

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXIII - Nuova serie  
N. 2/2014 (maggio-agosto)

## INDICE

### **DOTTRINA**

- FILIPPO SALVIA  
*Ancora sulla riemersione del Medioevo e sull'organizzazione mafiosa: incontri, scontri, trattative e nuove allocazioni del potere reale* 201
- SILVIA TUCCILLO  
*Coordinate per uno studio sul carattere doveroso della funzione amministrativa* 233
- FORTUNATO GAMBARDELLA  
*Contratti pubblici e politiche di liberalizzazione: il contratto di disponibilità* 273
- ENRICO ZAMPETTI  
*La disciplina dell'autorizzazione paesaggistica tra esigenze di semplificazione e garanzie costituzionali* 316
- VALERIA AVETA  
*Brevi note sull'Abilitazione Scientifica Nazionale al vaglio del giudice amministrativo* 337
- ANDREA MILONE  
*Sulla legittimità dell'Amministrazione statale a chiedere la trasposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato* 351

## GIURISPRUDENZA

GAETANO ARMAO

*La nomina dei consulenti e degli esperti da parte del Sindaco  
e gli abusi in atti d'ufficio*

367

*Dottrina*



## Ancora sulla riemersione del Medioevo e sull'organizzazione mafiosa: incontri, scontri, trattative e nuove allocazioni del potere reale<sup>1</sup>

di Filippo Salvia

SOMMARIO: 1. La genesi medioevale del fenomeno mafioso. La mafia come *continuum* del Feudo. – 2. Contrattualismo e valori nei sistemi prestatati. – 3. Alcune necessarie precisazioni sulle peculiarità dei “contratti di mafia”. – 4. La coesistenza Stato-mafia nella storia dell'Italia unita: A) Il periodo sabauda (dal 1861 alla fine della seconda guerra mondiale). Si delinea la “sindrome dell'oblio”. – 5. B) Gli anni della Repubblica. Dalla fondazione del nuovo ordine costituzionale agli anni '70 del XX secolo (il periodo della concordia e delle più... fertili “sinergie”). – 6. C) Gli ultimi decenni. Un travagliato susseguirsi di guerra e pace. Il tentativo della mafia di divenire “Stato” – 7. Segue: e... dello Stato di divenire pienamente “Stato” col monopolio della forza. – 8. Trattative, sinergie, poteri occulti. Dalle “febbri pestilenziali” alla “diceria dell'untore”. – 9. Rivive il mito del “Vascello fantasma”. I nuovi arcipelaghi di potere a guida invisibile e la degradazione degli interessi “primari” a interessi “molesti”.

### 1. *La genesi medioevale del fenomeno mafioso. La mafia come continuum del Feudo.*

Secondo un'opinione abbastanza diffusa la genesi del fenomeno della mafia andrebbe ricercata essenzialmente in una sorta di reazione nei confronti di uno Stato percepito come ostile: un colpevole venir meno di quest'ultimo ai compiti suoi propri. Gli Autori che si muovono su questa linea non mancano in particolare di evidenziare i molti soprusi dei governi borbonici nei confronti delle popolazioni del Mezzogiorno, aggravati peraltro negli anni successivi alla unificazione, dai diversi governi sabaudi sia di destra che di sinistra, capaci di manifestarsi solo attraverso l'esattore delle imposte e la leva militare<sup>2</sup>. Questa

---

<sup>1</sup> Questo Saggio, destinato agli Scritti in onore di Franco Bassi, costituisce un approfondimento di un precedente lavoro dal titolo “*L'ordine giuridico feudale e l'organizzazione mafiosa. I problemi della globalità e il nuovo Medioevo conseguente alla crisi della sovranità*”. Esso è pubblicato su *Diritto e Società*, n.1/2000, p.37 ss.

<sup>2</sup> Questo modo di spiegare il fenomeno mafioso emerge soprattutto negli scritti più datati

impostazione - che pur presenta etti di verità - ha finito tuttavia per assecondare un modo di pensare ambiguo rispetto al fenomeno in discussione: una mafia buona, come si vedrà, capace di incarnare i migliori sentimenti del popolo siciliano (onore, rispetto della famiglia, aiuto ai più deboli, sacralità della parola data, ecc.) a fronte di una criminalità da combattere senza riserve, capace invece di qualsiasi efferatezza.

I giudizi di due grandi siciliani – come lo storico Pitrè e il giurista/uomo politico Vittorio Emanuele Orlando – evidenziano chiaramente l’anzidetto modo di sentire. Il primo associa la parola Mafia a quella di Bellezza mista a spavalderia, come quando ad es. – *Egli dice* - una giovane donna incede sicura di riscuotere successo, suscitando tra gli astanti questa esclamazione “*Guarda com’è mafiusa sta fimmina*”<sup>3</sup>. Una baldanza positiva simile a quell’“aria di braveria” di cui parla il Manzoni, quando descrive il pacifico Renzo nel momento in cui indossa l’abito di matrimonio e i relativi accessori (come il pugnale dal manico bello delle grandi occasioni) e si appresta però a subire il sopruso di don Rodrigo. Il secondo – ancor più esplicitamente – chiarisce i termini della anzidetta distinzione. “Se per mafia – *Egli dice* - si intende il senso dell’onore portato fino all’esagerazione, l’insofferenza contro ogni prepotenza e sopraffazione”. “Se per mafia s’intendono questi sentimenti...allora in tal senso si tratta di contrassegni individuali dell’anima siciliana, e mafioso mi dichiaro e sono fiero di esserlo!”. “Se invece per mafia si intende quella delinquenza comune, che abbiamo noi e che hanno tutti i paesi...ebbene, in tal senso mi limiterò a dire questo: che, se e in quanto vi sono persone le quali, per loro necessità, debbono subordinare a un permesso di porto d’armi la loro fede politica ed il loro orto elettorale, è evidente che nessuna di queste persone...può seguire noi”<sup>4</sup>.

---

ivi compreso il fondamentale Saggio di Napoleone Colajanni (recentemente ripubblicato), il quale, per la verità accenna a tale aspetto solo marginalmente, analizzando con grande acume (e ampio richiamo di documenti) il fenomeno mafioso in tutta la sua complessità: cfr. N. COLAJANNI, *Nel regno della mafia* (con prefazione di Attilio Bolzoni), Milano, 2013. Nella amplissima letteratura sull’argomento, si riscontrano anche interpretazioni facenti leva sulla psicanalisi. Come ad es. nel recente lavoro di F. FORTI, *Immaginario della coppola storta*, Milano, 2014 (che si rifà al più famoso libro di P. ZULLINO, *Guida ai misteri e ai piaceri di Palermo*, Palermo, 1973), secondo cui l’attaccamento alla mafia di molti siciliani sarebbe l’effetto di un antico complesso di *Paradiso perduto*, risalente addirittura ai tempi di Federico II, quando Palermo aveva il ruolo di capitale.

<sup>3</sup> G. PITRÈ, *Usi e costumi credenze e pregiudizi del popolo siciliano*, Palermo, 1889.

<sup>4</sup> È il brano di un Intervento del 1925, riportato dal giornale L’ORA di Palermo del 28.7.1925, fatto da V.E. Orlando al cinema Diana di via Ruggero Settimo a Palermo. Maggiore lucidità dimostrarono invece nel primo periodo coloro che per ragioni geografiche non avevano avuto esperienza diretta della mafia. Mi riferisco in particolare ai due piemontesi Leopoldo Franchetti e Sidney Sonnino, le cui analisi sono ancora oggi pienamente valide: cfr. L. FRANCHETTI, S. SONNINO, *Inchiesta in Sicilia* (1877), Firenze, 1974.

## 2. *Contrattualismo e valori nei sistemi prestatati*

A mio modesto avviso per tentare di orientarsi in quella grande nebulosa multiforme e cangiante che è la mafia, occorre immergersi pienamente nella logica del Medioevo: e cioè di quegli ordinamenti giuridici pre-statali, in cui – in mancanza di un Ente sovrano - il “pubblico” (o meglio ciò che noi oggi chiamiamo pubblico) è polverizzato tra una miriade di giurisdizioni proprie di entità diverse (il Principe, il Feudo, le Corporazioni, le Università, ecc.), ciascuna delle quali esercita funzioni oggi espletate dagli apparati pubblici (amministrazione della giustizia, imposizione di gabelle, rilascio di autorizzazioni, etc.)<sup>5</sup>.

Il concreto funzionamento di un sistema così complesso e frammentato privo di un “Centro” non è la “legge” - come tendenzialmente avviene negli ordinamenti in cui è presente lo Stato - ma il “contratto”<sup>6</sup>. Un contratto, come vedremo, cementificato più che da un potere coercitivo esterno, da una serie di valori percepiti come sacrali. E’ stato infatti chiarito da più parti, che una delle caratteristiche proprie delle Istituzioni feudali è il supporto di un robusto apparato ideologico, che ha come suoi capisaldi il mutuo riconoscimento e il senso dell’autolimita (Sturzo), la sacralità del vincolo di gruppo a presidio di una sicurezza non demandata ancora a un ente avente il monopolio della forza, l’attaccamento al principio di autonomia (l’espressione “*superiorem non recognoscens*” è non a caso ricorrente nei secoli in discussione). Gli atteggiamenti peculiari della coscienza medioevale sono stati individuati con grande efficacia da Paolo Grossi nel Saggio sopra richiamato che si riporta in parte: a) “la terra intesa come cosa produttiva per eccellenza, realtà complessa indomata e indomabile per inermi formiche altomedioevali ma fonte di vita e garanzia di sopravvivenza”; b) il tempo come durata “che annulla il singolo come punto di una linea” e “può espri-

<sup>5</sup> Cfr. in particolare P. GROSSI, *L’Ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari, 1996; G. ASTUTI, *Feudo*, in *Enc.dir.*, Vol. XVII, p. 311; J. LE GOFF, *L’uomo medioevale*, Roma-Bari, 1995. Per le vistose affinità tra il contrattualismo medioevale e quello della mafia: F. SALVIA, *L’ordine giuridico feudale e l’organizzazione mafiosa. I problemi della globalità e il nuovo “Medioevo” conseguente alla crisi della sovranità*, in *Dir. soc.*, 2000, n. 1, p. 37 ss.

<sup>6</sup> G. ASTUTI, *Feudo*, cit., nonché J. M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna, 1996, 130. A prima vista sembrerebbe esserci contraddizione tra la “contrattualità” - che implica sempre un certo equilibrio di forza tra i contraenti - e il carattere discendente del potere feudale, caratterizzato da un rigido ordine gerarchico, costituito dalla nota sequenza: vassalli, valvassori, valvassini e altre figure sottordinate (milites minori, avvocati, confalonieri, ministeriales, viceconti, capitanei etc.). Ma la contraddizione vien meno, se si tien conto del fatto che le anzidette gerarchie - come avvertono gli storici del Medioevo (P. GROSSI, *L’Ordine*, cit.) - avevano essenzialmente valore di legittimazione iniziale, non sempre corrispondente al peso reale che le diverse figure avevano assunto nel tempo. La lunga storia dei falsi “privilegi” che percorre tutto il Medioevo conferma come in molti casi le situazioni di fatto consolidate, venivano legittimate *ex post* attraverso la costruzione di veri e propri falsi.

mersi solo nel continuum delle generazioni”; c) “il sangue come realtà operante un legame inscindibile tra soggetti”.

