autorità giudiziaria, competente solo a conoscere degli effetti dell'atto medesimo in relazione all'oggetto dedotto in giudizio". Ma occorre fare riferimento anche alla natura della controversia, poiché, ove si faccia questione di un diritto civile o politico, la cognizione sarebbe del giudice ordinario; ma "nel caso di specie non si fa alcuna questione di diritti, e quindi è da ritenersi competente il Consiglio di Stato". Nella stessa pronuncia, il Consiglio di Stato prova poi a suggerire il criterio per stabilire quando si faccia questione di diritti o interessi, affermando che "le questioni che si fanno in ordine alla legittimità o illegittimità" di un atto impugnato presuppongono un interesse, non un diritto, semmai, "il diritto sarebbe sorto solo a seguito e per effetto di tale atto": con ciò aderendo alla teoria della degradazione dei diritti». L'A. richiama Cons. Stato, Ad. Plen., 14 giugno 1930, cit., in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, p. 165 ss., con commento di A. PATRONI GRIFFI, *Il criterio di riparto della giurisdizione*, spec. p. 169 ss.

[9] Secondo la disposizione costituzionale contro «le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

[10] Così V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, V ed., Firenze, 1921, p. 379.

ISSN 2036-7821

In seguito alla promulgazione della Costituzione repubblicana, tale vizio è stato meglio identificato con lo sconfinamento nel campo dei poteri dell'Amministrazione, nonché in quelle diverse ipotesi in cui il giudice si sia pronunciato su situazioni giuridiche in realtà non tutelabili come gli interessi semplici, differenti dai diritti soggettivi o interessi legittimi[11], o abbia omesso di pronunciarsi in presenza di questi ultimi. Ancora, allorquando il giudice amministrativo abbia impiegato poteri di cognizione e di decisione più ampi – o diversi – da quelli che la leggi gli attribuisce. Più specificamente, si tratta di quelle circostanze in cui il G.A. si ritenga attributario di una giurisdizione con cognizione estesa al merito o, anche in ipotesi di giudizio di sola legittimità, lo stesso giudice statuisca sulla base di dirette e autonome valutazioni circa l'interesse pubblico concreto che inerisce all'atto impugnato. Non solo, ma suddetto vizio si verifica anche qualora egli provveda in luogo dell'Amministrazione sostituendo e riformando l'atto impugnato o, ancora, quando svolga direttamente gli apprezzamenti e gli accertamenti riservati, di regola, alla sola Amministrazione[12].

A questo proposito, la decisione della Suprema Corte[13], che ci si accinge a passare in rassegna, si colloca coerentemente nella direzione già intrapresa, di recente, dagli stessi giudici di legittimità. Infatti, in una recente pronuncia resa a sezioni unite, la Corte, esprimendosi in merito all'eccesso di potere giurisdizionale concernente proprio un giudizio di merito vertente sul demanio marittimo, ha precisato che in relazione al suo sindacato sulle decisioni giurisdizionali del giudice amministrativo, il vizio per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creta, esercitando un'attività di produzione normativa che, in realtà, non gli compete nemmeno astrattamente[14]. Ed è su siffatta attività nomopoietica che i ricorrenti incentrano gran parte delle lore censure contenute all'interno delle decisioni adottate dall'Adunanza Plenaria, ovvero volendo far riferimento all'indebita e illegittima ingerenza dell'autorità giudiziaria, la quale si sarebbe sostituita al legislatore, come si vedrà, sia nell'aver individuato, a propria discrezione, un termine 'congruo' per la scadenza delle concessioni demaniali

[11] Come ricorda A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo* (in due volumi), I, Padova, 2000, p. 6, le disposizioni costituzionali di riferimento «non sembra abbiano voluto offrire agli interessi legittimi, dal punto di vista della garanzia giurisdizionale, una tutela processuale minore rispetto a quella dei diritti soggettivi; dovendosi semmai considerare che, quanto a garanzia di tutela giurisdizionale, diritti ed interessi sono stati posti dal costituente sullo stesso piano»., il quale richiama il pensiero di V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1969, p. 22 ss.

[12] Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, p. 187 ss.

[13] Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 23 novembre 2023, n. 32559.

[14] Così, di recente, Cass., SS.UU., 14 febbraio 2023, n. 473, in sintonia con quanto già statuito sulla questione, n. 36593 del 2021; n. 22711 del 2019; n. 32175 del 2018.

ISSN 2036-7821

marittime in essere[15] che, altresì, nell'aver arbitrariamente dedotto, al posto del legislatore e per quest'ultimo delle Amministrazioni, la sussistenza del requisito della scarsità della risorsa costiera[16], la quale avrebbe condotto lo stesso giudice della nomofilachia a ritenere la direttiva *Bolkestein* idonea a esplicare effetti diretti, ponendo, di riflesso, l'obbligo in capo a tutti i giudici nazionali e a tutti i funzionari amministrativi di disapplicare la legge nazionale di proroga in favore, appunto, della direttiva sovranazionale. Inoltre, è d'uopo ricordare come, in seguito all'adozione delle sentenze gemelle del Consiglio di Stato, si sia verificato un caso alquanto singolare, ovvero un giudice inferiore, per la precisione il TAR per la Puglia di Lecce, ha deciso di non attenersi alle prescrizioni fissate dall'Adunanza Plenaria e di adire, in via pregiudiziale, la CGUE affinché si pronunciasse in merito ad alcuni quesiti sui quali aveva già avuto modo di esprimersi il Consiglio di Stato[17].
Come già anticipato (§1), il giudice euro-unitario si è pronunciato sul rinvio pregiudiziale del TAR pugliese, sicché rimane da analizzare la decisione da ultimo adottata dalle sezioni unite della Corte di Cassazione sul ricorso proposto dai titolari delle concessioni balneari per eccesso di potere giurisdizionale.

3. Le obiezioni dei ricorrenti e la configurabilità dell'eccesso di potere giurisdizionale per diniego di giustizia.

Prima di osservare i motivi inerenti alla richiesta della cassazione della sentenza del Consiglio di Stato, viziata, a dire dei ricorrenti, da eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di competenza legislativa, questi ultimi hanno in primo luogo lamentato il diniego di giustizia nella misura in cui i giudici dell'Adunanza Plenaria hanno negato indistintamente tutti gli interventi in giudizio, impedendo *de facto*, il diritto di difesa delle parti, non risultando sufficiente la ravvisata particolare importanza (*ex* art. 99, c. V c.p.a.) della questione in esame. A riguardo, singolare risulta essere la posizione della Regione Abruzzo, alla quale è stato impedito, al pari del resto dei richiedenti, di intervenire nel giudizio nonostante il dovere a cui essa è tenuta, ovvero di indirizzare la rispettiva azione amministrativa (senza che questa prerogativa possa essere compiuta da un organo giurisdizionale, qualunque esso sia) e dei suoi funzionari e delle singole amministrazioni presenti su tutto il territorio regionale, sui quali pesa l'onere di far rispettare la durata delle concessioni demaniali marittime. Sicché un tale impedimento ben può corroborare la legittimazione, invece, dell'Amministrazione regionale a lamentare l'eccesso di potere dell'organo giurisdizionale e a giustificarne il ricorso in Cassazione. Come noto, la risoluzione in via definitiva di suddette questioni (nelle quali il conflitto di attribuzione non è tra le

[15] Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, n. 18, §26.
[16] Ivi, § 13.2.
[17] Il riferimento è alla nota ordinanza del TAR per la Puglia di Lecce, I sez., 11 maggio 2022, n. 743.

ISSN 2036-7821

parti in giudizio, ma tra il giudice e il Potere dello Stato – o l'Amministrazione regionale – che ne nega la giurisdizione nel caso controverso) spetta alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[18].

A ciò si aggiunge il dato che la stessa Regione è stata destinataria di una segnalazione da parte dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, con la quale chiedeva alla Regione di invitare gli enti locali a modificare le istruzioni date agli enti locali circa la proroga delle concessioni demaniali marittime[19]. Il che non fa altro che corroborare, secondo i ricorrenti, la presenza di un interesse diretto, concreto e attuale che legittima l'intervento nel processo. La decisione dell'Adunanza Plenaria, con la sua portata nomofilattica, ha prodotto un effetto diretto e immediato nei confronti della situazione giuridica della Regione, pretermessa dal giudizio e dalla possibilità di far valere le proprie ragioni, in evidente contrasto con il diritto inviolabile di difesa tutelato dall'art. 24 Cost[20]. In subordine, e qualora la Suprema Corte decida di non accogliere la censura circa l'eccesso di potere giurisdizionale, le parti ricorrenti chiedono che la medesima Corte sospenda il giudizio e rimetta alla Corte Costituzionale la questione di legittimità dei commi nn. 2 e 5 dell'art. 99 del c.p.a. nella parte in cui, anche in presenza di questioni di particolare importanza, si impedisce di fatto l'intervento in giudizio.

Nel quadro delineato dai ricorrenti l'ipotesi di diniego di giustizia si configurerebbe anche in altra e ulteriore direzione: le pronunce del Consiglio di Stato avrebbero così sancito anche la natura non amministrativa di tutti gli atti di proroga adottati dalle singole Amministrazioni, qualificando questi come meri atti ricognitivi di un effetto generato automaticamente dalla legge e, pertanto, a essa direttamente riconducibile[21]. Tale connessione esclude, secondo la ricostruzione dell'Adunanza Plenaria, la natura provvedimentale degli atti di proroga e, di conseguenza, la loro impugnabilità dianzi al giudice amministrativo. Questo scenario ha causato un diniego di giustizia dacché l'aver considerato gli atti di proroga come meramente ricognitivi ha precluso ai soggetti concessionari la possibilità di adire la via giurisdizionale, ivi compresa la possibilità di rimettere la questione *de qua* alla Corte Costituzionale al fine di ottenere una pronuncia circa la legittimità, o meno, della legge nazionale di proroga.

3.1 L'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore.

[18] Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* (in due volumi), II, XIV ed., Napoli, 1984, p. 1501.

[19] AGCM, 16 agosto 2021, AS1784.

[20] La decisione di dichiarare inammissibili gli interventi in giudizio sembra essere in contrasto con il precedente giurisprudenziale richiamato dalla stessa Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23. Sulla tutela offerta dall'art. 24 Cost., M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 104; D. CORLETTO, *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Padova, 1992, p. 24 ss.; A. POLICE, *Art. 24*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), in *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 502 ss.

[21] Ad. Plen., cit., §45 ss.

ISSN 2036-7821

Il nucleo della questione è senza ombra di dubbio rappresentato dalla lamentata e presunta invasione, a opera dell'autorità giudiziaria, della sfera di competenza riservata, invero, al solo legislatore. Si tratta di un vizio grave e che da più punti di vista può ritenersi ragionevolmente fondato.

In primo luogo, come sostenuto dai ricorrenti, pare che il Consiglio di Stato si sia sostituito al legislatore nell'istante in cui esso abbia autonomamente statuito, a prescindere da qualsivoglia norma posta dal potere legislativo, e disposto una apposita disciplina in materia di concessioni demaniali marittime. Non solo, ma il giudice amministrativo pare si sia erto, altresì, anche a interprete delle norme europee nel momento in cui ha sancito, senza che vi fosse una puntuale giurisprudenza euro-unitaria sul punto, la natura della direttiva *Bolkestein*, sostenendo che essa è di liberalizzazione e non, invece, di armonizzazione. Sul punto è intervenuta la CGUE, la quale ha tentato di mettere ordine all'interno di questo grande marasma, riconoscendo alla direttiva *de qua* la natura armonizzatrice e smentendo, dunque, *tranchant* l'immotivata conclusione desunta dall'Adunanza Plenaria[22].

Inoltre, lo sconfinamento dalla sfera giurisdizionale si sarebbe manifestato mediante la piena e discrezionale decisione del giudice di individuare un termine – ritenuto 'congruo' – finale per la scadenza delle concessioni in essere, modulando l'efficacia della stessa pronuncia giurisdizionale a un momento successivo, ovvero prevedendo che i titoli concessori saranno validi fino al 31 dicembre 2023 e che dal giorno successivo questi saranno privi di efficacia. Ancora, che un'eventuale e ulteriore proroga dei termini sarà considerata *tamquam non esset* e in contrasto con il diritto sovranazionale. Attribuzioni, queste, che sembrano di gran lunga esulare dalla sfera della giurisdizione e che rientrano, piuttosto, all'interno di quella riservata al solo legislatore e che hanno consentito all'organo giudiziario di elaborare una nuova e diversa disciplina in materia di concessioni demaniali marittime una volta disposto l'obbligo di disapplicazione della normativa interna ritenuta in contrasto con le prescrizioni euro-unitarie. È nella creazione *ex nihilo*, dunque, che risiederebbe, nella prospettazione fattane dai ricorrenti, il vizio di eccesso di potere giurisdizionale, così come ampiamente ricostruito dalla costante giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Più precisamente, giova ribadire che lo sconfinamento da parte dell'organo giurisdizionale all'interno della sfera legislativa si sarebbe concretizzato nell'aver detto organo provveduto a colmare la presunta lacuna normativa in materia di concessioni balneari, dopo aver imposto l'obbligo di disapplicazione a tutti gli organi dello Stato, elaborando *de facto* una propria normativa, in sostituzione del legislatore; per aver il Consiglio, altresì, fissato arbitrariamente e a propria discrezione un

[22] CGUE, C-348/22, cit., §36; §37.