Tre fenomeni colmi di *normatività*; tre forze primordiali che hanno un medesimo significato: quello di elevare “a protagonista dell’esperienza la natura delle cose e il gruppo”, rafforzati da un bagaglio culturale basato sull’onore<sup>7</sup>.

La circostanza poi che il fenomeno in discussione abbia acquistato una chiara visibilità solo nell’800, il secolo in cui si conclude il lungo processo storico che ha dato luogo alla nascita degli Stati, non è di ostacolo alla predetta impostazione. In primo luogo perché, com’è noto, in alcune regioni del Mezzogiorno d’Italia (e in particolare in Sicilia) le Istituzioni feudali formalmente abolite sin dal 1812, continuarono di fatto a sopravvivere per lungo tempo ancora<sup>8</sup>. E, in secondo luogo, perché le stesse (pur risalenti a un’esperienza storica antecedente al consolidarsi degli Stati) hanno dimostrato nel tempo grande vitalità e l’attitudine a riemergere continuamente come una sorta di fiume carsico<sup>9</sup>.

Si avrà modo di vedere che nell’epoca in cui viviamo l’anzidetta potenzialità di “riemersione” appare ancor più spiccata e palpabile, poiché i processi di globalizzazione in corso (compensati peraltro quasi sempre da un rafforzamento interno del sistema delle autonomie) hanno prodotto un “pluralismo ordinamentale” (interno ed esterno) molto più affine a quello dei sistemi istituzionali prestatati che a quelli dell’800 e della prima metà del ’900<sup>10</sup>. Riemergono anche ai nostri giorni taluni fenomeni tipici del Medioevo che sembravano ormai definitivamente tramontati. Un esempio significativo è quello dei legami familiari e di gruppo che, entrati profondamente in crisi col progressivo decadere della società contadina, si ripresentano prepotentemente vivi e vegeti nel terzo millennio sotto forma di parentopoli e di solidarietà di casta<sup>11</sup>.

Tutto ciò spiega come da più parti oggi si parli di un ritorno al Medioevo e di una (*ri*)privatizzazione del pubblico. Un processo – è il caso di aggiungere – così intenso e pervasivo da non far più percepire nel sentire comune e degli stessi addetti ai lavori il senso di quella distinzione fondamentale tra il patrimonio personale del Principe e quello della Corona, che sino a qualche tempo fa si dava invece per acquisita. Ciò è attestato chiaramente ad es. dalla prassi ormai consolidata dell’uso di un’unica carta di credito sia per le spese personali che per quelle della *polis*. Ma, ancor più, dalla larghezza con cui il *dominus* della mede-

<sup>7</sup> Così ancora P. GROSSI, *op.cit.* Non a caso l’organizzazione mafiosa è stata per lungo tempo denominata “Onorata società”, e i componenti della medesima “Uomini d’onore”.

<sup>8</sup> Cfr. F. SALVIA, *L’ordine giuridico*, e AA. *ivi cit.*

<sup>9</sup> F. SALVIA, *op.cit.* Sul punto si v. anche il saggio di B. SPINELLI, *La sovranità assente*, Ed. Einaudi, 2014.

<sup>10</sup> Cfr. F. SALVIA, *Una cittadinanza asimmetrica (tra suppliche privilegi e garanzie)*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. II, Napoli, 2011, p.845

<sup>11</sup> V. ad es. G. SARTORI, *Il sultanato*, Roma-Bari, 2009.

sima interpreta il concetto di “spesa pubblica” in sede di rendiconto che non ha precedenti in altri contesti storici<sup>12</sup>. Tanto da far pensare seriamente all'avvento di talune Entità aliene dal linguaggio indecifrabile, come a Roma al tempo delle invasioni barbariche<sup>13</sup>. Riemerge anche lo spiritismo dei castelli e delle dimore blasonate<sup>14</sup>. Persino la figura dell'*Antipapa* - che sembrava ormai riservata ai li-

<sup>12</sup> Si va com'è noto dai pranzi e cene a base di aragoste, ai viaggi nei luoghi più lontani del globo, al taglio dei capelli, al trattamento del cuoio capelluto, alle spese ludiche, come l'acquisto di biglietti di gratta e vinci e di oggetti erotici. Un'altra costante del fenomeno in discussione è il suo carattere trasversale che accomuna persone di ogni latitudine e longitudine, di ogni credo politico, di gruppi etnici italici e germanici, persone di modesta e raffinata cultura. Persino autorevoli filosofi di teologia politica, da sempre custodi inflessibili dei c.d. “valori non negoziabili”, risultano coinvolti in questi imperdonabili errori di rendicontazione.

<sup>13</sup> Una, tra le tante vicende sintomatiche: nell'ultima Finanziaria della Regione siciliana – una Regione in crisi di liquidità che non riesce a pagare i creditori – è stata introdotta all'ultimo momento una clausola trasversalmente condivisa che “blinda” i compensi dei deputati dell'ARS, i più pagati d'Italia. Alla richiesta di spiegazioni fatta da un giornalista sulle ragioni di un siffatto privilegio a favore dei componenti dell'ARS in presenza di una crisi che grava pesantemente su tutta la popolazione, uno dei deputati più in vista (Paolo Ruggirello) – ignorando totalmente la regola fondamentale che da sempre vige nell'orbe terraqueo secondo cui il Capitano della nave è l'ultimo a mettersi in salvo – risponde con una frase a suo modo carica di orgoglio istituzionale: “E' una questione di rispetto del parlamento siciliano, che è un'istituzione e non può essere trattato alla stregua dei fornitori della Regione” (cfr. *la Repubblica* del 5.8.2014). Il tema della incomprendibilità dei linguaggi ( con riferimento agli “umani” dei nostri giorni ) è affrontato con grande efficacia da E. SCALFARI, *Nell'alto mare aperto*, Torino, 2010. L'A. immagina – sulla scia del viaggio dantesco - di incontrare nell'Aldilà i Padri dell'illuminismo (Montaigne, Diderot e altri) e di aver avuto con questi suoi maestri uno scambio di idee e di reciproche informazioni. L'A. – alla domanda di un suo Maestro che gli chiedeva alcune delucidazioni sul pensiero filosofico dei nostri giorni - afferma di non saper rispondere su quanto nel mondo della filosofia sia avvenuto dopo Nietzsche, perché ora - *Egli dice* - non ci sono più i “Moderni” ma i “Contemporanei”, aggiungendo subito dopo che tra le due categorie di “umani” esiste una sorta di incomunicabilità, perché mentre i primi ragionano ancora secondo le categorie illuministiche su cui si fonda l'intera cultura moderna (che attraversa vari secoli); i secondi sono assimilabili ai barbari medioevali, la cui lingua e la cui cultura - prima della costruzione delle grandi cattedrali gotiche - erano ancora sconosciute ai popoli radicati da tempo nelle terre dell'Impero. Allo stato delle cose quindi per un contemporaneo/moderno (formato cioè secondo la cultura illuministica) è ancora impossibile comprendere come ragionano i contemporanei doc. Sul tema si v. anche G. SARTORI, *Homo videns*, Bari, 2000, il quale vede l'ultimo stadio dell'evoluzione dell'uomo, dopo l'*homo sapiens sapiens*, nell'*homo videns stupidus stupidus*.

<sup>14</sup> Sino a qualche tempo fa – quando erano cioè erano ancora dominanti i “moderni” - i fantasmi erano considerati come retaggi di racconti popolari resi credibili dalle paure del buio e dell'ignoto proprie dell'infanzia. Erano stati anche oggetto di racconti paradossali come ad es. quello di Edoardo De Filippo, “Questi fantasmi”, per descrivere le ristrettezze del dopo guerra e l'istinto ad attaccarsi all'incredibile tipico di chi si trova in stato di bisogno. I fantasmi del terzo millennio hanno invece ben altra corposità, al pari di quelli che da sempre hanno popolato gli antichi Castelli e le Case blasonate medioevali. Essi coesistono con i contemporanei mantenendo intatti tutti i pregi e i difetti che avevano in vita, sino a prendersi il lusso di fare all'occorrenza qualche dispetto a chi non è loro simpatico. Questo è accaduto ad es. recentemente con un donativo (se così è lecito dire)

bri di storia – riemerge inaspettatamente nel terzo millennio come dimostrano i “dubbi” recentemente avanzati da fonti misteriose sulla validità delle dimissioni di Papa Benedetto XVI e quindi implicitamente sulla legittimità del successore (Papa Francesco) a occupare il soglio pontificio<sup>15</sup>.

I frequenti riferimenti rinvenibili in questo lavoro all’“ordine medioevale” nascono - come già detto - dal convincimento che senza calarsi nella logica di quel tempo, nei suoi riti, nella sua morale e più genericamente nel suo modo di pensare, sarebbe ben difficile o addirittura impossibile fronteggiare la mafia soprattutto nei tribunali, per la semplice ragione che, mentre l’ordinamento dello Stato è calibrato secondo la logica propria della modernità che vede quest’ultimo come unico soggetto detentore della forza; quello della mafia viceversa al modo di pensare tipico del mondo medioevale che pone al centro del sistema il “Gruppo”, al quale *in primis* devono dar conto le evanescenti apparenze individuali che ne fanno parte. Questo non significa ovviamente che per battere la mafia bisogna rinunciare al garantismo proprio dello Stato di diritto, ma di adeguare gli strumenti di quest’ultimo alla natura del fenomeno in discussione. La centralità di questo tema nella strategia antimafia apparirà in modo sempre più chiaro nel prosieguo del discorso col richiamo di vicende concrete di ieri e di oggi dalle quali sarà possibile evincere come la sottovalutazione dell’anzidetto dualismo tuttora presente nella cultura giuridica sia una delle cause che rende ancora oggi assai difficile affrontare la mafia ad armi pari. Si ritornerà sul tema in particolare ai par. 3 e 7.

### 3. *Alcune necessarie precisazioni sulle peculiarità dei “contratti di mafia”.*

Alla luce delle precedenti considerazioni l’organizzazione mafiosa sembra costituire pertanto il prodotto di una metamorfosi delle istituzioni feudali: un ordinamento giuridico pre-moderno, ma con una spiccata capacità ad adeguarsi alle nuove situazioni e a entrare in rapporto con le altre realtà istituzionali e di potere esistenti nel territorio, secondo quella logica “contrattualistica” che proprio nel Medioevo ha trovato il suo *humus* più propizio<sup>16</sup>. Lo stesso può dirsi

---

fatto da un ignoto Fantasma di un prestigioso appartamento in Roma con vista del Colosseo, a un politico di rango. Ma all’insaputa dell’*accipiens* (com’è chiarito in sentenza), con la subdola volontà non di beneficiare il destinatario, ma di danneggiarne la reputazione.

<sup>15</sup> Si tratta di un episodio di vera e propria delegittimazione che ha indotto i due Papi a partecipare a uno stesso rito religioso in San Pietro, col chiaro intento di bloccare ulteriori speculazioni. Questo e altri episodi dimostrano i forti contrasti esistenti oggi all’interno della Chiesa. Ma, spostando il discorso a ciò che avviene all’esterno del Vaticano, va anche sottolineato che il Papato Bergoglio - soprattutto con le iniziative di pace - ha acquistato un prestigio universale che sino a qualche tempo fa nessuno avrebbe immaginato. Un prestigio simile a quello di cui godevano, negli anni bui del Medioevo, Papi e Vescovi nelle iniziative di contenimento dei Barbari.

<sup>16</sup> Cfr. S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1951 (Rist. seconda edizione). La tesi

per quegli altri gruppi paramafiosi oggi emergenti sparsi nel territorio (Camorra, Drangheta, Nuova corona unita). Il riferimento al contratto coesenziale alla cultura mafiosa evoca invero immediatamente il contratto civilistico così come si manifesta nel mondo degli affari: un accordo, rivestito generalmente dalla forma scritta, con il quale le parti definiscono diritti e obblighi rispettivi, nel modo più dettagliato possibile per dare certezza al rapporto e limitare il rischio dell'imprevisto. Ma l'accostamento delle due figure non può portare a una loro completa identificazione. E infatti, mentre i contratti civilistici esauriscono normalmente la loro funzione in tempi brevi con il conseguimento da parte dei contraenti dell'*utilitas* oggetto del contratto stesso (ad es. lo scambio del bene con il prezzo nel caso della compravendita); quelli di mafia tendono invece a creare una relazione interpersonale e di gruppo di lungo termine (che mira spesso a coinvolgere l'intero gruppo familiare).

La forza del vincolo non è legata qui alla solennità della forma né alla minuziosità delle clausole contrattuali, ma essenzialmente alla Sacralità dei codici di riferimento<sup>17</sup>. Sicché potrebbe anche accadere, così come talvolta effettivamente avviene, che l'obbligazione derivi non da un accordo preventivo tra le due parti, ma da un semplice "contatto", come ad es. nell'ipotesi tutt'altro che rara di una prestazione unilaterale resa spontaneamente dalla mafia senza apparente contraccambio. Si potrebbe legittimamente parlare in questo caso di obbligazione naturale: di un vincolo obbligatorio che nasce dalla natura delle cose, dal sentimento di gratitudine che lega il beneficiario e i suoi discendenti al benefattore *sub specie aeternitatis*: in piena coerenza col modo di ragionare tipico degli uomini del Medioevo.

Non sembra però che le anzidette peculiarità dei contratti di mafia abbiano avuto sinora l'attenzione dovuta. E ciò ha finito per avallare taluni semplicismi concettuali che non hanno giovato di certo alla efficacia dell'azione statale nella lotta alla mafia. Penso ad es. a quel filone giurisprudenziale divenuto ormai rile-

---

della natura ordinamentale della mafia - pienamente condivisa dallo scrivente - deriva dal fatto che la stessa è dotata: di un sistema normativo capace di obbligare gli appartenenti a un corpo sociale organizzato; di un apparato sanzionatorio ad alta effettività (e si potrebbe anche aggiungere di un sistema assistenziale per gli affiliati in difficoltà, come avviene normalmente con i sussidi alle famiglie dei carcerati). Si tratta infatti di una organizzazione fortemente radicata nel territorio con obiettivi di lungo periodo dotata di una propria *morale* e di una propria *religione* (v. su quest'ultimo punto lo scritto assai illuminante di R. SCARPINATO, *Il Dio dei mafiosi*, in *Micromega*, n.1/1998, p.45).

<sup>17</sup> Mi riferisco in particolare a quei concetti alti di Onore, Riconoscenza e Fedeltà di cui al paragrafo precedente, che contribuiscono a spiegare l'*humus* impalpabile di consenso (o di tolleranza) in cui pone le radici l'organizzazione mafiosa. Proprio in considerazione di ciò gli affari più impegnativi degli uomini d'onore venivano conclusi un tempo con una stretta di mano senza traccia di impegni scritti e di firme. Tutto ciò - è il caso di aggiungere - in perfetta linea con la più vasta esperienza medioevale, ove il diritto non scritto prevaleva generalmente su quello scritto (G. ASTUTI, *Feudo, cit.*).

vante, che - sulla scia della nota sentenza di appello del processo Andreotti - ritiene normale poter distinguere nella vita dell'imputato tra un prima di "contiguità" alla mafia e un dopo di "non contiguità", senza darsi carico tuttavia di individuare un evento traumatico (del tipo di quello accaduto a Saul sulla via di Damasco), che potesse ragionevolmente far pensare a un siffatto cambiamento di vita.

Tutto ciò nel presupposto implicito di marca moderna che dalle maglie dell'organizzazione si possa entrare e uscire liberamente come da un normale circolo di dopo-lavoro<sup>18</sup>. Anche il reato di Scambio elettorale politico mafioso risente degli anzidetti influssi civilistici. Il testo originario dell' art. 416 ter c.p. (ritagliato quasi certamente sul modello della compravendita) definiva infatti tale reato come "promessa di voti...in cambio della erogazione di denaro", elevando così la dazione di denaro (che, in tali circostanze, è probabilmente l'ultima delle aspirazioni nei pensieri della nomenclatura mafiosa) a elemento costitutivo del reato. Con l'effetto di far perdere di vista tutte quelle implicazioni personalistiche degli impegni mafiosi che costituiscono invece la vera essenza dei vincoli in discussione. Proprio per rimediare a tale incongruenza, che ha lasciato per anni il reato *de quo* del tutto quiescente, negli ultimi anni si è venuti nella determinazione di riscrivere la norma. Dopo una fase di elaborazione assai travagliata, il nuovo testo dell'art.416 ter (introdotto dall'art.1 l. n.62/2014), recita così: «Chiunque accetta la promessa di procurare voti mediante le modalità' di cui al terzo comma dell'articolo 416-bis in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di altra utilità (c.n.) e' punito con la reclusione da quattro a dieci anni. La stessa pena si applica a chi promette di procurare voti con le modalità' di cui al primo comma» (art. 1 l.n.62/2014). Il riferimento alle "altre utilità" contenuto nel nuovo testo era stato salutato in un primo momento come cosa utile per superare l'originaria ristrettezza della norma che aveva paralizzato per anni l'istituto. Ma tale prospettiva si è rivelata fallace. Non solo per il sopravvenuto abbassamento della pena edittale<sup>19</sup>, ma anche e soprattutto perché la nuova formulazione dell'articolo si è rivelata inidonea a superare gli ostacoli che in passato avevano reso il reato inoperante. E infatti la Corte di cassazione, nella prima sentenza che si occupa del caso, impone una *prova* del reato così rigorosa da non lasciar prevedere grandi cambiamenti rispetto al passato (Cass., sez. VI, 28 agosto 2014 n. 36382).

<sup>18</sup> Il criterio della "temporalizzazione della mafiosità" è servito talvolta, come nel caso Andreotti, per sancire la *prescrizione* del reato; in altri casi per stabilire la *sufficienza della prova* del reato relativamente a un periodo di tempo successivo rispetto a quello in cui la medesima si ritiene acquisita. L'insistenza su tale "distinguo" è data a mio avviso dalla deformazione del campo visivo di chi ragiona secondo i canoni illuministici propri della modernità, i quali inducono istintivamente a pensare che da una certa associazione o club si possa entrare e uscire in ogni momento senza alcun problema. Criterio del tutto estraneo alla logica medioevale che tende invece a vedere ogni vincolo *sub specie aeternitatis*.

<sup>19</sup> La pena passa da 7 a 12 anni della vecchia normativa a 4 e 10 della nuova.

Essa in particolare statuisce che ai fini della dimostrazione della sussistenza del reato è necessario dimostrare “la piena rappresentazione e volizione da parte dell'imputato di aver concluso uno scambio politico elettorale implicante l'impiego da parte del sodalizio mafioso della sua forza di intimidazione e costrizione della volontà degli elettori”. Una *probatio diabolica* in piena regola che vanifica, com'è facile intuire, tutti i propositi e gli sforzi prodigati per dare effettività al reato in discussione. Il che avvalorà il sospetto che la nuova legge sia stata scritta per “impedire qualsiasi condanna per voto di scambio”.

Un'ultima precisazione in ordine alla asserita “informalità” dei contratti di mafia. E' il caso di avvertire che tale regola vale soprattutto per i tempi di pace. Quando invece la coesistenza pacifica entra in crisi (come ad es. è avvenuto in occasione delle stragi di mafia degli anni '90), il ripristino dello stato di pace può anche richiedere la redazione di accordi scritti: papelli o altre forme di impegni scritti. In modo del tutto affine peraltro a quanto avviene nell'ordine internazionale quando i belligeranti stipulano dei Trattati di pace. Sull'argomento si tornerà con maggior dovizia di particolari nei paragrafi 8 e 9 a proposito dell'ormai famosa “trattativa”.

4. *La coesistenza Stato-mafia nella storia dell'Italia unita: A) Il periodo sabauda (dal 1861 alla fine della seconda guerra mondiale). Si delinea la “sindrome dell'oblio”.*

L'avvento del nuovo Stato a guida sabauda non sembra aver prodotto significativi mutamenti per ciò che attiene alla vicenda in discussione. Secondo le fonti più accreditate Stato e mafia infatti (nonostante i profondi mutamenti istituzionali, ideologici e sociali avvenuti per effetto della unificazione e nonostante l'avvento di una diversa Casa reale), continuano a presentarsi come “ordinamenti distinti” che si riconoscono e si rispettano vicendevolmente. Ma, come si vedrà, con una propensione sempre più spiccata a cooperare e a integrarsi in modo proporzionale all'estensione dei processi di globalizzazione (cfr. par. 9).

Tra i fattori più significativi che hanno contribuito a tale esito è da annoverare in primo luogo il grosso contributo dato dalla organizzazione mafiosa al successo dell'impresa dei Mille e in secondo luogo l'apporto dato dalla stessa alla fondazione del nuovo Regno, a partire dallo strepitoso successo del Plebiscito per l'annessione, i cui numeri - immortalati in una lapide apposta all'esterno del Palazzo comunale di Palermo - non danno modo ancora oggi di comprendere dove sia andato a finire il “voto contrario” espresso da don Ciccio Tumeo (l'amico di caccia del Principe di Lampedusa) rimasto fedele ai Re e alle Regine di Casa Borbone, per la sensibilità dimostratagli in più occasioni nell'accoglimento delle sue “Suppliche” in casi di difficoltà.