ISSN 2036-7821

termine di scadenza delle concessioni in essere in assenza di un parametro legislativo di riferimento, così facendo andando financo oltre gli effetti che, in realtà, è in grado di produrre una direttiva dotata di efficacia diretta.
Tuttavia, l'Adunanza Plenaria non si è tenuta esclusivamente a porre in essere queste ritenute indebite ingerenze, ma ha anche dettagliatamente indicato principi, criteri di selezione e criteri per la valutazione della capacità tecnica che i futuri bandi di gara dovranno contenere, anticipando anche che la durata delle concessioni dovrà essere giustificata sulla base di valutazioni tecniche economiche e finanziarie. Così prospettata, sembra che l'azione giurisdizionale esercitata dall'organo supremo della giustizia amministrativa sia effettivamente andata oltre l'ambito che la Costituzione e la legge gli riconoscono. Quanto appena affermato pare essere corroborato da un ulteriore elemento, ovvero dall'aver incondizionatamente ritenuto il giudice amministrativo la sussistenza dell'interesse transfrontaliero certo e che tutte le concessioni siano indistintamente e sostanzialmente uguali[23], il che giustifica, per tutte, la gara a evidenza pubblica. Questa presa di posizione induce a sostenere, con più di qualche ragionevole probabilità, che nella realtà dei fatti il giudice amministrativo abbia effettivamente travalicato la propria funzione giurisdizionale, avendo esercitato un sindacato financo oltre i confini del controllo della funzione amministrativa 'attiva', che, stando al quadro costituzionale vigente, non gli è consentito[24].

3.2 Il problema dell'efficacia diretta 'orizzontale' della direttiva Bolkestein e la dubbia legittimazione dell'AGCM.

Tra le numerose perplessità che emergono dall'analisi della disputa giurisdizionale in esame e sollevate dalle parti ricorrenti, è doveroso, seppur brevemente, menzionare l'idoneità della direttiva n. 123/2006 a esplicare effetti diretti in modo orizzontale. Come ampiamente risaputo, l'efficacia diretta di una direttiva può essere fatta valere esclusivamente dal singolo soggetto privato che si ritenga leso dall'adempimento dello Stato membro in modo verticale, appunto verso l'organo che non ha provveduto al completo o anche solo parziale recepimento della normativa euro-unitaria.
In altri termini, il privato chiede al giudice di far valere l'efficacia diretta della normativa euro-unitaria non attuata verso lo Stato, ed in ciò risiede la possibilità per il privato che si ritenga leso dall'inadempimento statale di far valere l'efficacia della

[23] A. POLICE, A.M. CHIARIELLO, *Le concessioni demaniali marittime dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in *Amministrativ@mente*, II, 2022, p. 65, evidenziano come le sentenze dell'Adunanza Plenaria abbiano dedotto che «il demanio marittimo balneare sia eguale in tutta la costa italiana e che tutti i tratti costieri della penisola abbiano pari valore, pregio e contendibilità di mercato e quindi determino tutti lo stesso effetto di contrasto della proroga generalizzata *ex lege* rispetto al diritto europeo».
[24] Così M. CRISCI, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero*, cit., p. 250.

ISSN 2036-7821

norma europea in guisa verticale. Ciò che, invece, non può verificarsi è che l'efficacia diretta della direttiva euro-unitaria pregiudichi un altro privato (donde la nozione di efficacia diretta 'orizzontale') che vanti un diritto o un interesse legittimamente acquisito. Infatti, in presenza di un tale effetto il giudice non può far valere l'effetto diretto di una direttiva poiché essa non può pregiudicare orizzontalmente un privato in ragione di una lesione lamentata da un altro privato. A tal proposito, però, la CGUE, richiamando una sua giurisprudenza sul punto, ha affermato che tale effetto può legalmente prodursi allorché il privato leso dall'efficacia diretta della norma euro-unitaria in questione soffra esclusivamente una "mera ripercussione negativa" e non, viceversa, un "obbligo pubblicistico aggiuntivo"[25]. Il quale obbligo, invero, qualora dovesse ritenersi configurabile, escluderebbe l'obbligo per il giudice nazionale di procedere alla disapplicazione della normativa interna ancorché contrastante con quella sovranazionale.

La Corte di giustizia dell'Unione, durante la pendenza del ricorso in Cassazione per eccesso di potere giurisdizionale, è nel frattempo intervenuta su questo delicato rilievo, non solo affermando l'idoneità della direttiva *Bolkestein* a produrre effetti diretti, ma anche stabilendo che in capo al legittimo concessionario uscente non si configuri alcun obbligo pubblicistico aggiuntivo ma solo una mera ripercussione negativa, la quale giustifica la legittimità degli effetti diretti della norma *de qua* e, al contempo, l'obbligo per il giudice interno di disapplicare la norma nazionale contrastante con quest'ultima[26]. In merito, in altra sede si è avuto modo di esprimere molti dubbi circa la sussistenza di una mera ripercussione negativa che l'efficacia diretta della direttiva genera nei confronti del privato concessionario e del suo legittimo affidamento[27], in particolare nella misura in cui si è sostenuto che egli sia titolare di un interesse legittimo oppositivo e che, in seguito a tali effetti, lo stesso rimanga privo di un'effettiva tutela a causa della tesi degli effetti meramente ricognitivi sanciti all'interno delle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria. In questo caso, si dovrebbe essere al cospetto di una situazione giuridica differente rispetto a quella del mero concessionario uscente che pretenda di avere un diritto o un interesse o, più semplicemente, un'aspettativa al rinnovo della concessione demaniale scaduta. Sul punto la giurisprudenza del Consiglio di Stato risulta essere risalente e costante, oltre che condivisibile. Più precisamente, secondo questo indirizzo, il concessionario non vanta alcuna aspettativa al rinnovo del rapporto, il

[25] CGUE, 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wells c. Secretary of State for Transport*, §56 ss.

[26] Cfr. F. LIGUORI, *Efficacia diretta e primato europeo*, cit.

[27] Da ultimo è intervenuto il Cons. Stato, sez. VII, 3 novembre 2023, n. 9493, §8.3, per ribadire l'insussistenza del legittimo affidamento in capo al concessionario uscente, ancorché egli abbia effettuato investimenti di natura economica. A riguardo, il giudice amministrativo precisa che l'impiego «degli investimenti rileva infatti sul piano del legittimo affidamento, come ha statuito la Corte di Giustizia, solo nel momento in cui la pubblica amministrazione bandirà la nuova procedura di affidamento, dovendo considerare gli investimenti già effettuati, dal precedente concessionario nell'equo contemperamento degli interessi».

ISSN 2036-7821

cui diniego, nei limiti ordinari della ragionevolezza e della logicità dell'agire amministrativo, non richiede ulteriore motivazione, in quanto essa equivale al rigetto di un'ordinaria istanza di concessione. Al pari, non può ritenersi sussistente alcun "diritto d'insistenza" nel momento in cui la pubblica Amministrazione decida di procedere all'affidamento del bene mediante gara pubblica o altra procedura comparativa[28].

Diversa è però la circostanza dell'amministrato che sia titolare di un provvedimento concessorio favorevole e non scaduto – o in prossimità di scadenza – che si veda, in seguito a una pronuncia giurisdizionale, privato *ex abrupto* del titolo. Nella fattispecie, il concessionario ben potrebbe ritenersi titolare di un'aspettativa limitata alla conservazione del bene demaniale in concessione almeno fino alla scadenza legale contenuta nel titolo o quantomeno fino a un termine ragionevole, quale non può ritenersi quello fissato autoritativamente dal giudice amministrativo nelle sentenze gemelle del 2021. Sulla questione non è, ora, opportuno soffermarsi ulteriormente, sicché si deve rinviare a quanto già avuto modo di precisare in altra occasione[29].

Ciò che invero non pare esser stato sufficientemente chiarito è un altro nodo della questione, rappresentato dall'effettiva legittimazione, nella fattispecie, dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a adire, direttamente, il giudice amministrativo al fine di far valere l'efficacia diretta della direttiva euro-unitaria. In sostanza, il problema risulta essere irrisolto poiché gli effetti diretti sono stati fatti valere dall'*authority* e non dal privato pretermesso, ad esempio, dalla procedura competitiva, il che contrasta con lo stesso orientamento euro-unitario sul punto[30]. In tal guisa, si è innescato un procedimento controverso, consistente nel fatto che un organo dello Stato ha tratto vantaggio dall'inadempimento statale medesimo, dal momento che, nella fattispecie esaminata, l'ordinamento giuridico italiano non ha recepito la direttiva euro-unitaria secondo i dettami fissati dal legislatore

[28] Così Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145. Sempre sul punto, come rileva A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, p. 223, non vi è dubbio che «su impulso dei principi comunitari di concorrenza e di parità di trattamento si è assistito ad un processo di riduzione dei margini di discrezionalità in sede di affidamento della concessione. In particolare, la giurisprudenza ha ristretto gli spazi per la valutazione sulla "particolare importanza per l'entità o per lo scopo" e, soprattutto, ha esteso l'obbligo dell'evidenza pubblica all'affidamento delle principali concessioni di beni, essendo comunque 'in gioco' l'attribuzione di un vantaggio competitivo in grado di alterare la concorrenza nel relativo mercato di riferimento: con ciò rendendo di fatto inoperativa, per le concessioni demaniali, la norma sul "diritto di insistenza", come ha successivamente sancito, non senza profili di incertezza con il diritto europeo, lo stesso legislatore nazionale».

[29] Sia consentito richiamare F. TOMASICCHIO, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime*, cit., p. 502 ss.

[30] *Ex multis*, CGUE, 23 febbraio 1994, C-236/92, *Comitato di coordinamento per la difesa della cava et al. c. Regione Lombardia*, §8 ss.

ISSN 2036-7821

sovranazionale[31]. Inoltre, siffatto inadempimento ha, di riflesso, provocato un grave pregiudizio ai danni dei titolari delle concessioni, i quali hanno ingiustamente subito un effetto diretto verticale 'inverso' (ovvero dallo Stato al soggetto privato e non viceversa)[32].

In ultimo luogo e in via subordinata, i ricorrenti chiedono, nell'eventualità in cui la Suprema Corte non dovesse accogliere la doglianza concernente l'eccesso di potere giurisdizionale, che il giudizio venga sospeso e che, di conseguenza, venga rimessa la questione di costituzionalità della direttiva n. 123/2006 per contrasto con le disposizioni di cui all'art. 41 Cost., inerente all'iniziativa economica privata e all'utilità sociale, e all'art. 117, primo comma Cost. Tale richiesta implicherebbe, inevitabilmente, l'esperimento del c.d. controlimite costituzionale, e le relative e tanto complicate conseguenze, già evocato dalla Corte Costituzionale italiana nel noto caso *Taricco*[33].

3.3 Segue. *L'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di competenza riservata all'Amministrazione.*

Prima di giungere all'analisi della decisione adottata dalla Corte di Cassazione, resta da osservare, seppur brevemente e per quel che inerisce a questa sede, la presunta invasione della sfera discrezionale riservata alla sola Amministrazione e che rappresenterebbe, nell'ottica dei ricorrenti, la riprova della configurabilità del vizio di eccesso di potere giurisdizionale da cui sarebbero caratterizzate le sentenze adottate dall'Adunanza Plenaria.

A questo proposito, suddetto vizio sarebbe da rinvenirsi nell'affermazione, da parte dell'organo giurisdizionale, della sussistenza del requisito della scarsità della risorsa costiera[34], valutazione nel merito però che, come pacificamente riconosciuto, è rimessa all'esclusivo, diretto e concreto apprezzamento dell'opportunità e della convenienza propri dell'Amministrazione e di nessun altro organo, tantomeno giurisdizionale[35]. In altri termini, si versa in una circostanza in cui al giudice amministrativo è riconosciuta la sola giurisdizione di legittimità e invece egli ha esercitato una piena giurisdizione con cognizione estesa al merito, così sconfinando nel campo discrezionale riservato all'attività amministrativa. Nella fattispecie tale sconfinamento si sarebbe concretizzato nell'autonoma valutazione a opera del

---

[31] A questo proposito, dovrebbe valere il c.d. principio *estoppel*, così come evidenziato dalla stessa CGUE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich c. Bonifaci/Italia*, §11, richiamato da G. Greco, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari*, cit., p. 137.