Numerosi documenti dell'epoca (alcuni dei quali riportati nel Saggio del Colajanni) attestano il clima di fattiva collaborazione Stato-mafia che si era venuto a

creare sin dal primo momento della unificazione. Uno dei più significativi è senza dubbio il discorso tenuto dall'on. Tajani alla Camera dei Deputati nel 1875, dal quale risulta che sin dai primi anni dell'unificazione era già in atto una fitta trama di scambi che, partendo dagli appoggi elettorali resi dalla mafia nella competizione politica, si traduceva poi in una serie di benefici resi a quest'ultima dalla politica (ivi compresa la copertura di soggetti malavitosi). Proprio in considerazione di ciò il Tajani traeva nel suo discorso la seguente conclusione: “La Mafia che esiste in Sicilia non è pericolosa, non è invincibile di per sé, ma perché è strumento di governo locale”. Una asserzione questa che evidenzia implicitamente una *continuità* specie per ciò che riguarda la politica dell'ordine pubblico tra la nuova gestione sabauda e quella borbonica, la quale ultima non a caso, come rivelano le fonti, per assicurare la sicurezza nelle campagne non aveva trovato di meglio che affidarla in appalto a organizzazioni paramafiose denominate Compagnie d'armi sotto il comando di un Capitano<sup>20</sup>. Similmente a quanto le Corporazioni, nello stesso periodo borbonico, per garantire la sicurezza pubblica nelle città ricorrevano spesso alla istituzione di ronde armate che realizzavano quel fenomeno di autodifesa denominato da V.E. Orlando “feudalesimo del popolo”<sup>21</sup>.

La rilettura della documentazione dell'epoca è tuttora illuminante non solo per comprendere la durezza dei rapporti Stato mafia nei diversi momenti della nostra storia, ma anche per rendersi conto del prestigio di cui la mafia ha potuto godere per molto tempo in alcune regioni d'Italia presso larghissimi strati della popolazione e della stessa classe politica, quale la sola organizzazione capace di assicurare la sicurezza ai cittadini (sia pure a prezzo... di qualche testa) e di garantire una giustizia sostanziale infallibile conforme a un ordine antico, che lo Stato, Entità artificiale, non avrebbe mai potuto garantire<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Il concreto funzionamento delle anzidette Compagnie è spiegato molto bene dal COLAJANNI, *op.cit.* 56,ss., al quale si rimanda. Il Capitano prestava cauzione al Governo. Con questa rispondeva dei furti e dei danneggiamenti di cui non si scoprivano gli autori e dei quali non si poteva ottenere la restituzione o il risarcimento. “Alle Compagnie d'armi – aggiunge l'A. – poco importava la punizione dei delinquenti; a loro interessava non pagare il valore della refurtiva; perciò essi mercé le loro segrete relazioni... con altri delinquenti... venivano spesso a transazioni”, ottenendo restituzioni totali o parziali in cambio di altri servizi. Altre importanti indicazioni sono contenute nello stesso libro in ordine al *curriculum* necessario per assumere la funzione di Capitano: “Da ladro, da audace e sanguinario malfattore... si otteneva una prima promozione passando al servizio del grande proprietario; ed una seconda più importante passando al servizio dello Stato nella Compagnia”. Le Compagnie d'armi rimontano alla Costituzione del 1812. Un decreto di Ferdinando III dell'anno successivo determinò le relative funzioni, ripartendo il territorio della Sicilia in ventisette distretti.

<sup>21</sup> Cfr. al riguardo V.E. ORLANDO, *Delle fratellanze urbane in Italia*, Firenze, 1884, p.129, ss.

<sup>22</sup> Sino a qualche decennio addietro, nelle contrade tradizionalmente infestate dalla mafia, larga parte dell'opinione pubblica era fermamente convinta che la vera Giustizia fosse quella dispensata dalla Mafia non dallo Stato. Di fronte ad es. a un “morto ammazzato” la frase più ricorrente era la seguente: “per essere stato ucciso vuol dire che qualcosa di male aveva certamente fatto!” La

Questo effetto di “rassicurazione” svolto per lungo tempo dall'organizzazione mafiosa ha contribuito a sviluppare una patologia che potrebbe essere definita “sindrome dell'oblio”, che porta alla rapida rimozione dalla memoria collettiva dei delitti di mafia, anche se caratterizzati da particolare efferatezza (e magari in un primo momento condannati senza riserve di sorta). Le prime avvisaglie di questo devastante morbo della memoria possono cogliersi nell'atteggiamento apparentemente schizofrenico dell'opinione pubblica in occasione del delitto Notarbartolo, che potrebbe essere definito come il primo delitto eccellente della storia dell'Italia unita<sup>23</sup>. Il processo – impiantato sull'onda di una forte e sincera reazione emotiva popolare per un eccidio efferato che aveva colpito un uomo integerrimo dell'aristocrazia siciliana sino ad allora universalmente stimato – si conclude, in un primo momento con una sentenza della Corte d'Assise di Bologna che condanna l'on.le Palizzolo quale mandante dell'omicidio. Una sentenza - è il caso di aggiungere - accolta da un plauso generale.

Ma dopo una complicatissima fase intermedia, caratterizzata dalla sistematica distruzione delle prove acquisite in primo grado attraverso minacce inferte ai testimoni e a cavilli processuali di ogni tipo, la vicenda si conclude con l'annullamento per vizi di forma da parte della Cassazione della anzidetta sentenza di condanna e con la celebrazione di un nuovo processo innanzi alla Corte d'Assise di Firenze che ha come esito finale l'assoluzione dell'on. Palizzolo, accolta da un incontenibile entusiasmo che porterà al trionfo a furor di popolo dello stesso<sup>24</sup>. Un entusiasmo giustificato forse dal desiderio di rimuovere dalla memoria collettiva una vicenda imbarazzante che aveva incrinato un “ordine antico”, finalmente restaurato dalla Corte suprema.

---

vittima di mafia non poteva essere che colpevole: era “uno che si era cercata la morte da sé stesso” (come ripeterà in pieno terzo millennio un attempato “Padre della Patria”). Questo diffuso modo di sentire - è il caso di aggiungere - veniva (e viene tuttora) implementato da una sistematica campagna di delegittimazione della vittima che, anche in anni recenti, viene generalmente attivata scientificamente nei confronti di tutti coloro che si sono scontrati con la mafia.

<sup>23</sup> La vicenda è riportata con molti particolari dal figlio della vittima - Leopoldo Notarbartolo – nel suo ormai famoso *Diario*. Un documento di eccezionale importanza, redatto nel 1911, pubblicato in parte a Pistoia nel 1949 e ripubblicato nel 1994 con il seguente titolo: L. NOTARBARTOLO, *La città cannibale - Il Memoriale Notarbartolo*, Palermo, 1994. In questo prezioso documento, l'A. annota tra l'altro le graduali prese di distanza dei numerosi amici della famiglia, col passar del tempo.

<sup>24</sup> L'entusiasmo popolare per la sentenza assolutoria è condiviso pienamente dal Giornale di Sicilia, come attesta il brano che riporto testualmente, anche per la bellezza impareggiabile della sua prosa: “Il martirio della vittima, partito dalla prima calunnia dei codardi delatori, doveva pervenire al trionfo del Giusto. E trionfò Raffaele Palizzolo, dopo 56 mesi di straziante martirio: trionfò circondato dalla smagliante aureola del suo Dolore e della sua Virtù. E questo dolore, questa Virtù, consacrati con sublime abnegazione, mercé gl'inaditi tormenti di cinque anni, in omaggio a questa oltraggiata Sicilia, furono le lacrimate corolle con cui nelle tristi ore della dura prigionia Raffaele Palizzolo poté ricomporre le ghirlande del duro soffrire; quei Ricordi che fanno tremare di orrore, che fanno soffrire di infinita pietà”.

La vicenda Notarbartolo – nonostante il lungo lasso di tempo trascorso – rimane per molti versi emblematica. Essa contribuisce a comprendere la ragione per cui la lotta alla mafia, tutte le volte in cui è riuscita in qualche modo a concretizzarsi sotto l'impulso di singoli uomini, non si è configurata mai per lungo tempo come una lotta ingaggiata dallo Stato in quanto tale, ma da singoli uomini alla lunga mal sopportati (anche dalle Istituzioni) per aver disturbato un ordine costituito percepito sempre come assai fragile<sup>25</sup>.

Solo molto più tardi, come si vedrà, lo Stato verrà alla ribalta come Istituzione, sia pure con molte fratture e contraddizioni al suo interno.

5. *B) Gli anni della Repubblica. Dalla fondazione del nuovo ordine costituzionale agli anni '70 del XX secolo (il periodo della concordia e delle... più fertili "sinergie").*

In questo secondo momento fondativo della storia d'Italia (quello che segna il passaggio alla Repubblica e alla Costituzione) si rivede purtroppo tra gli attori principali l'organizzazione mafiosa. Secondo la ricostruzione che appare più persuasiva (alla luce delle pur frammentarie fonti disponibili), la legittimazione della medesima questa volta sarebbe avvenuta in virtù di una sorta di *macro-accordo* promosso dalle forze alleate (in particolare quelle statunitensi), nel quale vennero coinvolti pezzi di ciò che restava del vecchio apparato statale, forze politiche destinate ad assumere il governo del paese dopo la fine della guerra, nonché la mafia dei due continenti già saldamente globalizzata sin dai primi del '900, come attestano le modalità di esecuzione del delitto Petrosino. Sembra in particolare ormai acquisito che la determinazione delle forze alleate di iniziare l'invasione d'Europa dalla Sicilia, anziché dalla Sardegna o dalla Corsica, come in un primo momento si era pensato, sarebbe nata proprio dalla considerazione che la forte presenza

<sup>25</sup> Sul punto cfr. ora il Saggio molto documentato di G.C. MARINO e P. SCAGLIONE (con Prefazione di L. Ciotti), *L'altra resistenza – Storie di eroi antimafia e lotte sociali in Sicilia* – Ed. Paoline, Milano, 2014 che – come rivela il titolo è la storia dei numerosi eroi solitari o semisolitari che in tutta la storia d'Italia dalle origini a oggi si sono opposti alla mafia, pagando quasi sempre un prezzo di sangue. Probabilmente anche la vicenda del Prefetto Mori (il famoso prefetto di ferro incaricato dal Fascismo a reprimere la piaga della mafia) può leggersi in questa stessa chiave, posto che – dopo i primi fuochi (sotto i quali rimasero anche colpiti uomini di primo piano del regime) – la missione si concluse frettolosamente con una dichiarazione di vittoria e la rimozione del Mori dall'incarico di che trattasi, accompagnata dal trasferimento ad altro prestigioso Ufficio (Cfr. al riguardo P. VIOLANTE, *Come il fascismo non sconfisse la mafia*, in *I Quaderni de L'Ora*, 2011 Fasc.1 aprile p.121, ss. e ivi ulteriori richiami bibliografici). Si v. anche in proposito la Relazione di minoranza (La Torre e altri) della prima Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia, ora pubblicata sotto il titolo *L'antimafia dei comunisti* (a cura di V. COCO e con Prefazione di E. MACALUSO), Istituto poligrafico europeo, Palermo, 2013.

della mafia in Sicilia legata intimamente a quella americana, avrebbe facilitato lo sbarco e il rapporto degli invasori con la popolazione locale<sup>26</sup>.

La concessione della grazia a Salvatore Lucania (detto Lucky Luciano) da parte del Governatore dello Stato di New York Dewey, lo stesso che qualche anno prima nella veste di Procuratore, era riuscito a rinchiudere il boss nelle patrie galere, costituisce il primo momento di una alleanza di lungo periodo che avrà poi come ulteriore collante il pericolo del comunismo allora incombente sull'Italia<sup>27</sup>. Questa legittimazione iniziale della mafia da parte dei liberatori statunitensi (supportati da una forte componente di *paisà* facenti parte dell'esercito americano o mobilitati per l'occasione) ha condizionato pesantemente l'atteggiamento dell'opinione pubblica e della nuova classe politica del dopo guerra in ordine al fenomeno mafioso. Un atteggiamento che ha avallato sempre più l'idea di una mafia garante dell'ordine e della pace sociale, intransigente sui valori forti, quali famiglia, Chiesa, supporto ai bisognosi, e presidio contro il comunismo. Attraverso un'accorta strategia imperniata sul binomio "coinvolgimento"- "segretezza" essa ha creato attorno a sé una sorta di nebulosa, che le ha consentito di nascondere agli occhi esterni i suoi aspetti più feroci e di poter partecipare così alla luce del sole (e sempre con successo), a tutte le competizioni elettorali del periodo in discussione e a bloccare l'avanzata del comunismo, anche attraverso pesanti intimidazioni, come ad es. i numerosi attentati contro diverse Camere del lavoro e la più eclatante strage di Portella della Ginestra commissionata alla banda

<sup>26</sup> La vicenda è stata recentemente ricostruita con ricchezza di particolari nel Volume di M. BARTOCCELLI, D'AYALA, *L'avvocato del mistero* con Introduzione di Emanuele Macaluso, Roma, 2012. V. anche N. TRANFAGLIA, *Come nasce la Repubblica. La mafia, il Vaticano e il neofascismo nei documenti americani e italiani. 1943-1947*, Milano, 2004. Tuttavia, secondo F. RENDA, *Storia della Mafia*, Palermo, 1997, la documentazione storica disponibile non sarebbe ancora sufficiente per dare il crisma di "verità storica" a quella sorta di "macro trattativa" di cui si parla nel testo. Secondo questo A. invece le sinergie Stato-mafia in funzione di anticomunismo andrebbero collocate in un momento successivo. Ma, se così fosse, come spiegare l'apporto (credo indiscusso) dato dal boss Lucky Luciano allo sbarco in Sicilia delle truppe anglo-americane? Si v. anche la nota successiva.

<sup>27</sup> Un altro caso emblematico è ricordato da L. SCIASCIA, *La storia della mafia*, Palermo, 2013, p.35 s. nel brano che si riporta: "Vito Genovese, in America ricercato per omicidio, si trova in Sicilia nel 1943-44, sistemato come interprete presso il Governo Militare Alleato. Un poliziotto di nome Dickey, che gli dava la caccia, riesce finalmente a trovarlo. Facendosi aiutare da due soldati inglesi (inglesi, si badi, non americani) lo arresta; gli trova addosso lettere credenziali, firmate da ufficiali americani, che dicevano il Genovese profondamente onesto, degno di fiducia, leale e di sicuro affidamento per il servizio". "Una volta arrestato - *prosegue l'A.* - cominciano i guai; non per il Genovese, ma per il Dickey. Né le autorità americane né quelle italiane vogliono saper niente dell'arresto. Il povero agente si trascina dietro per circa sei mesi l'arrestato; e riesce a portarlo a New York soltanto quando il teste che accusa di omicidio il Genovese è morto di veleno (come il luogotenente del bandito Giuliano, Gaspare Pisciotta nel carcere di Palermo) in una prigione americana".

Giuliano<sup>28</sup>. Per effetto di queste benemerienze acquisite sul campo nel dopoguerra, essa ha potuto beneficiare di una sorta di corsia preferenziale nell'acquisizione di ogni possibile prestazione e beneficio di provenienza pubblica, come appalti, forniture, licenze, sovvenzioni, accessi agli impieghi, velocizzazione di pratiche, valorizzazione di aree edificabili, ecc. Tutto ciò usando l'accortezza di non chiudersi mai a riccio in se stessa, ma di far partecipare alla spartizione della torta anche persone del tutto estranee all'organizzazione mafiosa, in modo da accreditarsi come soggetto esponenziale degli "interessi generali", per accrescere così il suo peso elettorale e la capacità di incidenza nel campo politico. Ciò ha consentito alla stessa di estendere progressivamente la sua influenza sull'intero territorio nazionale e anche all'estero, seguendo o anticipando la logica della globalizzazione<sup>29</sup>. Ma, mantenendo sempre al tempo stesso - come ha chiarito bene U. Santino in parecchi dei suoi Scritti - le sue radici arcaiche, in modo di poter svolgere così un controllo serrato su tutte le attività che si svolgono sul territorio: da quelle meno lucrose (come i servizi resi dai posteggiatori), ai più sofisticati investimenti finanziari.

6. *C) Gli ultimi decenni. Un travagliato susseguirsi di guerra e pace. Il tentativo della mafia di divenire "Stato".*

Gli ultimi decenni presentano le maggiori difficoltà interpretative per l'affiorare sia all'interno dell'organizzazione mafiosa che degli apparati statali di numerosi elementi di discontinuità rispetto al passato, che richiedono una diversa chiave di lettura. Ciò che sembra essere entrato in crisi per la prima volta è il "contrattualismo", quel principio tipicamente medioevale che ha come suo pun-

<sup>28</sup> Sulla vicenda di Portella della Ginestra ha scritto anzitutto un testimone diretto dell'evento (Francesco Renda), che si trovava nei luoghi - giovanissimo dirigente sindacale - per guidare assieme ad altri dirigenti sindacali, la manifestazione operaia. Sul tema cfr. F. RENDA, *Storia della Mafia*, cit., 274,ss. Numerosi contributi ha dato poi sulla vicenda: G. CASARRUBEA, *Portella della Ginestra. Microstoria di una strage di Stato*, Milano 1997; ID., *Fra' Diavolo e il Governo nero. "Doppio Stato" e stragi nella Sicilia del dopoguerra*, Milano 1998; ID., *Salvatore Giuliano. Morte di un capobanda e dei suoi luogotenenti*, 2001; nonché U. SANTINO, *La democrazia bloccata. La strage di Portella della Ginestra e l'emarginazione delle sinistre*, Soveria Mannelli 1997 e gli studi sul tema del Centro siciliano di documentazione (CSD) "Peppino Impastato".

<sup>29</sup> I capi mafia - specie quelli che si erano distinti come antifascisti - divennero così i soggetti più influenti sulla politica del dopo guerra per i pacchetti di voti in loro disponibilità. Ad essi si rivolgevano interi gruppi sociali, parti rilevanti di comunità municipali (specie dell'entroterra siciliano) per chiedere favori di ogni tipo: assunzioni nei pubblici uffici, trasferimenti nei luoghi d'origine, velocizzazione di pratiche amministrative e ogni altro beneficio. Il consenso acquisito dai medesimi, in misura direttamente proporzionale ai favori resi, alimentava così un diabolico circolo vizioso senza fine. Si v. al riguardo l'esemplare trattazione della vicenda fatta da P. LA TORRE, *Relazione di minoranza della prima Commissione d'inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia*, cit.

to cardine l'idea di "autolimita", come diceva Sturzo. E, infatti, proprio nel momento in cui il potere della mafia diviene abnorme (grazie soprattutto agli affari conseguiti mediante le sinergie con la politica) vengono meno tutti quegli equilibri consolidati che la avevano accreditata nel tempo come una organizzazione moderata, garante dell'ordine pubblico e rispettosa soprattutto di ogni potere costituito. Ciò spiega la nascita all'interno dell'organizzazione di "gruppi eretici" intenzionati ad assumere una pienezza decisionale prima non pensabile anche a costo di rompere i tradizionali buoni rapporti con i vicini di casa (*in primis* Stato e società civile).

Usando un paradosso si potrebbe dire che così come all'epoca della formazione degli Stati, si avvertì l'esigenza di sostituire il "contratto" con la "legge" (con la contestuale assunzione della "sovranità" da parte del *Regnum*)<sup>30</sup>; in modo assai simile ora la c.d. ala militare di Cosa nostra, divenuta consapevole dell'enorme potere acquisito, tenta di ripetere l'operazione a suo vantaggio.

Ma, a ben guardare, non si tratta forse di un abbandono *sic et simpliciter* della logica contrattuale, ma di una dichiarazione di guerra finalizzata a realizzare una pace fondata su un patto più vantaggioso: *rectius* più aderente al peso reale delle forze in campo, cioè alla "natura delle cose"<sup>31</sup>.

In questo clima scoppia la c.d. "guerra di mafia". Combattuta, anzitutto, all'interno della stessa organizzazione per mettere a tacere e neutralizzare la *leadership* conservatrice allora dominante, propensa, come da tradizione, a una coesistenza pacifica con le altre realtà istituzionali e sociali presenti nel territorio<sup>32</sup>.

In secondo tempo nei confronti dello Stato o meglio di tutti quei soggetti facenti parte dello Stato (agenti delle forze dell'ordine, magistrati, funzionari, uomini politici) che osavano intralciare i disegni della nuova Cosa nostra. Il delirio di onnipotenza che ne seguì, portò l'organizzazione ad abbandonare progressivamente i tradizionali comportamenti "felpati" (che l'avevano accreditato per lun-

<sup>30</sup> Sul faticoso processo di formazione degli Stati, cfr per tutti: V. E. ORLANDO, in *Diritto pubblico generale-Scritti vari*, 1881-1940, Milano, 1940; A. THIERS, *Rivoluzione francese*, vol.1 (versione italiana a cura di F.Perez), Palermo, 1858; B. DE JOUVENEL, *La sovranità* (trad. italiana), Milano, 1971; L. STURZO, *Politica e morale*, in *Opere*, vol. IV, Bologna, 1972. F. LANCHESTER, *Stato* (forme di), in *Enc. dir.* (Giuffrè), Vol XIII, Milano, 1990, p.796, ss.

<sup>31</sup> L'affermazione del testo è anche avvalorata dal fatto che – secondo una tesi oggi non più marginale – soprattutto l'ultima fase stragista condotta dalla c.d. area militare della mafia (quella che portò al delitto Borsellino) sarebbe stata finalizzata ad accelerare l'esito di una trattativa voluta da entrambe le parti, ma ostacolata proprio dal giudice Borsellino. Cfr. anche nota 34.

<sup>32</sup> Il gruppo emergente che scatenò la guerra contro la mafia tradizionale (quella della Città) fu quello che faceva capo ai Corleonesi. Una guerra condotta a colpi di omicidi, sequestri di persona e altre forme di intimidazione anche nei confronti di soggetti non coinvolti *direttamente* negli affari di mafia ma vicini comunque anche per ragioni parentali o di protezione al gruppo perdente (come nel caso del sequestro Corleo). Si può vedere al riguardo Wikipedia, Voci: *Clan dei corleonesi* e *Seconda guerra di mafia*.

go tempo come amica dell'ordine e nemica irriducibile di ogni forma di sopruso) e a esibire invece il suo volto più feroce per assumere una posizione di primazia basata *sic et simpliciter* sulla forza o su un nuovo patto ad essa più favorevole<sup>33</sup>.