[32] Sul punto G. PARODI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza*, in *DPCE online*, II, 2023, p. 1613.

[33] Corte Cost., 26 gennaio 2017, n. 24, *Taricco*. In merito, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, II, 2016.

[34] Ad. Plen., cit., §25.

[35] In tale direzione anche M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari"*, cit., p. 349.

ISSN 2036-7821

giudice del requisito della scarsità della risorsa e, di riflesso, nella ritenuta sussistenza di questa scarsità, precludendo all'Amministrazione la legittima facoltà di verificare, caso per caso, l'eventuale carenza delle risorse naturali delle aree demaniali marittime.
Concludendo, come è stato giustamente obiettato, è pur sempre il preventivo esercizio della funzione e dell'attività – compresa logicamente quella discrezionale – da parte dell'Amministrazione che permette il sorgere di un corrispondente esercizio della funzione giurisdizionale[36]. Si tratta di una propedeuticità necessaria, vincolante e non derogabile, che mai può consentire al giudice – neanche nello svolgimento della funzione nomofilattica – di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati.

4. La decisione "tanto attesa" delle Sezioni Unite n. 32559/2023.

Avendo tentato di riassumere le doglianze mosse dai ricorrenti avverso la sentenza resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e, ancora, avendo il Procuratore Generale chiesto, in udienza pubblica, l'accoglimento delle stesse alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, è necessario ora osservare le ragioni che hanno indotto queste ultime a cassare le decisioni dell'organo nomofilattico della giurisdizione amministrativa e a pronunciare l'eccesso di potere giurisdizionale. A riguardo, giova da subito anticipare che la decisione del giudice ordinario è interamente incentrata sul primo motivo dei ricorsi presentati dalle associazioni di categoria e dalla Regione Abruzzo, ovvero quello inerente al solo diniego di giustizia per aver l'Adunanza Plenaria estromesso dal giudizio le parti intervenienti (si veda, in proposito, §3)[37].
Le motivazioni addotte dal Procuratore Generale riguardano l'accertamento sostanziale della situazione giuridica soggettiva delle parti in giudizio in relazione alla richiesta di intervento dinanzi all'Adunanza Plenaria (e al deferimento a quest'ultima della controversia *ex* art. 99 c.p.a)[38] dalla stessa denegato; la competenza

[36] Così M. CRISCI, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero*, cit., p. 253.
[37] In Cass., SS.UU., 23 novembre 2023, cit., p. 13.
[38] L'art. 99 del d. lgs, 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), prevede: «1. La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria. L'adunanza plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla sezione. 2. Prima della decisione, il Presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali. 3. Se la sezioni cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. 4. L'adunanza plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente. 5. Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato».

ISSN 2036-7821

delle Sezioni Unite a pronunciarsi nella fattispecie in esame e, in particolare, circa l'interpretazione del vizio di eccesso di potere giurisdizionale di cui all'art. 111 c. VIII della Costituzione e alla, a tratti sottile, differenza tra esso e l'*error in procedendo* di cui all'art. 365 del c.p.c. La complessità delle *quaestiones iuris* induce a procedere con un certo ordine, tenendo, allo stesso tempo, conto di un'esigenza di sintesi nello svolgimento dell'analisi che ci si accinge a effettuare.

In primo luogo, il Procuratore Generale ha provveduto a sciogliere il nodo concernente la legittimità – o meno – della parte adesiva, interveniente nel giudizio di appello dianzi all'Adunanza Plenaria, a impugnare autonomamente in Cassazione la sentenza esplicante effetti sfavorevoli nei confronti della parte adiuvata, ancorché la suddetta impugnazione non sia stata proposta da parte di quest'ultima ma da chi, invero, abbia proposto in appello l'intervento adesivo dipendente. In merito, le Sezioni Unite hanno risposto affermativamente, aggiungendo che tale indirizzo non solo è confermato dalla propria giurisprudenza[39], ma anche da quella del giudice amministrativo nella parte in cui il soggetto interveniente *ad adiuvandum* non è legittimato a proporre appello principale salvo egli non vanti un proprio interesse direttamente imputabile alla sua posizione, come nel caso in cui venga negata la legittimazione a intervenire o venga emessa nei suoi confronti una condanna alle spese giudiziali[40]. A ciò la Corte Suprema aggiunge – a riprova della sussistenza della legittimazione all'impugnativa del sindacato di settore e della Regione Abruzzo – che gli intervenienti rappresentano enti esponenziali latori di interessi collettivi, appositamente qualificati e istituzionali, i quali agiscono a tutela di diritti propri e autonomi e pertanto direttamente azionabili. Infatti, i diritti appena menzionati risultano essere connessi per oggetto e titolo con il diritto della parte adiuvata[41]. L'affermazione in punto di diritto svolta dalle Sezioni Unite evidenzia il chiaro tentativo da parte del giudice ordinario di ripristinare lo *status quo ante* del giudizio dinanzi all'Adunanza Plenaria, consentendo lo svolgimento di un pieno ed effettivo contraddittorio che in sede di giudizio amministrativo è stato alle parti istanti immotivatamente negato. Sicché tale presa di posizione della Cassazione consentirà alle parti in principio estromesse di esporre le proprie ragioni.

In secondo luogo, la complessità della *quaestio iuris* ha indotto le stesse Sezioni Unite a rivedere l'applicabilità di un proprio precedente – invocato dalla controparte nel

[39] Cass. SS.UU., 23 novembre 2023, cit., p. 13, richiamando il precedente e conforme indirizzo delineato in, *ex multis*, Cass., sez. I, 6 febbraio 2018, n. 2818, i giudici evidenziano che «nella giurisprudenza consolidata di questa Corte è acquisito il principio secondo cui l'interventore adesivo non ha un'autonoma legittimazione ad impugnare laddove la parte adiuvata non abbia esercitato il proprio diritto di proporre impugnazione ovvero abbia fatto acquiescenza alla decisione ad essa sfavorevole, "salvo che l'impugnazione sia limitata alle questioni specificamente attinenti la qualificazione dell'intervento [...]».

[40] *Ex multis*, Cons. Stato, 13 febbraio 2017, n. 614; IV sez., 22 febbraio 2016, n. 724; VI sez., 6 agosto 2013, n. 4121, in sintonia con quanto previsto da Cass., SS.UU., 29 novembre 2011, n. 31266.

[41] Così Cass., SS.UU., 23 novembre 2023, cit., p. 14.

ISSN 2036-7821

giudizio ovvero il Comune di Lecce – concernente l'ammissibilità del ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale, allorché la sentenza resa dall'Adunanza Plenaria nell'esercizio della rispettiva funzione nomofilattica abbia pronunciato uno o più principi di diritto e, successivamente, abbia rimesso la causa per il resto del giudizio alla sezione rimettente. Un ordine di problemi sorge nel momento in cui le dette statuizioni fissate dall'Adunanza Plenaria non hanno il carattere proprio della decisorietà e della definitività, ma rappresentano esclusivamente la *regula iuris* alla quale la sezione rimettente deve dare seguito. Ne consegue che il giudizio di appello successivo al responso reso dall'Adunanza Plenaria sia ancora *in fieri*, competendo alla sezione remittente l'applicazione e la sussunzione del principio di diritto enunciato dall'organo nomofilattico[42]. Questo assunto – seguendo l'*iter* logico della Corte – impedisce la configurazione di un giudicato ai sensi dell'art. 2909 del c.c., poiché questo può formarsi esclusivamente su quei capi delle sentenze dell'Adunanza Plenaria che definiscano, ancorché parzialmente, una controversia, mentre tale formazione deve escludersi allorquando vi sia la sola enunciazione di principi di diritto, la quale viceversa esige un'ulteriore attività di contestualizzazione collegata alle peculiarità della *quaestio facti* che non può essere rinviata alla sezione remittente[43]. Nel precedente che in questa sede rileva, la Suprema Corte ha statuito che il ricorso dinanzi a essa *ex* art. 111 c. VII della Costituzione, di cui il successivo comma altro non è che una sua specificazione, è stato storicamente interpretato nel senso che sono ricorribili soltanto i provvedimenti aventi un contenuto sostanziale di sentenza, in quanto definitivi ed effettivamente decisori, ovvero idonei a definire una controversia[44]. È in merito a quest'ultimo inciso che le Sezioni Unite compiono un vero e proprio *revirement*, sostenendo che quest'orientamento «non è condivisibile». Il che implica delle significative conseguenze. In particolare, il mutamento di prospettiva dei giudici è favorito dalle osservazioni svolte da una delle parti ricorrenti, nella fattispecie il Sindacato Italiano Balneari (SIB), allorché i difensori sostengono che se è vero «che l'8° comma dell'art. 111 Cost. è una specificazione del 7° comma, è anche vero che il requisito della "decisorietà" è richiesto per individuare, tra i provvedimenti aventi forma diversa dalla sentenza, quelli idonei ad incidere su diritti soggettivi, laddove i provvedimenti aventi la forma di sentenza sono riconducibili per cassazione – se altrimenti non impugnabili – per ciò solo che sono sentenza [...]». Quanto dedotto dai legali del sindacato trova effettivo riscontro in una recente pronuncia delle stesse Sezioni Unite che ha confermato la assoluta ricorribilità per cassazione dei provvedimenti giurisdizionali aventi forma di

[42] Così Ivi, 30 ottobre 2019, n. 27842.

[43] Ivi, 23 novembre 2023, cit., p. 16, richiamando quanto statuito dallo giudice amministrativo in Cons. Stato, Ad. Plen., 22 febbraio 2018, n. 2.

[44] Cass., SS.UU., 30 ottobre 2019, cit.

ISSN 2036-7821

sentenza, senza ulteriore scrutinio circa la loro portata decisoria, dovendo ritenersi precluso financo al legislatore la possibilità di stabilire la ricorribilità per cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione *ex* art. 111 Cost. comma VIII, con l'effetto di limitarla, a seconda della modalità e della composizione dell'organo decidente[45]. In altri termini, una pronuncia dell'Adunanza Plenaria, ancorché limitata alla sola enunciazione di principi di diritto, è comunque idonea a violare i limiti esterni della giurisdizione e, di riflesso, a configurare un eccesso di potere giurisdizionale.

A questo proposito, rileva la Corte, risulterebbe fuorviante sottrarre le sentenze dell'Adunanza Plenaria, enunciative dei principi di diritto, al sindacato del giudice ordinario in merito alla violazione per eccesso di potere giurisdizionale. Questo sindacato rappresenta, sin dai tempi della l. 31 marzo 1877, n. 3761 sui conflitti di attribuzioni, una garanzia delle prerogative degli altri poteri dello Stato, legislativo ed esecutivo, compresa l'autonomia di un'autorità dell'ordine amministrativo, e dell'esercizio del potere giurisdizionale da parte dell'autorità giudiziaria adita e alla quale quel potere spetti[46]. D'altronde, giova ricordare il tramandato insegnamento secondo cui lo schema giuridico in questione è stato elaborato al fine di scongiurare temute usurpazioni del potere giudiziario, consistente in un allargamento della sua competenza al di là dei limiti assegnati. Per questo motivo, si decideva di affidare all'Amministrazione un mezzo di difesa eccezionale[47]. In altri termini, già la legge del 1877 rendeva impugnabili alle stesse Sezioni Unite le sentenze delle giurisdizioni speciali per «eccesso di potere», laddove con tale locuzione deve intendersi l'incompetenza assoluta, ovvero l'invasione della sfera di competenza di un diverso potere dello Stato, Amministrazione o giurisdizione[48].

Tornando al caso concreto, l'ammissibilità del sindacato del giudice ordinario circa una sentenza dell'Adunanza Plenaria, anche qualora questa si limiti all'enunciazione dei soli principi di diritto, è corroborata da un recente orientamento che la Corte Suprema ha avuto modo di esprimere, ovvero che lo stesso interesse a ricorrere alle Sezioni Unite per eccesso di potere giurisdizionale è previsto *ad hoc* proprio avverso

---

[45] Così Cass. SS.UU., 23 novembre 2023, cit., p. 17, laddove per composizione si riferisce all'assunzione della decisione da parte della sezione semplice o dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

[46] Per dirla con G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, I, Firenze, 1871, la possibilità di elevare il conflitto rappresenta una vera e propria «arma di guerra» consegnata dal legislatore all'Amministrazione al fine di proteggere la sua sfera discrezionale, sottraendo la controversia al giudice e rimettendola all'organo solutore dei conflitti, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite. Un secolo più tardi, F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1974, p. 28 ss., afferma che la legge del 1877 operava una transazione fra i principi e la ragione di Stato, consentendo la conservazione dell'«arma di guerra» nella disponibilità dell'Amministrazione quale mezzo straordinario per la richiesta di verifica della giurisdizione.