Lo sbocco finale di questa inedita strategia è stato quello dello *stragismo* accompagnato dal più assoluto disprezzo dei vecchi codici d'onore, improntati ai toni bassi e alla regola dell'apparire il meno possibile. Gli effetti autodistruttivi di questo allontanamento dalle radici si sono fatti progressivamente sentire sia all'interno dell'organizzazione (come dimostra in modo abbastanza eloquente il diffondersi del pentitismo), sia all'esterno della medesima con la presa di distanza di vasti settori dell'opinione pubblica, nonché di alcuni uomini politici tradizionalmente vicini alla stessa, divenuti ora più consapevoli della vera essenza della mafia e della sua pericolosità e non più disposti quindi ad assecondarne in blocco e a occhi chiusi qualsiasi richiesta. Proprio per questa ragione alcuni di essi hanno subito l'onta della pena capitale<sup>34</sup>.

In dipendenza di tutto ciò riprende quota la parte c.d. moderata dell'organizzazione mafiosa. La sua riemersione comincia a manifestarsi concretamente nella fase conclusiva della c.d. trattativa, con la presentazione di nuovi attori ritenuti più credibili per la stipula di un nuovo patto capace di inaugurare – col mantenimento dei reciproci impegni - un periodo di rinnovata pax mafiosa<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Ma val la pena di notare che quella antica vocazione al... bene comune (che è nel DNA della organizzazione mafiosa) riemerge inaspettatamente nel famoso Papello attribuito alla penna di Rina, ove l'ultima clausola apposta al medesimo pone come *condicio sine qua non* per la cessazione dello stato di guerra l'introduzione nel territorio della Sicilia di un regime privilegiato del prezzo della benzina. Una misura di ampio respiro pensata chiaramente non tanto per un misero interesse di bottega, ma in vista appunto del...bene comune !

<sup>34</sup> I delitti politici (stando alla ricostruzione di parecchi pentiti) vennero espletati nel convincimento da parte della Cupola mafiosa, di aver subito una sorta di tradimento per il mancato aggiustamento dei processi. Sfuggiva in questo modo alla c.d. ala militare di Cosa nostra (la più rozza) che i c.d. favori di cui la mafia ha potuto godere in silenzio da sempre, solo in minima parte derivavano da interventi di salvataggio *ad personam* caso per caso, ma - come si cercherà di chiarire meglio nel testo - da un ben più solido indirizzo politico che partiva da molto più lontano, svolgendosi però in modo pressoché impalpabile per rimanere invisibile, specie all'occhio dei più sprovveduti. Cfr. anche nota 36.

<sup>35</sup> Sullo sbocco inevitabilmente contrattualistico, anche dei gruppi mafiosi, allergici alle vecchie regole, cfr. il testo e nota n.31. Sull'avvio di una prima trattativa con l'area dei c.d. irriducibili si v. anzitutto la sentenza della Corte d'Assise di Firenze, Sez.II, del 6 giugno 1998 (Pres. Tomaselli), che - pur non disponendo ai tempi di tutti i dati conoscitivi che sono oggi consultabili - ricostruisce con molta lucidità ed equilibrio la vicenda della trattativa (nell'ambito del processo contro Bagarella e altri per la strage di via Georgofili). Cfr. anche M. CIANCIMINO, e F. LA LICATA, *Don Vito*, Milano, 2013. Un documento eccezionale ritenuto però inaffidabile dai molti che non lo hanno mai letto, suggestionati probabilmente dai numerosi luoghi comuni che circolano in proposito. Si tratta di un racconto dal di dentro, essendo l'Autore figlio del protagonista della prima trattativa.

7. *Segue: e... dello Stato di divenire pienamente "Stato" col monopolio della forza.*

Non minori novità si riscontrano negli stessi anni nell'atteggiamento dello Stato nei confronti della mafia. Prima di scendere nel dettaglio della questione è opportuno ricordare che sino alle soglie degli anni '90 del secolo scorso la mafia (grazie alla concomitanza di una pluralità di fattori), aveva potuto godere di fatto di una sorta di immunità penale, attestata dalla lunga e costante serie di sentenze assolutorie con cui si concludevano fatalmente i processi di mafia, nei pochi casi peraltro in cui era possibile avviarli. L'unica variabile riscontrabile era quella della formula assolutoria, "piena" o "per insufficienza di prova"<sup>36</sup>.

Questo singolare privilegio di casta - riservato come nel Medioevo solo ai componenti di rango dell'organizzazione - era stato per lungo tempo garantito in primo luogo dalle normative penalistiche calibrate più per i delitti d'onore che per quelli dell'Onorata società, nel presupposto della irrilevanza penale del fenomeno mafioso, attestata tra l'altro implicitamente dalla assenza del reato di Associazione di tipo mafioso. (Quest'ultimo, disciplinato oggi dall'art. 416 bis c.p., verrà infatti introdotto agli inizi degli anni '80, con la l. n. 646/1982 sotto l'incalzare delle stragi e dopo resistenze di ogni tipo).

Anche le politiche sull'assetto organizzativo e sul funzionamento degli apparati giudiziari (distretti, nomine dei vertici, assegnazione dei fondi, criteri di funzionamento degli uffici) hanno contribuito per lungo tempo a non sconvolgere il *modus vivendi* proprio dell'ancien regime<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> È una vicenda che si trascina pesantemente sin dall'800. Riporto al riguardo le acute considerazioni di Andrea Camilleri a proposito di una storia assolutamente autentica di una famiglia operosa disgraziatamente imbattutasi nella mafia locale: A. CAMILLERI, *La banda Sacco*, Palermo, 2013: "...È necessario... ricordare che quasi tutti i processi di mafia erano nel 99% dei casi destinati a concludersi con l'assoluzione dei capi e con leggere condanne per i subalterni. L'assoluzione in genere veniva concessa per mancanza di prove. Ogni assoluzione per mancanza di prove costituiva per il mafioso un titolo di merito, una medaglia da appuntare. Era un pubblico attestato d'impossibilità della giustizia a procedere, attestato che aggiungeva un alone di furbizia demoniaca alla figura del capomafia: con lui non ce la fanno". "D'altra parte - aggiunge l'A. - i giudici (ove non fossero già disposti alla benevolenza verso la mafia per quieto vivere, parentele amicizie, collusioni, ricatti, pressioni politiche) all'atto del processo si venivano a trovare davanti a una quantità di testimoni reticenti (per paura o per convenienza) o addirittura falsi...".

<sup>37</sup> Per comprendere come atti organizzatori o di semplice assegnazione delle risorse (apparentemente poco significativi), possano invece rivelarsi determinanti per l'efficacia dell'azione giudiziaria o addirittura per l'esito di singoli processi, richiamo due episodi che parlano da sé. Il primo riguarda la vanificazione sostanziale del lavoro del pool di Falcone dopo il pensionamento del Consigliere istruttore Caponnetto. Viene imposto il ritorno al tradizionale metodo dell'*indistinto* che fa disperdere in mille rivoli conoscenze ed esperienze preziosissime per l'azione antimafia. Il secondo episodio riguarda il delitto Rizzotto, emerso recentemente dopo tanti anni dal delitto

Per più di un secolo questa sorta di abdicazione dello Stato a proporsi nei confronti della mafia come vero “Stato” (e cioè come Ente dotato del monopolio della forza) era accettata – anche dal mondo della Magistratura e dell’Accademia - come un male necessario non esclusivo peraltro del nostro Paese: un prezzo inevitabile da pagare per non snaturare il sistema delle garanzie proprie dello Stato di diritto. E a conferma di ciò veniva infatti richiamata frequentemente la nota vicenda giudiziaria del boss italo/americano Al Capone – mafioso di chiara fama - che riesce tuttavia a sottrarsi sempre con successo a una condanna per mafia a causa della impalpabilità delle prove: tanto da essere condannato alla fine solo per evasione fiscale. Un espediente, per vero tutt’altro che rassicurante, che viene invece presentato dalla *vulgata comune* come fulgido esempio della infallibile Dea/Giustizia di Oltre oceano che sarebbe in grado di infliggere comunque una “giusta pena” a chi abbia errato.

Solo più tardi – intorno alla fine degli anni ’70 - il dogma della immunità penale della mafia, verrà finalmente messo in discussione almeno nel nostro Paese. E ciò avviene, nel primo momento, non sotto l’impulso dello “Stato-apparato” in quanto tale, ma per merito di un esiguo gruppo di magistrati al tempo fortemente contestati da ogni parte e soprattutto dalla Magistratura dei piani alti (la stessa per la verità che attraverso i metodi tradizionali non era riuscita mai a cavare un ragno dal buco). Il merito fondamentale di questi autentici pionieri di una nuova antimafia (che ha fatto scuola in tutto il mondo) è stato quello di abbandonare i vecchi schemi per passare a un nuovo approccio, che - partendo da una analisi di taglio sociologico del fenomeno in discussione - si desse carico di individuare nuove strategie di contrasto a un fenomeno ultra secolare, dimostratosi resistente alle tradizionali terapie penalistiche.

Per la prima volta viene messo sotto accusa il frammentarismo processuale tipico della nostra tradizione giuridica (e non solo della nostra) che, a forza di guardare il particolare (la famosa pagliuzza nell’occhio altrui) non riesce a vedere il disegno criminoso complessivo e a risalire ai veri colpevoli: quelli della Cupola mafiosa. Proprio per questa ragione la nuova strategia antimafia fa leva anzitutto sulla “collegialità” da realizzare concretamente attraverso i pool antimafia, i maxi processi e ogni altro strumento di cooperazione; nonché sul potenziamento delle

---

stesso. Si apprende che il giovane Ufficiale dei carabinieri Carlo Alberto Dalla Chiesa aveva fatto richiesta di ispezionare una delle fenditure di Rocca Busambra convinto così di poter trovare il corpo senza vita del giovane sindacalista ucciso. Ma l’accesso non fu consentito per ragioni di ordine finanziario. Eppure un film dell’epoca aveva già raccontato le modalità della esecuzione del sindacalista Placido Rizzotto parlando proprio della foiba di Rocca Busambra. Un caso similare (per fortuna con una conclusione diversa) riguarda il processo per la morte di Peppino Impastato ove il personale inviato ripetutamente negli Stati Uniti d’America per l’organizzazione delle video conferenze solo con grandi sforzi e con grande ritardo riuscì a ottenere il rimborso delle spese di missione.

prove documentali, attraverso soprattutto gli accertamenti bancari per seguire i flussi del denaro sporco e venire a capo dei numerosissimi soggetti esterni all'organizzazione che fanno da scudo ai traffici mafiosi. Tale più complessa e articolata strategia viene messa in atto in un primo momento a legislazione invariata con semplici ritocchi sul piano organizzativo alle modalità di lavoro all'interno degli uffici giudiziari. Successivamente (anche) attraverso l'introduzione con legge di strumenti e istituti giuridici di nuovo conio finalmente più adeguati a fronteggiare un fenomeno criminoso strutturalmente integrato nel territorio e pertanto non assimilabile ad altri fenomeni di criminalità comune. E' il caso di sottolineare che la nuova strategia – come sopra sommariamente descritta - non è affetta da un giustizialismo rozzo e sbrigativo allergico alle prove (come talvolta si è detto), ma al contrario si ispira a una visione garantistica del processo penale orientata alla ricerca di prove e riscontri di tipo documentale, che richiedono un alto livello di professionalità, perché costringono il Giudice per la prima volta a seguire i tortuosi flussi del denaro sporco, delle transazioni finanziarie, dei trasferimenti immobiliari e le ancor più complesse vicende societarie e di quelle finanziarie in particolare che compaiono e scompaiono con la stessa velocità dei funghi nei boschi. Un modo di condurre i processi sicuramente meno agevole di quello praticato nella mitica Età dell'oro della giurisprudenza colta e misurata, la quale (se si toglie il “troppo” e il “vano”) esauriva la sua funzione alla escussione di testi intimoriti (e quindi reticenti) e alla stesura di sentenze inevitabilmente assolutorie...di tutto riposo. Viceversa i tanto vituperati Maxi processi sponsorizzati dal pool tendono ad accorciare significativamente la distanza (per certi versi ineliminabile) tra “verità giudiziaria” e quella “reale”, nel tentativo tutt'altro che banale di estendere il tanto celebrato garantismo, non solo ai carnefici ma anche alle vittime della mafia<sup>38</sup>.

Tuttavia, se si va a rileggere il dibattito di quegli anni in materia, si scoprirà con stupore che, in quel particolare contesto conflittuale, anche le cose più ovvie divenivano spesso oggetto di accese discussioni<sup>39</sup>.

Come ad es. l'idea della introduzione dei pool antimafia, dei maxiprocessi, della introduzione di una normativa premiale per il pentitismo (essenziale per penetrare negli *arcana imperii* dell'organizzazione), della riformulazione del se-

<sup>38</sup> È fondamentale al riguardo il volume a cura di L. GALLUZZO, F. LA LICATA, S. LODATO, *Rapporto sulla mafia degli anni '80 – Gli atti dell'Ufficio istruzione del Tribunale di Palermo – Giovanni Falcone: Intervista – Racconto*, Palermo, 1986.

<sup>39</sup> Sul punto esiste una amplissima bibliografia parte rilevante della quale è dovuta agli stessi protagonisti del tempo, cfr. in particolare: A. CAPONNETTO, *I miei giorni a Palermo – Storie di mafia e di giustizia raccontate a Saverio Lodato*, Milano, 1992; G. FALCONE, M. PADOVANI, *Cose di Cosa nostra*, Ariccia, 1991; G. FALCONE, *Rapporto sulla mafia degli anni '80 - Intervista/ Racconto* a cura di L. GALLUZZO, F. LA LICATA, S. LODATO, Palermo, 1986; S. LODATO, M. TRAVAGLIO, *Intoccabili* (con Introduzione di P.Sylos Labini), Bergamo, 2005.

greto bancario per rendere più agevoli le indagini e l'assunzione delle prove (seguendo i flussi del denaro sporco), della introduzione della confisca per colpire i patrimoni illeciti<sup>40</sup>. Nella fase più acuta dello scontro, il pool antimafia di Palermo divenne il bersaglio preferito di una sorta di gioco nazionale al tiro a segno in cui si distinsero larghe fasce della politica, delle istituzioni, e del mondo dell'informazione, con effetti devastanti di grande disorientamento sull'opinione pubblica<sup>41</sup>.

Questo inverecondo gioco al massacro, protrattosi per oltre un ventennio, cominciò invero ad attenuarsi dopo l'esito del primo maxiprocesso alla mafia. Un processo avviato tra polemiche di ogni sorta (e causa non secondaria della c.d. stagione dei veleni) che si concluse però con lo stupore dei molti benpensanti, con condanne molto pesanti non solo a carico degli esecutori materiali degli innumerevoli reati contestati (i c.d. *picciotti*), ma anche – per la prima volta nella intera storia d'Italia - dei notissimi vertici dell'organizzazione mafiosa, rimasti sino ad allora ignoti solo all'interno dei Palazzi di giustizia. Condanne peraltro quasi tutte confermate negli ulteriori gradi di giudizio. I commenti fortemente positivi espressi dalla stampa e dai *mass media* di mezzo mondo nei confronti della sentenza e dei nuovi metodi investigativi introdotti dal *pool* (riassumibili nel motto “*segui i soldi e troverai la mafia*”), crearono un effetto di traino innegabile anche nel nostro Paese che indusse i molti critici di una volta a un più prudente atteggiamento di silenzio e in parecchi casi a conversioni inaspettate<sup>42</sup>. Qualche

<sup>40</sup> Il caso forse più significativo è quello della legge Rognoni-La Torre che colpisce, con la confisca, i patrimoni mafiosi. La legge - fortemente voluta dall'on.le Pio La Torre - fu boicottata in mille modi. Solo dopo la morte dello stesso poté essere approvata. E ciò avvenne con una improvvisa accelerazione di tempi col chiaro intento di cancellare così il “peccato originale” che ne aveva caratterizzato la genesi. Gli osservatori più attenti potranno però facilmente constatare che il predetto intento purificatorio è fallito, perché l'intestazione della legge (ove il nome del La Torre figura al secondo posto) attesta implicitamente il carattere non certo troppo edificante della intera vicenda.

<sup>41</sup> Avevamo lasciato il Giornale di Sicilia in “stato confusionale” - come il giovane Re Salomone, prima del “sogno” e della “preghiera di illuminazione” - intento alle Laudi del “Giusto” (cfr. nota 24). Lo ritroviamo ora dopo tanti anni, (ancora maldestro nel maneggiare l'arte del “discernimento”), impegnato questa volta, non in una “*Laude*”, ma in una campagna-stampa contro il *pool*. Una *missione* affidata a “garantisti” preoccupati del diffondersi della piaga del “professionismo dell'antimafia” e tra questi in particolare a colleghi-magistrati dei giudici del *pool*, convertitisi per l'occasione a parlare “non solo con le sentenze” ma anche “con i giornali”.

<sup>42</sup> Tra i pochi non convertiti, troviamo però ad onore del vero il giudice Corrado Carnevale (detto dai suoi ammiratori “*Ammazzasentenze*”) che, anche dopo la morte di Falcone e Borsellino e dopo il successo del maxiprocesso continuò a manifestare la sua disistima per gli uomini del *pool*, e a sottolineare in particolare la inconsistenza della cultura giuridica dei medesimi pari a suo dire a “un livello di professionalità prossimo allo zero”. Manifestando con ciò una coerenza pari forse solo a quella di don Ferrante che, anche nel letto di morte, continuò a sostenere che mai e poi mai la peste avrebbe potuto diffondersi per contatto, perché - non essendo catalogabile né tra le “*Sostanze*”, né tra gli “*Accidenti*” - non avrebbe potuto offrire alle micro-entità di che trattasi (microbi, batteri e simili) la base di appoggio imprescindibile per un contagio da contatto! Il giudizio del dott.

tempo dopo, il trauma prodotto nell'opinione pubblica dalle due stragi di Capaci e via D'Amelio - ove persero la vita rispettivamente i giudici Falcone e Borsellino e con essi numerosi altri servitori dello Stato - contribuì a un rapido mutamento dello scenario complessivo di cui rimane evidente traccia nei resoconti filmati dei funerali delle vittime delle due stragi in cui sono ben visibili ancora momenti di forte tensione e di palese avversità di comuni cittadini soprattutto nei confronti di uomini politici e delle istituzioni che avevano convissuto con la mafia. In questo clima profondamente rinnovato i due giudici rimasti vittime sul campo, qualificati in vita come "bracci secolari" di misteriosi disegni politici eversivi (mai venuti a galla), cominciano ora a essere presentati (dalla stessa nomenclatura che li aveva avversati), come esempi di rigore e di garantismo giuridico impareggiabili da proporre ai giovani come modelli da seguire. La giurisprudenza della Cassazione - tradizionalmente non benevola nei confronti delle nuove strategie processuali propugnate dal pool - cominciò ad aprirsi sempre più al nuovo corso come attesta il pieno avallo dato dalla stessa Corte all'esito del primo maxi processo. Anche Governo e Parlamento si fecero più pronti ad accogliere le istanze dell'antimafia. Per un momento sembrò possibile immaginare l'avvento in tempi brevi di una nuova Stagione, in cui lo Stato, liberato finalmente dal suo "Antistato" che lo legava ancora al Medioevo, potesse proporsi come Ente sovrano avente il monopolio della forza capace di parlare finalmente un'unica lingua, senza il timore di essere smentito a ogni passo da sé stesso. L'atmosfera euforica che si venne a creare in quel momento magico falsò certamente per un eccesso di ottimismo la diagnosi del fenomeno in discussione, perché alla luce dei fatti sopravvenuti, l'intreccio Mafia, Stato, Potentati economici doveva rivelarsi molto più intricato del previsto, tanto da non far pensare più (almeno nel breve tempo) a quella conclusione a lieto fine che sembrò per un momento a portata di mano. Le ragioni di tutto ciò, legate - come si vedrà - anche ai fenomeni di trasformazione dei sistemi economici e sociali connessi alla globalizzazione, appariranno in modo molto più chiaro nel prosieguo del discorso.

8. *Trattative, sinergie, poteri occulti. Dalle "febbri pestilenziali" alla "diceria dell'untore".*

In occasione del famigerato sequestro Moro, le forze politiche del tempo non esitarono a porre esplicitamente all'opinione pubblica l'angoscioso dilemma se intelaiare o meno una trattativa con le Brigate rosse nel tentativo di poter così

---

Carnevale nei confronti dei magistrati del pool antimafia riportato tra virgolette fa parte di un più ampio dialogo telefonico con un amico, che ha avuto anche delle ricadute giudiziarie. Esso può leggersi tra l'altro nella sua integrità nel Volume di S. LODATO, M. TRAVAGLIO, (*con prefazione di Paolo Sylos Labini*), *Intoccabili*, cit., p.278 ss. e *passim*.

liberare il prigioniero e a prendere posizione esplicita sull'argomento ora in senso positivo ora negativo.

Il tema della "Trattativa" è tornato all'attenzione generale in questi ultimi anni: non più con riferimento al terrorismo politico, ma alle stragi di mafia degli anni '90.