[47] Così V.E. ORLANDO, *Principii*, cit., p. 384.

[48] Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 178. Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enciclopedia italiana del diritto*, XIX, 1970, p. 295 ss., il quale proponeva il superamento del problema ottocentesco dei conflitti, «risolvendo totalmente i conflitti nella teoria del processo».

ISSN 2036-7821

le sentenze d'appello di ultimo grado, in quanto espressione diretta dell'organo di vertice della giurisdizione amministrativa e contabile, le quali sole possono porre a repentaglio l'integrità della sfera delle attribuzioni degli altri poteri[49].
Accertata la ricorribilità di una sentenza dell'Adunanza Plenaria che abbia statuito principi di diritto per il giudice della sezione remittente, la lente di ingrandimento del Procuratore Generale si sofferma sulla sussistenza o meno dell'interesse in capo ai ricorrenti estromessi in seguito dal giudizio. A riguardo, il giudice amministrativo ha sostenuto che il provvedimento impugnato lede esclusivamente l'interesse del singolo non incidendo, invece, in guisa diretta e immediata sugli interessi delle associazioni di categoria[50]. Inoltre, per quanto attiene alle pubbliche amministrazioni e al loro presunto diritto di intervento, nella fattispecie *de qua* la Regione Abruzzo, il Consiglio di Stato non ha ritenuto legittimata la Regione a intervenire nella controversia dinanzi all'Adunanza Plenaria poiché non è sufficiente la titolarità di un interesse a partecipare alla sede giurisdizionale in cui si enuncia il principio di diritto da applicare per la risoluzione della controversia[51]. Su questo punto si soffermano le Sezioni Unite, una volta costatata la sussistenza del proprio sindacato essendo al cospetto di una questione di giurisdizione – e non di un *error in procedendo* – che rileva ai sensi dell'art. 111 c. VIII Cost.
Il vizio di eccesso di potere giurisdizionale – come riporta la requisitoria tenuta dal Procuratore Generale – emerge in seguito alla mancata e opportuna considerazione che il Consiglio di Stato ha omesso di riservare nei confronti degli interessi collettivi di cui le associazioni sono portatrici all'interno della controversia. In particolare, lo stesso giudice amministrativo sostiene che il caso controverso deve attenere in via diretta e immediata al perimetro delle finalità statutarie delle associazioni in causa. In altri termini, il provvedimento ritenuto controverso deve esplicare effetti idonei a provocare una lesione diretta degli scopi istituzionali che le associazioni o le p.A. sono chiamate a tutelare. Sicché, in tali fattispecie, sull'organo della nomofilachia incombe il dovere di verificare, caso per caso, la sussistenza di un interesse collettivo, presente nelle norme statutarie degli enti *de quibus*, in grado di rilevare quale interesse appartenente a tutti i membri della categoria di riferimento, unicamente

[49] Cass. SS. UU., 23 novembre 2023, cit., p. 18 ss.
[50] Ad. Plen., 9 novembre 2021, cit., §10.2.
[51] Ivi, §10.1, i giudici dell'AP affermano che osta «al riconoscimento di una situazione che lo legittimi a intervenire l'obiettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due processi, sì da non potersi configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*. Al contrario, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di interesse del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce. Non a caso, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale [...]».

ISSN 2036-7821

considerata[52]. Questa indagine non vi è stata, così come non emerge alcuna valutazione istruttoria che giustifichi l'assenza di legittimazione d'intervento per gli istanti. L'omesso esame si evince dai riferimenti generali e indistinti svolti dal giudice amministrativo nella misura in cui egli menziona tutte le associazioni senza riportare alcuna valutazione analitica inerente ai loro statuti[53]. Valutazione che avrebbe dovuto motivare l'inammissibilità dell'intervento. Di talché detta circostanza ha generato una negazione in astratto della situazione giuridica tutelata propria degli enti intervenienti, provocando, di conseguenza, «un arretramento rispetto ad una materia che può formare oggetto di cognizione giurisdizionale». In ciò risiede il diniego di giurisdizione a opera del Consiglio di Stato, ovvero nella parte in cui la sentenza impugnata ha negato ai ricorrenti la legittimazione a intervenire in giudizio sulla base di valutazioni erronee, concretizzando altresì la negazione in astratto della titolarità di una situazione giuridica soggettiva, in capo alle parti intervenienti, che è di interesse legittimo e, pertanto, degna di tutela. In questa direzione, i giudici della Corte Suprema ravvisano il rapporto dicotomico tra legittimazione ad agire in giudizio e situazione giuridica sostanziale fatta valere dalle parti ricorrenti, il che palesa una chiara identificazione tra la titolarità di un interesse legittimo e la sussistenza della legittimazione ad agire. D'altronde la stessa recente giurisprudenza delle Sezioni Unite ha inteso la legittimazione ad agire non come mera predicazione, ma come «effettiva titolarità della posizione azionata»[54].

Le osservazioni or ora riportare hanno condotto il giudice ordinario della Cassazione a dichiarare ricevibile il ricorso a norma dell'art. 362 del c.p.c. e in ragione dell'indirizzo giurisprudenziale che riguarda il caso in esame[55]. In definitiva, il vizio per eccesso di potere giurisdizionale si configura allorquando sia positivamente accertata la sussistenza di un interesse legittimo quale posizione giuridica sostanziale e il giudice amministrativo ometta di esercitare la propria giurisdizione. È questa l'ipotesi di diniego di giurisdizione censurabile dalle Sezioni Unite, che rinviene la propria legittimità direttamente all'interno di una disposizione costituzionale.

---

[52] Così Cass. SS.UU., 23 novembre 2023, cit., p. 23.

[53] *Ibidem*, si legge che l'esame distinto e concreto degli statuti delle associazioni sarebbe stato necessario «per accertare caso per caso la loro legittimazione, soprattutto alla luce della eterogeneità dei soggetti intervenuti, che vanno dalle associazioni di categoria e sindacali agli enti pubblici territoriali».

[54] Così Cass. SS. UU., 2 agosto 2019, n. 20820, il cui indirizzo sembra essere pienamente condiviso dalla stessa giurisprudenza amministrativa, *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2018, n. 3923.

[55] Cass. SS.UU., 1° giugno 2023, n. 15601, che ribadisce l'attribuzione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di determinare se la pretesa sostanziale dedotta sia effettivamente considerata come interesse legittimo o, invece, consista in un mero interesse di fatto pertanto non giustiziabile. Nel primo caso vi è la sussistenza della giurisdizione amministrativa se l'ordinamento consideri come interesse legittimo la situazione giuridica soggettiva fatta valere nel giudizio, nel secondo caso, viceversa, si è al cospetto di una fattispecie di difetto assoluto di giurisdizione a causa della mancanza di una concreta giustiziabilità della situazione fatta valere. Così Cass. SS.UU., 23 novembre 2023, p. 25.

ISSN 2036-7821

Tuttavia, i giudici della Cassazione non si sono limitati a questa precisazione, strettamente legata alla fattispecie sottoposta alla loro attenzione. Essi hanno ritenuto precisare – potrebbe obiettarsi – un punto, se non un vero e proprio principio di diritto. In merito, i giudici affermano che l'ipotesi del rifiuto o diniego di giurisdizione si configura in tutte quelle circostanze in cui le Sezioni Unite accertino nel merito che la sentenza impugnata disconosca la tutelabilità in astratto delle situazioni giuridiche fatte valere, sia quando esse siano interessi legittimi sia quando esse siano diritti soggettivi nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Per far sì che questo scenario si configuri non è necessaria la presenza di una «formale declaratoria» dell'organo giurisdizionale di ultima istanza. In sostanza, ai fini della sussistenza del vizio di eccesso di potere giurisdizionale, non rileva la presenza o meno di una motivata decisione adottata dal Consiglio di Stato, il cui contenuto indichi con meticolosità l'inesistenza o la mera fattualità della situazione giuridica azionata (*id est*, la sua non tutelabilità). Tale statuizione si rivela essere ultronea e non necessaria poiché – prosegue la Corte – è prerogativa delle Sezioni Unite verificare, attraverso un controllo pieno e sostanziale, se la sentenza del giudice amministrativo abbia causato oggettivamente effetti riconducibili a un diniego di tutela giurisdizionale[56].

La decisione delle Sezioni Unite di accogliere le doglianze mosse dai ricorrenti, dunque, dimostra come l'Adunanza Plenaria, negando la giustiziabilità, abbia indebitamente degradato l'interesse legittimo a interesse meramente fattuale e, di riflesso, abbia mancato di esercitare la propria giurisdizione. Inoltre, l'*iter* logico seguito dal giudice amministrativo risulta carente sotto il profilo istruttorio, allorché egli ha deliberatamente provveduto all'estromissione dal giudizio delle parti ricorrenti, tanto le associazioni e i sindacati di categoria quanto gli enti pubblici territoriali come la Regione Abruzzo, sulla semplice, aprioristica e immotivata base di non giustiziabilità (*rectius*: diniego) dell'interesse collettivo appartenente alle stesse istanti[57]. Il che ha ingiustamente loro precluso l'accesso alla giurisdizione e al relativo contraddittorio, giacché in Adunanza Plenaria si sarebbero, come poi si è effettivamente verificato, prevedibilmente enunciati i principi di diritto vincolanti non solo per il giudice remittente, ma anche per tutti i giudici della giurisdizione amministrativa e financo per tutte le Amministrazioni. Per questo ordine di ragioni, la presa di posizione dell'Adunanza Plenaria configura un inequivocabile sintomo di

[56] Ivi, p. 26.

[57] Ivi, p. 29, i giudici delle Sezioni Unite osservano come «l'interesse delle associazioni a partecipare al giudizio di appello è asceso al massimo grado una volta che, con il decreto n. 160/2021, il Presidente del Consiglio di Stato ha deferito d'ufficio all'A.P. tre questioni di diritto di fondamentale importanza per gli interessi delle categorie rappresentate, in tema di legittimità ed efficacia delle proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative nell'intero territorio nazionale, proprio in ragione della "particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria, onde assicurare certezza e uniformità di applicazione nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali"».

ISSN 2036-7821

diniego (o arretramento) di giurisdizione in una controversia che è devoluta al sindacato del giudice amministrativo[58]. In aggiunta, il giudice ordinario esclude che l'ammissibilità dell'intervento dei portatori di interessi collettivi possa essere condizionato alla verificazione della sussistenza di uno specifico interesse uguale a quello azionato dal ricorrente in via principale, ovvero il titolare della concessione marittima. A riguardo, le Sezioni Unite hanno approfittato del proprio sindacato per determinare che le associazioni di categoria e gli enti pubblici territoriali agiscono a tutela di interessi collettivi «collegati e convergenti ma non confondibili con l'interesse specifico individuale fatto valere da chi (il titolare di una concessione) è parte principale nel processo»[59]. Infatti, nella fattispecie, l'interesse fatto valere dalle associazioni e dalla Regione Abruzzo è legittimo e collettivo, oltre che riconducibile agli obiettivi statutari degli enti *de quibus*, i quali ultimi risultano essere lesi in via diretta dagli effetti del provvedimento controverso[60].

Così, il giudice amministrativo ha negato il riconoscimento di una tutela giurisdizionale alle associazioni di categoria e all'ente regionale mediante mere statuizioni di principio prescindendo da un'oculata analisi dei rispettivi singoli statuti dai quali l'Adunanza Plenaria avrebbe, di conseguenza, dovuto trarre la conformità di questi ultimi agli interessi collettivi fatti valere dalle parti intervenienti nel giudizio. La decisione del giudice amministrativo, invece, ha sostanzialmente degradato la situazione giuridica soggettiva dei ricorrenti da interesse legittimo a interesse di fatto, configurando un vizio di eccesso di potere giurisdizionale «sotto il profilo dell'arretramento della giurisdizione ad una materia devoluta alla cognizione giurisdizionale del giudice amministrativo»[61]. Il che giustifica la Cassazione della sentenza impugnata e il conseguente rinvio al Consiglio di Stato, il quale dovrà decidere sulla base delle statuizioni pronunciate dalle Sezioni Unite.

Sicché, può sostenersi che la controversia sia tutt'altro che chiusa, non solo sul piano giurisdizionale, ma anche e soprattutto sul piano politico-istituzionale, dato che il Governo è impegnato nell'attività di completamento della mappatura costiera, sulla base della quale dovrà evincersi la sussistenza o meno della scarsità della risorsa naturale e stabilirsi, eventualmente, quali concessioni saranno oggetto di gara a evidenza pubblica e quali, verosimilmente, no. Quanto alla pronuncia delle Sezioni Unite, invece, un dato sicuramente positivo è rappresentato dalla cassazione della

[58] Ivi, p. 30.

[59] *Ibidem*.

[60] Quanto alla posizione giuridica della Regione Abruzzo, Ivi, p. 31, la Corte precisa che «le doglianze espresse dalla Regione [...] sono fondate per ragioni analoghe a quelle riguardanti gli altri ricorrenti, avendo la sentenza anche in tal caso disconosciuto l'interesse proprio dell'ente regionale a intervenire nella fase del giudizio dinanzi all'A.P., coerentemente con la giurisprudenza amministrativa che ha valorizzato il ruolo degli enti territoriali come soggetti esponenziali degli interessi della collettività, con connesso riconoscimento di un'ampia legittimazione a partecipare al giudizio amministrativo [...]».

[61] Ivi, p. 32.

ISSN 2036-7821

sentenza del giudice amministrativo nella misura in cui questi ha ingiustamente estromesso dal giudizio le parti intervenienti, portatrici di interessi collettivi rilevanti e attinenti al caso concreto. La portata rescindente della decisione del giudice ordinario consentirà alle parti di far valere in giudizio le proprie ragioni.

La decisione adottata dalla Corte Suprema però non sembra essersi limitata alla valutazione dei soli motivi inerenti all'esclusione delle parti in giudizio che ne hanno concausato successivamente la configurazione del diniego di giurisdizione e, dunque, della figura dell'eccesso di potere giurisdizionale ad opera del giudice amministrativo. A riguardo, pare che le Sezioni Unite abbiano profittato della circostanza controversa per esercitare la propria funzione nomofilattica anche per meglio definire il perimetro della giustiziabilità della situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo e, in particolare, del confine tra quest'ultimo e l'interesse meramente fattuale, incentrando la propria disamina anche sull'*iter* logico e ricostruttivo impiegato dal Consiglio di Stato. Il giudice ordinario afferma altresì che, affinché possa egli pervenire all'accertamento di un'ipotesi di rifiuto o diniego della giurisdizione, è necessario svolgere un controllo contenutistico nella parte della sentenza amministrativa in cui venga effettivamente negata la tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere. Non solo, ma questo giudice ribadisce che, ogniqualvolta sia chiamato a effettuare un controllo di tale natura e intensità, non è indispensabile una declaratoria formale di ultimo grado né risulta decisiva una dichiarazione altrettanto formale circa la non sussistenza della tutelabilità della situazione giuridica fatta valere dall'istante[62]. Concludendo sul punto, siffatto compito spetta in via esclusiva – solo in seguito a un controllo sostanziale – alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il cui sindacato sull'operato delle scelte appena osservate del giudice amministrativo appare senz'altro pieno[63]. La pienezza di questo controllo sembra emergere anche sotto altro e rilevante profilo, ovvero dalla legittimità del controllo delle Sezioni Unite avverso le sentenze del Consiglio di Stato, rese nell'esercizio della funzione nomofilattica, che si siano limitate a statuire principi di diritto.

---

[62] Parafrasando L. MAROTTA, *Il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo*, Napoli, 1976, p. 128 ss., secondo cui il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo (anche discrezionale) dovrebbe essere «assoluto e completo» affinché sia verificata la sua conformità alla legge, pare che tale sindacato, nella fattispecie, sia transitato dal controllo sull'atto al controllo sull'attività giurisdizionale esercitata –o non esercitata – dal giudice amministrativo.

[63] Viceversa, attiene «al merito della controversia devoluta al giudice amministrativo, cioè alla fondatezza della domanda [...] ogni questione concernente l'idoneità di una norma di diritto – per come applicata in concreto – a tutelare l'interesse dedotto dalla parte in giudizio [...]»., così Cass. SS.UU., 1° giugno 2023, cit., p. 4. A tale proposito, giova richiamare l'ammonimento espresso da M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni*, cit., p. 180, secondo cui «sembra cruciale individuare un criterio di riparto che consenta di delineare il confine tra le due giurisdizioni, in modo da garantire a ciascun giudice la cognizione e la tutela delle diverse situazioni soggettive e offrire un adeguato fondamento alla permanenza di entrambe le giurisdizioni, senza incorrere nel rischio di una duplicazione delle stesse».

ISSN 2036-7821

Se per un verso la decisione della Corte Suprema ha prodotto delle conseguenze degne di rilievo, in particolare ordinando il rinvio della controversia nuovamente dinanzi al Consiglio di Stato e con l'obbligo di integrazione del contraddittorio tra le parti, d'altra parte essa non ha ritenuto opportuno pronunciarsi sulle ulteriori e non meno rilevanti doglianze mosse dai ricorrenti. Più precisamente, le Sezioni Unite si sono limitate a pronunciare l'eccesso di potere sotto il solo profilo dell'arretramento della giurisdizione rispetto a una materia devoluta alla cognizione del giudice amministrativo, senza spingersi oltre, ovvero senza verificare il travalicamento da parte di quest'ultimo del proprio ambito di attribuzioni, sconfinando indebitamente in quello riservato al solo legislatore e alla sola Amministrazione. Il che può rappresentare un problema non di second'ordine, dato che la pronuncia del giudice del Consiglio di Stato risulta essere viziata nella sola parte in cui ha estromesso ingiustamente dal giudizio le associazioni e l'ente territoriale intervenienti. Infatti, il giudice ordinario ha dichiarato assorbiti gli altri motivi proposti dai ricorrenti, tra i quali il più importante è senza ombra di dubbio costituito dall'invadenza del giudice amministrativo di altre sfere di potere, tra cui quella legislativa. In altri termini, se da un lato è da accogliersi positivamente la pronuncia del giudice ordinario, dall'altro essa lascia irrisolta una questione dirimente, che rischia di consolidare un precedente alquanto pericoloso, rappresentato dalla possibilità per il giudice amministrativo di sindacare le scelte di opportunità del legislatore e dell'esercizio del potere discrezionale riservato ai soli organi amministrativi. Nella fattispecie in esame pare che l'Adunanza Plenaria sia giunta financo a sostituirsi *de facto* a questi ultimi, impiegando il proprio sindacato allorché il potere legislativo e quello discrezionale non erano ancora stati pienamente esercitati. Sicché, mentre dal punto di vista del contraddittorio il problema sembra essersi risolto in ragione della censura e del rinvio dinanzi al Consiglio di Stato della controversia, per il profilo della legalità e della separazione dei poteri[64] esso permane, innescando una serie di dubbi e continuando ad accrescere un quadro che, allo stato dell'arte, è già oltremodo incerto. In merito, deve inoltre ricordarsi che già la Corte Costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso presentato da alcuni deputati, nel corso della precedente legislatura, che hanno sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato[65]. Di talché l'eccesso di potere giurisdizionale, sotto il profilo della garanzia dell'integrità delle attribuzioni degli altri poteri dello Stato differenti da quello giurisdizionale

[64] Sembrano risuonare come un'eco le parole pronunciate da L. MEUCCI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898, p. 67 ss., allorché giudicava in netto contrasto l'istituzione del contenzioso amministrativo con la separazione dei poteri e la terzietà e imparzialità del giudice. Secondo l'illustre Autore, il «solo potere giudiziario deve iudicare». Al pari, deve dirsi che tale potere deve limitarsi all'unico compito che gli è demandato dall'ordinamento, ovvero quello di giudicare.

[65] Corte Cost. 25 maggio 2022, ord. n. 154, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, *1° Serie speciale*, n. 25 del 17 giugno 2022.

ISSN 2036-7821

(legislativo ed esecutivo), potrà essere, probabilmente, sollevato solo dopo che il Consiglio di Stato si sarà nuovamente pronunciato sulla controversia e con ulteriore ricorso indirizzato alle Sezioni Unite della Corte Suprema. In sostanza, uno scenario che potrà assumere caratteri maggiormente paradossali.

5. Un quadro che si va definendo? L'ultima decisione del TAR per la Puglia di Lecce dopo il responso della Corte di giustizia e la missiva della Commissione UE.

Orbene, l'annosa questione delle concessioni demaniali marittime non è dunque circoscritta alla sola efficacia diretta della normativa *Bolkestein*, ma si è costatato come essa si sia estesa oltremodo e abbia toccato quasi tutti i rami della giurisdizione, a livello nazionale arrivando a investire le sedi nomofilattiche sia della giurisdizione amministrativa che di quella ordinaria, a livello sovranazionale in seguito alla chiamata in causa della Corte di giustizia dell'Unione europea. Il caso può ritenersi tutt'altro che chiuso. Tuttavia, ciò non esclude che il quadro normativo e giurisdizionale vada pian piano meglio definendosi. In tale direzione, a livello nazionale, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno confermato l'eccesso di potere giurisdizionale in cui è incorso il giudice amministrativo in sede nomofilattica, limitandosi però a contestare la sola e immotivata estromissione dal giudizio delle parti intervenienti. Come osservato, il giudice ordinario ha ritenuto il resto delle doglianze "assorbite", non soffermandosi circa l'eventuale sconfinamento della giurisdizione amministrativa verso le prerogative del legislatore e, di conseguenza, anche dell'Amministrazione. In sede europea, invece, i giudici della Corte hanno statuito in merito all'idoneità della direttiva n. 2006/123/CE a esplicare effetti diretti in presenza di determinate circostanze, sancendo altresì la natura armonizzatrice della direttiva e, non in ultimo luogo, l'impossibilità per il giudice nazionale di valutare direttamente e in via autonoma e discrezionale la sussistenza o meno del requisito della scarsità della risorsa naturale. Si tratta di elementi che il giudice amministrativo del TAR per la Puglia di Lecce ha recepito in seguito alla propria ordinanza di rimessione in via pregiudiziale alla CGUE e che hanno, di conseguenza, consentito di assumere una decisione definitiva sulla controversia[66].

A questo riguardo, la pronuncia del TAR sopraggiunge all'udienza di discussione dinanzi alla Suprema Corte di Cassazione nella composizione a Sezioni Unite ma precede la pubblicazione della relativa sentenza, sicché si passano in rassegna le statuizioni svolte da questo giudice amministrativo per quel che concerne i soli profili di legittimità del ricorso proposto dalla ricorrente Autorità Garante per la concorrenza e il mercato e i profili di diritto euro-unitario che fungono da parametro interpretativo vincolante della disciplina nazionale. In relazione a quest'ultimo assunto, ovvero alla portata vincolante delle pronunce rese dalla CGUE, il giudice

[66] Si deve ora fare riferimento a TAR per la Puglia di Lecce, sez. I, 2 novembre 2023, n. 1223.

ISSN 2036-7821

amministrativo, rifacendosi a una costante giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria[67], rileva che le statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia europea sono dotate della stessa natura delle norme unionali oggetto di interpretazione e sono pertanto qualificabili come sopravvenienze normative, aventi natura dichiarativa e non costitutiva. Il che comporta l'efficacia *ex tunc* delle stesse, poiché, come noto, le sentenze del giudice euro-unitario rivestono il carattere di fonti di integrazione del diritto unionale, in grado di esprimere la sua interpretazione autentica[68]. In altri termini, la direttiva *Bolkestein* deve essere interpretata alla luce della pronuncia vincolante resa dalla Corte di giustizia nella sentenza C-348/22 del 20 aprile 2023. Svolta questa premessa, si devono ora osservare i rilievi dirimenti della sentenza che hanno condotto il giudice del TAR a dichiarare il ricorso dell'AGCM improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

In primis, per quanto inerisce l'efficacia diretta dell'art. 12 della direttiva, nonché nella parte in cui si fa espresso divieto per le Amministrazioni di rinnovare le concessioni demaniali marittime in essere o il legislatore disponga proroghe automatiche delle stesse, la Corte di giustizia ha affermato che suddetto divieto opera solo e qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato a causa della sussistenza della scarsità delle risorse naturali utilizzabili. Siffatto requisito deve essere determinato, in via di fatto, direttamente dall'Amministrazione competente[69]. Ed è in relazione a questo punto di diritto che si è registrata la divergenza tra l'Adunanza Plenaria e il giudice amministrativo che ha, di riflesso, ritenuto imprescindibile sospendere il giudizio e rimettere la questione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia. In fin dei conti il tempo ha dato ragione a quest'ultimo, dato che, sia in riferimento all'individuazione del soggetto competente che al metodo e all'esercizio e all'ampiezza del potere discrezionale, la valutazione circa la scarsità della risorsa naturale spetta in via esclusiva allo Stato-Amministrazione ed è sottratto alla libera valutazione del giudice. Si rammenta altresì che su tale punto le Sezioni Unite non hanno ritenuto opportuno soffermarsi.

In secundis, tale valutazione discrezionale costituisce una precondizione «da accertarsi in via preliminare», che deve logicamente antecedere l'obbligo di dare esecuzione, ancorché con efficacia diretta, del contenuto negativo della direttiva euro-unitaria[70]. In merito, il giudice nazionale è dotato esclusivamente di una

[67] Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11. In tal senso, si è espresso anche in un momento anteriore il giudice delle leggi, a partire da Corte Cost., 19 aprile 1985, n. 113.

[68] TAR Puglia, n. 1223, cit., §9.

[69] CGUE, C-348/2022, cit., §71.

[70] Così TAR Puglia, n. 1223, cit., §8, che richiama quanto statuito dalla CGUE, C-348/2022, cit., §78, secondo cui i divieti *de quibus* si applicano «solo nel caso in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali utilizzabili, le quali devono essere determinate in ordine ad una situazione di fatto valutata dall'amministrazione competente sotto il controllo di un giudice nazionale [...]».

ISSN 2036-7821

funzione di controllo di «secondo grado» da esercitare nei confronti dell'operato e delle valutazioni discrezionali svolte dall'Amministrazione, non potendo egli direttamente valutare, per di più in luogo e in sostituzione dell'Amministrazione medesima, la sussistenza del requisito della scarsità delle risorse naturali, usurpando *de facto* il potere discrezionale non ancora esercitato dal soggetto competente[71]. Un tale potere, prima ancora che essere riconosciuto in via giurisdizionale, è stato conferito in via diretta dallo stesso legislatore euro-unitario, il quale, all'interno dell'art. 12, paragrafo 1 della direttiva n. 2006/123/CE, ha precisato che spetta agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali. Un'affermazione difficilmente equivocabile. Sicché, avendo il TAR appreso la preclusione per ogni giudice nazionale di statuire in via generale e astratta sulla sussistenza (o meno) della scarsità della risorsa e, inoltre, avendo appreso che l'efficacia diretta della normativa euro-unitaria di riferimento sia subordinata alla previa valutazione e verifica da parte dello Stato membro e della sua Amministrazione della scarsità della risorsa naturale in questione, il ricorso inizialmente proposto contro gli atti di proroga posti in essere dal Comune di Ginosa Marina deve intendersi improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

La sopravvenienza, come evidenzia il giudice amministrativo, rileva sotto due differenti profili: il primo è di natura formale ed è da rinvenirsi nell'inefficacia che oramai riguarda gli atti di proroga in conseguenza dell'approvazione dell'intervenuta legge 5 agosto 2022, n. 118, la quale ha abrogato la precedente legge n. 145/2018 in virtù della quale erano state disposte tutte le proroghe inerenti alle concessioni demaniali marittime. D'altra parte, è intervenuta la legge 24 febbraio 2023, n. 14 con la quale il legislatore ha prorogato al 31 dicembre 2024 la scadenza delle concessioni demaniali marittime in essere per la sola esigenza consistente nel predisporre tutte le misure necessarie affinché si potesse istruire un apposito "tavolo tecnico" in grado di elaborare i criteri necessari per la valutazione della scarsità della risorsa costiera (es: la c.d. mappatura delle coste).

In sintesi, in ordine a quanto or ora evidenziato, per il giudice amministrativo del TAR non occorre attendere la pronuncia della Suprema Corte circa lo sconfinamento di potere da parte dell'Adunanza Plenaria, poiché tale vizio è già stato colmato dal legislatore mediante la legge n. 118/2022 che ha provveduto a privare di effetti tutti gli atti di proroga[72] e, al contempo, perché l'intervenuta pronuncia della CGUE ha

[71] TAR Puglia, n. 1223, cit., §8, afferma che resta «pertanto esclusa la legittimità di una valutazione o declaratoria *tout-court* della scarsità della risorsa ad opera del giudice nazionale in via generale ed astratta (in assenza di criteri trasparenti ed uniformi e di attività istruttoria)».

[72] A ciò si deve aggiungere l'indirizzo più che consolidato del Consiglio di Stato, il quale ogniqualvolta si trovi dinanzi a impugnative aventi a oggetto la proroga di concessioni demaniali marittime ne ordina la disapplicazione. Anche quando il concessionario lamenti la violazione del principio del legittimo affidamento e la

ISSN 2036-7821

chiarito a chi spetta stabilire la valutazione del requisito della scarsità, quale condizione che deve necessariamente accertarsi in via preliminare a quest'ultima. Questa statuizione lascia in ogni caso residuare delle perplessità nella misura in cui il riconoscimento della competenza a pronunciare sulla presenza del requisito della scarsità della risorsa derivi dal giudice euro-unitario e non, piuttosto, dal giudice nazionale. In altri termini, si configura uno scenario in cui è l'ordinamento euro-unitario, attraverso l'organo giurisdizionale, a determinare gli ambiti e le competenze che dovrebbero essere, invece, di spettanza strettamente costituzionale.

In conclusione, tornando alla decisione del TAR di Lecce, sembrano potersi condividere le formulazioni contenute nella sua decisione, le quali restituiscono un quadro politico e giuridico di certo più chiaro e meno nitido di quello degli ultimi due anni, in cui è regnata l'incertezza più assoluta[73]. A tal proposito, deve riconoscersi l'importanza del rinvio pregiudiziale svolto dal giudice di prime cure, il quale non si è limitato alla mera recezione dei punti di diritto fissati in sede nomofilattica dall'Adunanza Plenaria, ma, dopo averli approfonditi con una certa capacità di analisi, ha deciso arditamente di discostarsene, con una serie di motivi che si sono rivelati, in sede di interpretazione del diritto euro-unitario, fondati. Ne consegue che la decisione di questo giudice amministrativo si affianca a quella della Suprema Corte di Cassazione, la quale ha notevolmente contribuito a ripristinare un minimo di ordine che le sentenze dell'Adunanza Plenaria avevano, in buona parte, fatto venir meno.

Tuttavia, gli organi istituzionali nazionali ed euro-unitari sembrano essere ancora distanti dal giungere a una pacifica e condivisa soluzione sul punto. Da ultimo, la Commissione dell'Unione europea ha deferito, mediante parere motivato, il Governo italiano alla Corte di giustizia per non aver recepito e attuato conformemente la direttiva *Bolkestein*[74]. Tra le doglianze mosse dalla Commissione, senza addentrarsi nel dettaglio del parere, risalta la contestazione dell'operato del tavolo tecnico istituito dal Governo italiano per quanto concerne la mappatura delle coste nazionali, in particolare i commissari hanno criticato i dati e i criteri impiegati dai tecnici dell'esecutivo e i risultati cui essi sono pervenuti[75]. Da questa prospettiva, come è

---

sussistenza di un'aspettativa nei confronti dell'azione amministrativa. In questa direzione, di recente, Cons. Stato, sez. VII, 3 novembre 2023, n. 9493, §6.2, i giudici di Palazzo Spada sostengono che alcuna «legittima aspettativa il concessionario poteva riporre sul prolungamento della concessione per un periodo così lungo – dal 2010 al 2033 – sulla scorta degli investimenti effettuati in quanto ciò avrebbe comportato, ragionevolmente, una radicale violazione delle regole della concorrenza per oltre venti anni, assicurandogli una "rendita di posizione" intollerabile anche quando si debbano considerare, in un'ottica di bilanciata ponderazione dei contrapposti interessi, gli investimenti effettuati».

[73] Si veda Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione di Lecce, *Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2023, Relazione del Presidente Antonio Pasca*, Lecce, 18 febbraio 2023, p. 35 ss.

[74] Commissione dell'Unione europea, 16 novembre 2023, INFR(2020) 4118 C(2023) 7231.

[75] Ivi, p. 18 ss.

ISSN 2036-7821

stato sottolineato, la priorità sarebbe, quindi, rappresentata dall'esigenza di un effettivo bilanciamento tra concorrenza ed economica sociale di mercato garantendo una decisa ricucitura tra l'ordinamento interno e quello europeo[76].

In definitiva, sembra che il parere motivato dell'esecutivo europeo sia divenuto un efficace – e a tratti malverso – strumento di controllo dell'esercizio della potestà legislativa e della discrezionalità amministrativa degli organi dello Stato. Il che non fa altro che acuire il rischio che i confini del conflitto si espandano oltre ogni limite e ogni immaginazione. Ma ciò non deve destare meraviglia né tantomeno scalpore, poiché l'ordinamento euro-unitario, sin dal suo principio, ha dimostrato di preferire la piena attuazione del regime di libero mercato e del dogma concorrenziale a qualunque altro principio od obiettivo, anche di natura solidaristica, rinvenendo nel binomio mercato-concorrenza la sua unica ragione d'essere[77].

[76] Così G. ARMAO, *Concessioni demaniali marittime e diritto eurounitario*, cit., p. 85.

[77] In questo senso A. SOMMA, *Abolire il lavoro povero. Per la buona e piena occupazione*, Roma-Bari, 2024, p. 43 ss., anche p. 189 ss.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il foglio di via obbligatorio: presupposti, giurisprudenza e recenti modifiche.

di Giovanni Tardi

(Ispettore di Polizia presso la Questura di Roma)

Sommario

1. Contenuti e ratio del foglio di via obbligatorio ante e post riforma del 2023. 2. I requisiti soggettivi per l'applicazione della misura del foglio di via obbligatorio. 3. La fase istruttoria e le valutazioni circa eventuali motivi legittimanti alla permanenza nel comune. 4. Sanzioni penali in caso si inosservanza del F.V.O.

Abstract

Foglio di via obbligatorio is one of the most important prevention measures that can be adopted by the Provincial Public Security Authority introduced by the Anti-Mafia Code. The same allows a person deemed dangerous to be removed from a given territory and to be prohibited from returning for a period of between six months and four years. The aforementioned measure, subject to specific requirements, was recently reformed with the Legislative Decree of 15 September 2023, n. 123.

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

ISSN 2036-7821

1. Contenuti e ratio del foglio di via obbligatorio ante e post riforma del 2023.

Con il parziale completamento dell'unità d'Italia del 1860 e con la crescente necessità di contrastare il brigantaggio, non arginabile esclusivamente mediante l'ordinamento penale, incominciò a farsi strada nel legislatore del tempo l'idea di adottare delle misure in grado di prevenire i fenomeni criminali; con la Legge temporanea Pica n. 1409 del 1863 veniva infatti introdotta nel Regno d'Italia la prima misura di prevenzione del domicilio coatto. La dottrina l'accolse positivamente specificando che mentre il diritto penale è strumento dell'Autorità Giudiziaria, il diritto della prevenzione, più vicino al diritto amministrativo, lo è dell'Autorità di Polizia poiché chiamata a vegliare al mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica[1] [2]. Le misure di prevenzione si sono via via sempre più strutturate con il fascismo attraverso la legislazione di pubblica sicurezza fino a confluire oggigiorno all'interno del Codice Antimafia adottato con il Decreto Legislativo n. 159 del 2011. All'interno delle misure di prevenzione personali, applicate in via amministrativa dal Questore, riveste grande importanza quella del foglio di via obbligatorio.

La misura di prevenzione del foglio di via obbligatorio ex articolo 2 del Decreto Legislativo n. 159/2011, così come recentemente modificata ad opera del D.L. 15 settembre 2023 , n. 123 - contenente "Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale – prevede la possibilità di allontanare da un territorio di un determinato comune, con il contestuale divieto di farvi ritorno, salvo autorizzazioni e per un periodo da sei mesi a quattro anni, tutte quelle persone rientranti nelle categorie indicate dall'articolo 1 del d.lgs n 159/2011 e che ritenute socialmente pericolose per la sicurezza pubblica non abbiano né residenza né domicilio nello stesso. Il provvedimento indicato, adottato dal Questore e adeguatamente motivato, ha duplice contenuto consistente sia in un ordine di allontanamento sia in un divieto di ritorno nel territorio indicato. Lo stesso potrebbe tuttavia avere anche un contenuto sostanzialmente unico poiché nella nuova previsione il provvedimento è efficace nella sola parte in cui dispone il divieto di ritorno nel comune, nel caso in cui, al momento della notifica, l'interessato abbia già lasciato il territorio del comune dal quale il Questore ha disposto l'allontanamento.

La previgente normativa – *ante* 2023 - prevedeva sempre la possibilità di allontanare da un determinato comune - con il contestuale divieto di farvi ritorno, salvo autorizzazioni, per un periodo da uno a tre anni - ogni soggetto ritenuto socialmente pericoloso ma con la necessaria e contestuale prescrizione aggiuntiva di fare rientro

[1] Cfr. F. CARRARA, "*Lineamenti di pratica legislativa penale*", Bologna, 2007 (I ed. 1874).
[2] Cfr. E. CICONTE, "*La grande mattanza – storia della guerra al brigantaggio*", Roma-Bari, 2018.

ISSN 2036-7821

nel comune di residenza[3]; il contenuto del provvedimento era quindi triplice in quanto composto da un ordine di allontanamento, un divieto di ritorno nel luogo da cui si era stati allontananti e un ordine di rientro nel luogo di vita abituale da intendersi, ai sensi dell'articolo 43 del Codice Civile, quale luogo di dimora abituale *rivelato dalle consuetudini di vita e dallo svolgimento delle normali relazioni sociali, familiari ed affettive*[4][5], seppur diverso da quello risultante dalle banche dati anagrafiche.

Il legislatore, nell'ambito delle recenti modifiche apportate alla norma di cui all'articolo 2 del d.lgs 159/2011, oltre che a modifiche formali, ha sostanzialmente rimosso il c.d. rimpatrio nel Comune di dimora abituale andando di fatto a cambiare la *ratio* dell'istituto. La *ratio* del previgente istituto, diversamente da come poteva apparire, non era quella di allontanare un soggetto da un luogo ma quella *di prevenire le manifestazioni della pericolosità sociale*[6] dello stesso grazie al ritorno nel proprio luogo di vita; aspetto che doveva assicurare non soltanto un controllo più efficace da parte dell'Autorità di Pubblica Sicurezza ma anche un possibile reinserimento sociale *dovendosi ragionevolmente presumere che* la persona, *nel luogo della sua dimora abituale, abbia le maggiori possibilità di reinserirsi in un ambiente più confacente ad un sistema di vita meno esposto ai pericoli ed ai turbamenti del luogo di non abituale dimora*[7]. Già le prime pronunce della Corte Costituzionale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale della vecchia disposizione legislativa sul foglio di via di cui all'articolo 2 L. 1423/1956, poi confluita nell'articolo 2 del Codice Antimafia, indicava che *l'obbligo di portarsi, almeno inizialmente, nel Comune di residenza risponde ad una esigenza logica, fondata sulla realtà: senza l'indicazione di una destinazione il foglio di via avrebbe l'aspetto di un bando, non di un ordine di trasferimento da un Comune ad un altro*[8].

Alla luce delle considerazioni prima esposte la giurisprudenza consolidatasi nel 2019 - andando a mutare l'orientamento sviluppatosi tra il 2012 e 2013 secondo cui l'Autorità di Pubblica Sicurezza poteva adottare l'ordine di allontanamento senza necessariamente impartire l'ordine di rimpatrio[9] – sottolineava la necessaria correlazione dell'ordine di rimpatrio al divieto di ritorno, con relativo ordine di allontanamento, in quanto elementi fondamentali del provvedimento la cui non

[3] Vedi Articolo 2 del Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159 Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia a norma degli articoli 1 e 2 della Legge 13 agosto 2010 n. 136, G.U. 28 settembre 2011, n. 226.

[4] Cit. Corte di Cassazione civile, Ordinanza Sez. I, 15 febbraio 2021 n. 3841.

[5] Si veda in tal senso: Corte di Cassazione civile, sez. III, 14 maggio 2013, n. 11550; Cass. civile, sez. I, 1 dicembre 2011, n. 25726; Cass. civile, sez. V, 13 giugno 2008, n. 15938.

[6] Corte di Cassazione Penale, Sez. I, Sentenza 2019 n. 40832.

[7] Corte Costituzionale, Sentenza 20 giugno 1964 n. 68.

[8] Corte di Cassazione penale, sez. I, Sentenza 29 agosto 2019, n. 36652.

[9] La giurisprudenza formatasi tra il 2012 e il 2013 ha indicato che il contenuto centrale del foglio di via obbligatorio è il divieto imposto alla persona pericolosa di ritornare senza autorizzazione in un determinato comune dove egli non è residente e non anche il rimpatrio, motivo per il quale è stato ritenuto legittimo il provvedimento composto solo dal divieto di ritorno.

ISSN 2036-7821

reciproca esistenza avrebbe determinato un'illegittimità da ricondursi all'ipotesi di nullità di cui all'articolo 21 septies della Legge n 241/90[10]. Infatti, nel 2019, la Corte di Cassazione - nel rigettare il ricorso formulato dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Venezia avverso una sentenza di assoluzione per il reato di cui all'articolo 76, comma 3, del d.lgs n. 159/2011 contestato ad un cittadino straniero colpito da foglio di via senza rimpatrio in quanto senza fissa dimora - osservava *che premesse l'imprescindibilità e l'inscindibilità delle prescrizioni di fare rientro nel luogo di residenza e di non ritornare nel comune oggetto dell'ordine di allontanamento, per la legittima emissione del foglio di via obbligatorio, la mancanza di una delle due prescrizioni (nella specie, quella relativa all'ordine di rientro) rende l'atto amministrativo difforme dalla fattispecie tipica e carente di uno degli elementi essenziali previsti dal d.lgs. n. 159 del 2011, art. 2, la cui mancanza è idonea a produrre la nullità (di natura strutturale) dell'atto prevista dalla L. n. 241 del 1990, art. 21-septies sul procedimento amministrativo*[11].

La nuova disciplina del foglio di via obbligatorio, ridisegnata a seguito del Decreto Legge 15 settembre 2023 , n. 123, - ad una attenta osservazione - muta completamente la finalità del provvedimento questorio che da misura di prevenzione finalizzata a prevenire la manifestazione della pericolosità sociale del soggetto, grazie al reinserimento nel tessuto sociale di provenienza, a misura di prevenzione finalizzata a prevenire la manifestazione della pericolosità sociale del soggetto in un determinato contesto spaziale. Il definitivo superamento del necessario rimpatrio, anche alla luce dei ragionamenti svolti in sede giurisprudenziale, modifica quindi il foglio di via obbligatorio in un vero e proprio atto di bando da un determinato territorio più che di rimpatrio a fini preventivi. L'introdotta riforma, senz'altro apprezzabile, esalta le finalità di tutela della società di un determinato territorio e consente quindi l'applicazione anche a tutti quei soggetti pericolosi per la sicurezza pubblica cui prima non era applicabile poiché, ad esempio, prive di formale residenza, stabile domicilio o senza fissa dimora. In altri termini viene meno l'interesse - in passato ritenuto primario ma allo stesso tempo limitante in termini di applicazione soggettiva - a ricollocare il soggetto nel proprio habitat di provenienza proprio sulla maturata consapevolezza che lo stesso solo sul piano teorico, anche alla luce del un mutato contesto sociale, è più confacente ad un sistema di vita meno esposto ai pericoli ed ai turbamenti del luogo di non abituale dimora.

Prima di analizzare i presupposti per l'applicazione del F.V.O. è utile ricordare che la disciplina sul foglio di via, nel corso del tempo e soprattutto negli anni sessanta e settanta, è stata al centro di vivi dibattiti di legittimità costituzionale in riferimento ad una presunta violazione degli articoli 3, 16, 25 e 102 della Costituzione. Le sollevate questioni di legittimità erano tutte imperniate sul fatto che non si potesse

[10]Corte di Cassazione penale, sez. I, Sentenza 29 agosto 2019 n. 36652.
[11]Corte di Cassazione penale, sez. I, Sentenza 29 agosto 2019, n. 36652.

ISSN 2036-7821

incidere il diritto alla libera circolazione in relazione a situazioni strettamente personali, che l'obbligo di ritorno in un determinato luogo non fosse esplicitamente previsto e quindi palesemente abnorme e che il provvedimento fosse emanato in assenza di contraddittorio e senza una valutazione giurisdizionale sulla base di una mancata ma necessaria riserva di giurisdizione invece prevista per le analoghe misure di sicurezza. Nel rigettare le questioni di legittimità, la Corte Costituzionale ha sottolineato che l'impianto delle misure di prevenzione adottate dal Questore, tra cui rientra il foglio di via, devono ritenersi perfettamente legittime in quanto: non incidono sulla libertà personale tutelata dall'articolo 13 della Costituzione per il quale sarebbe giustamente necessaria una riserva di giurisdizione; non sono idonee a ledere il principio di uguaglianza rilevabile soltanto nel caso in cui una norma sia emanata "in odio" a determinate categorie e non lede la libertà di circolazione in quanto adottata sulla base di previsioni normative di carattere generale applicabili alla generalità dei consociati.

2. I requisiti soggettivi per l'applicazione della misura del foglio di via obbligatorio.
Terminato il breve excursus sugli elementi del provvedimento è utile affrontare il campo di applicazione soggettiva della misura in questione. La categoria di soggetti a cui è applicabile il foglio di via obbligatorio è indicata all'interno dell'articolo 1 del d.lgs. n. 159/2011 che individua, più in generale, i soggetti a cui sono applicabili le misure di prevenzione adottabili in via amministrativa dal Questore. Nella citata norma si indica che possono esservi sottoposti: coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; coloro che per la condotta ed il tenore di vita debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose e coloro che per il loro comportamento debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, 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.
Le predette categorie, per quanto lascino spazio a margini interpretativi a causa di un deficit di tassatività, annoverano le persone in ordine al quale può essere formulato un giudizio di pericolosità sociale generica[12] sulla base di un giudizio prognostico di possibile commissione di fatti antigiuridici aventi rilevanza penale. L'utilizzo della predetta terminologia ovvero l'essere abitualmente dediti a traffici delittuosi, il vivere con il prodotto e profitto degli stessi e la dedizione alla commissione di reati idonei a mettere in pericolo la sicurezza, la sanità e la tranquillità pubblica consente di far comprendere che il presupposto per la sua applicazione è l'accertamento di condotte antigiuridiche di esclusiva rilevanza penale, anche fermatesi nella fase del

[12] Si rappresenta che nell'ambito delle misure di prevenzione il Codice Antimafia individua forma di pericolosità qualificata deducibile dal fatto di essere indiziati di alcuni delitti specificatamente indicati.

ISSN 2036-7821

tentativo che si inseriscano in un *curriculum* criminale più ampio gravante sul soggetto.

Ai fini di un giudizio di pericolosità sociale di cui lettera a) dell'articolo 1 del d.lgs. n. 159/2011 è necessario valutare e considerare l'esistenza di c.d. traffici delittuosi commessi in maniera abituale. Benché il concetto possa risultare ampio, si sono sviluppati due diversi orientamenti circa il suo significato. Per un primo orientamento il concetto va interpretato in maniera tassativa e ricondotto a quelle ipotesi di *commercio illecito di beni tanto materiali,* come ad esempio armi, sostanze stupefacenti, valuta o beni contraffatti, proventi di delitti, *quanto immateriali* – come ad esempio *di influenze illecite, di notizie riservate, di dati protetti dalla disciplina in tema di privacy, o addirittura concernente esseri viventi (umani, con riferimento ai delitti di cui al d.lgs. n. 286 del 1998 o di cui agli artt. 600 e segg. c.p. ed animali, con riferimento alla normativa di tutela di particolari specie) nonché a condotte latu sensu negoziali ed intrinsecamente illecite (usura, corruzione) ma comunque evitando che essa si confonda con la mera nozione di delitto da cui sia derivato una qualche forma di provento.* Il termine trafficare dal punto di vista etimologico significa *in primo luogo commerciare, poi anche "darsi da fare, affaccendarsi, occuparsi in una serie di operazioni, di lavori, in modo affannoso, disordinato, talvolta inutile" e infine, in ambito marinaresco, maneggiare ma non può fondatamente estendersi al significato di delinquere con finalità di arricchimento*[13]. Secondo un secondo recente orientamento, maggiormente in linea con le finalità di prevenzione che si pone la normativa in materia, per traffici delittuosi devono intendersi quell'insieme di azioni delittuose che determinino un arricchimento illecito *anche senza il ricorso a mezzi negoziali fraudolenti e quindi condotte delittuose caratterizzate da una tipica attività trafficante,* ma *tutte quelle che sono caratterizzate dalla finalità patrimoniale o di profitto e che si caratterizzano per la spoliazione*[14]*ovvero l'approfittamento e in genere per l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili*[15].

Ai fini di un giudizio di pericolosità sociale di cui alla lettera b) dell'articolo 1 del d.lgs n. 159/2011 è invece necessario considerare l'esistenza di plurime condotte delittuose, caratterizzate da abitualità, dal quale il soggetto abbia tratto proventi illeciti costituenti una significativa fonte di reddito. A tal proposito, tramite accertamenti di natura fiscale e fattuale, è formulabile il predetto giudizio in costanza di evidente sproporzione tra stile di vita e ricchezza dichiarata, che collegata a precedenti penali o di polizia, consenta di desumere che il sottoposto tragga sostentamento da illecite attività. I soli elementi di reità utilizzabili dovranno avere

[13] Corte di Cassazione penale, sezione VI, Sentenza 21 settembre 2017, n. 53003.
[14] Si pensi ai reati contro il patrimonio.
[15] Corte di Cassazione penale, sezione II, Sentenza 15 marzo 2018, n. 11846.

ISSN 2036-7821

esclusivamente natura di delitto essendo le ipotesi contravvenzionali chiaramente escluse[16].

Ai fini di un giudizio di pericolosità sociale di cui alla lettera c) dell'articolo 1 del d.lgs n. 159/2011 è invece necessario considerare l'esistenza di plurime condotte di reato, a prescindere dallo stato dei procedimenti, classificabili sia come delitti, sia come contravvenzioni, a patto che le stesse, commesse abitualmente, offendano o mettano in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica. La categoria di cui alla lettera c) dell'articolo 1 del d.lgs. n. 159/2011 amplia il perimetro dei precedenti penali e di polizia per la valutazione della pericolosità laddove siano in gioco i beni specificatamente richiamati.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte si desume che non potrà applicarsi la *misura* in occasione di un singolo episodio di reato in quanto una effettiva e concreta valutazione di pericolosità sociale di cui ai punti precedenti può essere correttamente formulata proprio in relazione allo storico della condotta del soggetto, corredata da valutazioni su altrettanti elementi sintomatici eventuali come precedenti misure di prevenzione applicate, frequentazioni con soggetti pregiudicati, l'esistenza di precedenti di polizia, elementi indiziari o di prova tratti da procedimenti penali in corso.

Il giudizio di pericolosità deve inoltre essere formulato secondo parametri di effettività e attualità non potendo bastare un generico riferimento a situazioni di sospetto o precedenti di polizia lontani dal punto di vista temporale. Quanto all'attualità si sottolinea che la stessa, con le modifiche introdotte dal D.L. 15 settembre 2023 , n. 123, non essendoci più il rimpatrio e riconosciuta la possibilità di notifica in un successivo momento, non dovrà più avere un coefficiente più alto rispetto alle altre misure di prevenzione; in passato infatti la necessaria presenza dell'ordine di rimpatrio - che negava altresì la possibilità di una notifica differita sulla base di un'istruttoria - prevedeva che la pericolosità fosse formulata sulla base di un fatto o circostanza avvenuta nella medesima giornata di applicazione della misura congiuntamente al pregresso curriculum criminale del soggetto. Non a caso si prevedeva che il soggetto proposto fosse accompagnato presso gli uffici di polizia per l'elaborazione e la notifica del provvedimento.

Il giudizio di pericolosità sociale del soggetto potrebbe tuttavia ritenersi sussistente, ai fini dell'adozione del foglio di via anche laddove non sia perfezionato alcun illecito penale nel momento della proposta; la consolidata giurisprudenza amministrativa afferma che *il foglio di via obbligatorio è infatti diretto a prevenire reati socialmente pericolosi, non già a reprimerli, e pertanto, benché non occorra la prova della avvenuta commissione di reati, è richiesta una motivata indicazione dei comportamenti e degli episodi, desunti dalla vita e dal contesto socio ambientale dell'interessato, da cui*

[16] Corte di Cassazione penale, Sez. VI, Sentenza 09 aprile 2019, n. 21513.

ISSN 2036-7821

oggettivamente emerga in maniera significativa e concludente *una apprezzabile probabilità di condotte penalmente rilevanti e socialmente pericolose*[17] che il provvedimento vuole arginare. In altri termini potrà essere ricompresa nella valutazione qualsiasi elemento indiziario, tra cui personalità, frequentazioni, contesti significativi, circostanze di tempo e di luogo, comportamenti concludenti alla luce dei precedenti di polizia o penali che rivelino complessivamente una pericolosità attuale in relazione al compimento di reati tali da porre in pericolo la sicurezza e la tranquillità pubblica.[18] Da quanto sopra enunciato emerge quindi tutta la necessità di svolgere accurate valutazioni, soprattutto in punto di motivazione del provvedimento, circa la pericolosità *in riferimento alla situazione di fatto in cui la stessa veniva a trovarsi al momento dell'adozione del provvedimento medesimo non* potendosi esaurire *in enunciazioni generiche o in clausole di stile, né in semplici richiami alle mere segnalazioni di polizia senza un'indagine sulle effettive conseguenze che le stesse hanno avuto presso l'Autorità Giudiziaria*[19]. A tal proposito è stato ritenuto legittimo il foglio di via adottato dal Questore di Napoli a carico di un soggetto, gravato da numerosi precedenti di polizia per reati contro il patrimonio, trovato in compagnia di altri soggetti con precedenti similari che alla vista di personale di polizia cercava di dileguarsi da un luogo particolarmente interessato da fenomeni di criminalità.
Considerati i ragionamenti fin qui svolti è quindi da escludere che il giudizio di pericolosità sociale propedeutico all'applicazione della misura del foglio di via possa fondarsi a carico di soggetto, seppur gravato da precedenti di polizia, a seguito di una commissione di un illecito amministrativo. Tale esclusione trova fondamento non soltanto per una espressa previsione della norma nella parte in cui prevede la sola commissione di reati ma anche nel fatto che l'illecito amministrativo, nel più delle volte, per effetto dell'articolo 16 della Legge n. 689/81 permette di ottenere, mediante il pagamento in misura ridotta della violazione, la totale estinzione dell'illecito.

3. *La fase istruttoria e le valutazioni circa eventuali motivi legittimanti alla permanenza nel comune.*

Esaurita la trattazione circa l'ambito soggettivo di applicazione della misura è utile soffermarsi sulle procedure da seguire per l'adozione del provvedimento. Alla proposta del foglio di via dovrà essere allegata tutta la documentazione in grado di consentire non solo una condivisione del giudizio di pericolosità formulato dall'organo proponente ma anche di accertare l'assenza di validi motivi per la permanenza nel determinato comune; a tal proposito si dovrà corredare la proposta

[17] Consiglio di Stato, Sezione III, Sentenza 29 gennaio 2020, n. 741.
[18] T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. I, 29 luglio 2020, n. 1457; T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. I, 20 luglio 2020, n. 1376; T.A.R. Abruzzo – Pescara, 24 dicembre 2019, n. 321.
[19] T.A.R. Trentino A.A., Sentenza 07 novembre 2004 n. 316.

ISSN 2036-7821

da un'intervista scritta, con domande e risposte, circa l'inesistenza di: a) motivi di lavoro; b) motivi di salute; c) motivi di studio; atti a giustificare la permanenza.
Quanto al punto a) è da rilevare che l'attività lavorativa - costituzionalmente garantita dall'articolo 4 della Costituzione – deve risultare da formale contratto di assunzione non potendo rilevare una mera dichiarazione di svolgimento di prestazioni lavorative occasionali, future e incerte. Anche per quanto riguarda i punti b) e c) devono esservi documentazioni o altri elementi in grado di dimostrare l'esecuzione di un percorso di cure continuative presso strutture sanitarie o lo svolgimento di corsi di studio presso istituti di istruzione. Recenti pronunce del giudice amministrativo hanno sottolineato la necessità aggiuntiva di effettuare rigorosi accertamenti anche in relazione alla situazione familiare del soggetto andando a verificare che lo stesso non si trovi a soggiornare nel comune dal quale lo si vuole allontanare in virtù di motivi di assistenza familiare. Il Giudice Amministrativo ha infatti dichiarato illegittimo il foglio di via emesso a carico di persona dimorante in un comune dell'Umbria per assistere un prossimo congiunto ricoverato presso una struttura sanitaria ivi ubicata. Il Collegio giudicante ha stabilito che il provvedimento dispositivo della misura di prevenzione è viziato da eccesso di potere laddove vi sia un difetto di istruttoria circa opportuni accertamenti su eventuali necessità familiari da ritenersi tutelate per effetto dell'articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo[20]. L'articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo - nello stabilire che ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare e che non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui - impone all'Autorità di Pubblica Sicurezza, premessa l'ampia discrezionalità amministrativa in materia di misure di prevenzione, l'onere di bilanciare la tutela della sicurezza pubblica con il diritto all'unità familiare da intendersi *quale vincolo tra genitori e figli o tra parenti legati da consanguineità e convivenza effettiva*[21] che seppur non assoluto[22] necessita di valutazione in qualità di diritto fondamentale. L'assenza in fase istruttoria di una valutazione di situazioni di tipo familiare è quindi idonea a determinare l'annullamento del provvedimento per l'ipotesi di eccesso di potere prevista dall'articolo 21 octies della L. n. 241 del 1990.

4. Sanzioni penali in caso si inosservanza del F.V.O.

[20] T.A.R. Umbria, sez. I, Sentenza 20 novembre 2017 n. 720/17.
[21] T.A.R. Umbria, sez. I, Sentenza 20 novembre 2017 n. 720/17.
[22] Corte di Cassazione civile, sez. VI, Sentenza 10 settembre 2015, n. 17942.

ISSN 2036-7821

L'autorità Provinciale di Pubblica Sicurezza, nella persona del Questore, ricevuta la proposta corredata da tutte le risultanze istruttorie e condiviso il giudizio di pericolosità potrà adottare la misura di prevenzione del foglio di via determinandone la durata per un periodo compreso tra sei mesi e quattro anni[23] secondo il livello di pericolosità del soggetto. Il provvedimento, una volta notificato, sarà immediatamente esecutivo con conseguenze penali in caso di inosservanza. La disciplina di cui al Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza e lo stesso Codice Antimafia prevedono sanzioni penali in caso di mancato rispetto delle prescrizioni del provvedimento questorio. L'articolo 163 Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza sanziona con l'arresto da uno a sei mesi il mancato rispetto delle prescrizioni per allontanarsi dal Comune indicato ed in passato, ante riforma 2023, anche la mancata presentazione all'Autorità di Pubblica Sicurezza indicata nel foglio di via nei termini previsti (rimpatrio) . Il reato in questione, di natura contravvenzionale e a consumazione istantanea, è stato introdotto con lo scopo di realizzare un'effettiva tutela penale delle prescrizioni del provvedimento questorio e benché sospettato di essere in contrasto con l'articolo 3 della Costituzione è stato ritenuto dalla Corte Costituzionale perfettamente legittimo ben potendo[24] il legislatore assoggettare a sanzione penale la condotta di inosservanza di un termine sancito per verificare il rispetto dell'ordine imposto.

L'articolo 76, comma 3, del d.lgs. n. 159/2011 (Codice Antimafia) – anch'esso modificato con il D.L. 15 settembre 2023 , n. 123 - prevede invece l'irrogazione della pena della reclusione da sei a diciotto mesi e con la multa fino a 10.000 euro a carico del soggetto che sottoposto alla misura del foglio di via faccia rientro, senza autorizzazione, nel comune dal quale precedentemente gli era stato imposto di allontanarsi e di non ritornare. La presente fattispecie, ormai di natura delittuosa e non più contravvenzionale, si perfeziona istantaneamente per il solo fatto di tornare e soggiornare volontariamente in una qualsiasi porzione di territorio ricadente nella competenza dell'Ente Locale di riferimento. Affinché possa muoversi un rimprovero di colpevolezza in ordine ai reati indicati, il giudice penale accerterà sempre preventivamente la legittimità stessa del provvedimento anche laddove non sia stato proposto ricorso al Prefetto o al Tribunale Amministrativo Regionale rispettivamente nei termini di trenta o sessanta giorni. Non sarebbe di fatto consentita l'incisione della libertà personale di un soggetto, costituzionalmente garantita dall'articolo 13, in virtù di violazioni ad un provvedimento illegittimo e che pertanto non si sarebbe dovuto adottare. Il giudice penale ha infatti non solo la facoltà ma anche il dovere, pur non potendo annullare il provvedimento stesso in quanto attività riservata ad

[23] Prima della riforma del 2023 il periodo per il quale il Questore poteva applicare il F.V.O. era compreso tra uno e tre anni.

[24] Corte Costituzionale, Ordinanza 24 gennaio-6 febbraio 2007 n. 30.

ISSN 2036-7821

altro giudice o Autorità, di verificare la *conformità alla legge dell'atto amministrativo sotto il profilo dell'insussistenza di vizi che ne determinino l'annullabilità*[25] o la nullità. Con riferimento all'articolo 21 octies della Legge n. 241/90 non solo potrà essere valutata l'illegittimità per violazione di legge o incompetenza relativa ma anche per l'ipotesi di eccesso di potere in tutte le varie forme sintomatiche individuate dalla giurisprudenza amministrativa. E' proprio con tale strumento che il giudice penale potrà effettuare valutazioni anche sul giudizio di pericolosità ritenuto esistente dal Questore ma non tanto in senso di una rivalutazione ma quanto in una verifica della conformità di quest'ultimo alle norme di legge, tra le quali rientra l'obbligo di motivazione. Queste ultime considerazioni permettono di comprendere la piena importanza di compiere complete valutazioni sui presupposti di fatto e di diritto propedeutici all'applicazione della misura *de quo* in quanto se da un lato il provvedimento potrebbe non subire alcuna censura in sede contenziosa, ad esempio per mancata impugnazione, da un altro sarà sempre sottoposto a valutazione per consentire un rimprovero di colpevolezza e l'irrogazione della sanzione penale in caso di inosservanza dei contenuti del foglio di via[26].

[25] Corte di Cassazione penale, sezione I, Sentenza 29 agosto 2019 n. 36652.
[26] Cit. Cass. penale, sezione I, Sentenza 29 agosto 2019 n. 36652.

ISSN 2036-7821