Questa volta però quando uomini della politica o delle Istituzioni si vedono proprio costretti ad affrontare lo spinoso argomento, gli stessi danno la sensazione di voler eludere o minimizzare la questione, come generalmente avviene tutte le volte in cui chi parla non vuol creare allarme a se stesso e a chi l'ascolta. Un atteggiamento che (nonostante il lungo lasso di tempo trascorso) fa tornare in mente il racconto manzoniano sulla peste, quando le Autorità sanitarie milanesi, preoccupate anch'esse di non creare panico nella popolazione – anziché avvertire in tempo i cittadini della diffusione del morbo e impartire le necessarie misure precauzionali per circoscrivere il contagio - preferirono seguire il metodo di Mitridate: quello di assumere il veleno a piccole dosi onde poterlo innocuizzare. E infatti, tornando al racconto manzoniano, in un primo momento i sanitari milanesi negarono decisamente la presenza del morbo nel territorio lombardo. Qualche tempo dopo cominciarono a parlare di una generica diffusione di "febbri", senza specificarne la natura. Dopo un intervallo di silenzio rassicurante, chiarirono la natura di queste febbri: "febbri pestilenziali". E solo quando divenne impossibile negare l'evidenza e circoscrivere in qualche modo il flagello, la peste divenne finalmente ufficiale. Ma, anche allora, con l'aggiunta di un'altra impostura: quella degli "Untori", colpevoli di aver diffuso il contagio. Un'accusa che costò la vita a parecchi innocenti, come riferisce lo stesso A. nella raccapricciante "Storia della Colonna infame".

Straordinarie le assonanze col nostro caso. In un primo momento la trattativa viene negata in radice e anzi bollata come una provocazione messa in giro ad arte da frange irresponsabili delle stesse Istituzioni in cerca di visibilità. Qualche tempo dopo se ne comincia a discutere. Non però come fatto storico realmente avvenuto, ma alla stregua di una semplice ipotesi didattica: per chiarire in sostanza che – anche a voler ammettere come ipotesi lontana una trattativa- essa sarebbe da considerare *tamquam non esset*, in quanto irrilevante penalmente e meno che mai meritevole di vaglio giudiziario, perché non prevista come reato <sup>43</sup>, sguarnita *ictu*

<sup>43</sup> Affermazione ineccepibile, ma assolutamente inutile nel caso specifico, perché la Procura di Palermo, forse perché avvertita... in tempo della inesistenza del reato ritenne bene o male (secondo i punti di vista) di convertire l'accusa in "Minaccia contro un corpo politico amministrativo". Reato questo previsto dall'art. 338 c.p. che disciplina proprio quella minaccia che dai più fieri oppositori della trattativa, si ritiene possa essere stata subita dalle autorità del tempo per scongiurare il danno maggiore della strage. Sulla complessa vicenda della trattativa può essere utile vedere: la raccolta di scritti a cura di S. BORSSELLINO, M. TRAVAGLIO, "19 luglio 1992 – 20 luglio 2012" – *Due anni di stragi vent'anni di trattativa* – Suppl. ed. Il Fatto Quotidiano -2012, che dà tra l'altro utili indicazioni per ricostruire le date dei singoli eventi. Si v. anche nota 35 ove è richiamata la sentenza della Corte di assise di Firenze e il libro già citato di Ciancimino e La Licata.

*oculi* di prove e in ogni caso legittimata da un evidente “stato di necessità”, quello di evitare un male maggiore: il compimento di altre stragi<sup>44</sup>. Qualcuno, memore del gran peso che la Scolastica ha sempre attribuito all'*auctoritas maiorum*, ha ritenuto di poter addirittura giurare che “mai e poi mai Falcone avrebbe ammesso nel caso specifico l'esistenza di una trattativa”. Altri infine per esorcizzare il problema ha parlato di “baratto”, non di “trattativa”. Ma, nonostante i giuramenti e i molti argomenti “contro” esibiti dai numerosi clinici della “serenitas” venuti in soccorso, quando i numerosi sintomi della malattia accumulati nel tempo (dalla mancata perquisizione della casa di Riina ai molti depistaggi sulla strage di via D'Amelio), rendono sempre più difficile perpetuare a somministrare terapie palliative, l'attenzione viene deviata ancora una volta sugli “Untori”. Che non sono però quelle misteriose figure dalle sembianze umane ma dalla sostanza diabolica che un tempo alimentavano i processi per stregoneria, né “untorelli” di bassa lega come Renzo che, per pura balordaggine, si divertivano a ungere la porta di Tizio o di Caio al solo scopo di impaurire. I nuovi untori sono “umani” a tutti gli effetti, sia pure propensi al male. Sono anzitutto pentiti di mafia che hanno sconvolto con le loro dichiarazioni tutto quel castello di false prove sulle quali erano state costruite diverse sentenze definitive sulla strage Borsellino che avevano portato all'ergastolo numerosi innocenti<sup>45</sup>. In secondo luogo taluni uomini delle Istitu-

<sup>44</sup> Il recente libro molto gettonato dei due studiosi palermitani G. FIANDACA, S. LUPO, dal titolo rassicurante “*La mafia non ha vinto*”, Ed. Laterza, 2014 (che ribalta la diagnosi fatta tanti anni prima dal pentito Buscetta) può essere inquadrato legittimamente sotto la Rubrica delle “Febbri pestilenziali”. Mentre l'energica smentita del Ministro degli interni della più recente trattativa calcistica Stato- Genny a' Carogna, consumata *urbi et orbi* sotto l'occhio vigile delle televisioni di mezzo mondo, andrebbe più correttamente assimilata alle prime esternazioni dell'Autorità sanitaria milanese, quelle che negavano decisamente senza se e senza ma l'esistenza del morbo.

<sup>45</sup> Ci si riferisce in particolare alle dichiarazioni del pentito Spatuzza, grazie alle quali è stato possibile diradare molte nebbie accumulate negli anni sulla esecuzione della strage di via D'Amelio e ridare così la libertà al falso pentito Scarantino che, tra ricatti di ogni genere, si era dichiarato colpevole della anzidetta strage, coinvolgendo altri innocenti. Le dichiarazioni di Spatuzza stanno costringendo a rivedere *ab imis* tutta la storia giudiziaria scritta a Caltanissetta sulla strage di via D'Amelio, ponendo anche il problema – tutt'altro che marginale – dei possibili nessi tra l'anzidetta strage e la c.d. trattativa (v. nota 50). Il riferimento agli “untori” contenuto nel testo è giustificato dal fatto che al pentito Spatuzza è stato negato per lungo tempo il programma di protezione speciale nonostante il parere favorevole espresso da ben tre procure distrettuali antimafia e della Procura nazionale (Cfr. al riguardo A. INGROIA, *Nel labirinto degli dei*, Milano, 2010). Riflettendo sui depistaggi - presenti in tutte le vicende stragistiche del nostro Paese - il pensiero va anche alle vicende dell'ultimo Ciancimino, che – dopo aver fornito per parecchi anni informazioni e documenti tutt'altro che insignificanti sulle stragi e sulle trattative – si è reso protagonista proprio nel momento finale delle sue lunghe dichiarazioni, di una serie di stranezze (ancor più stranamente concentrate in un brevissimo arco di tempo e prive di qualsiasi spiegazione): l'esibizione di un documento falso, una conversazione telefonica con un amico che nulla dice di essenziale tranne il “libero accesso” vantato dal N. al computer del dott. Ingroia, nonché i numerosi candelotti di esplosivo trovati nella

zioni (e in particolare dell'Ordine giudiziario), che hanno avuto il torto di parlare di trattativa quando nessuno ne parlava né aveva voglia di sentirne parlare<sup>46</sup>. E' il caso allora di chiedersi: come mai un così grande imbarazzo a parlare di "trattativa" rispetto a una vicenda che - avendo a che fare con la mafia (un'organizzazione che ha nel suo DNA proprio il contrattualismo) - non farebbe ritenere assurda o improbabile l'ipotesi di un accordo tra due entità avvezze a una lunga convivenza. L'unica risposta credibile che riesco a trovare è che la trattativa degli anni '90 - probabilmente non l'unica nella storia del nostro Paese<sup>47</sup> - abbia fatto emergere una realtà ben più inquietante di quanto non si potesse immaginare prima. Non quella rappresentata all'inizio di due ordinamenti separati che, pur nella frequenza dei rapporti reciproci, mantengono tuttavia intatta la loro identità, ma di due sistemi organizzativi che, col crescere dei processi di globalizzazione, tendono sempre più a integrarsi sino a divenire qualcosa di irricognoscibile<sup>48</sup>.

Solo in questo modo è possibile cogliere il senso di talune strategie messe in atto dalla mafia negli anni delle stragi e in quelli successivi. Come ad es. la determinazione della c.d. Cupola di spostare gli attentati fuori Sicilia per colpire,

---

sua abitazione. Episodi strani, di cui si sconoscono le finalità e il costruito, ma che sono servite ad alimentare la tesi della inaffidabilità del dichiarante.

<sup>46</sup> Le cronache degli ultimi anni hanno inoltre evidenziato che anche i Magistrati che hanno avuto il torto di parlare di trattativa non hanno avuto vita facile. Per non dilungarmi molto sull'argomento mi limiterò a ricordare alcune delle traversie vissute dal sostituto/Procuratore Di Matteo (divenuto dopo le dimissioni di Ingroia) il referente principale del processo. Oltre alle note minacce mafiose provenienti da Riina da un carcere di sicurezza che applica il regime del 41 bis, mi limiterò a ricordare due eventi non molto edificanti provenienti questa volta dal fronte istituzionale: a) la instaurazione a carico del Di Matteo di un giudizio disciplinare, conclusosi con un verdetto pienamente assolutorio (ma solo dopo un tempo assai lungo); b) e la visita a Palermo di una delegazione del Consiglio superiore della Magistratura per dare solidarietà alla Magistratura di Palermo. Una visita di cortesia che ha escluso stranamente proprio il magistrato più bisognoso delle anzidette "cortesie", tenuto soprattutto conto del monito di Falcone (spesso vanamente richiamato) che i pericoli cui vanno incontro i magistrati che si occupano di mafia crescono esponenzialmente quando la mafia ha la certezza della solitudine in cui è stato lasciato il magistrato più esposto.

<sup>47</sup> Di un altro Papello *ante litteram* (risalente all'ottocento) ci dà notizia P. MOROSINI, in *Attenzione alla giustizia, magistrati, mafie e impunità*, Ed. Rubbettino, 2011. Rimane peraltro fermo a proposito del contrattualismo di mafia quanto si è detto al par. 3: e cioè che la regola della informalità (mutuata dalla esperienza medioevale), può infrangersi nei momenti di crisi, quando il *pactum* preesistente tende a rompersi. In questo caso possono entrare in scena i Papelli e altri accordi scritti o dotati di formalità.

<sup>48</sup> Questo salto di qualità nei complicati intrecci Stato-mafia era stato invero avvertito, con la consueta lucidità da G. Falcone, il quale infatti sin d'allora parlava di "una singolare convergenza tra interessi mafiosi e interessi attinenti alla gestione della cosa pubblica...un retroterra di segreti e inquietanti collegamenti che vanno ben al di là della mera contiguità e che debbono essere individuati e colpiti, se si vuole davvero voltare pagina" (c.n.). (il suddetto brano è riportato da Gian Carlo Caselli sul *Fatto* quotidiano del 27 maggio 2014). Sugli ultimi sviluppi della vicenda si vedano i paragrafi successivi e le relative note.

a Firenze, pezzi del nostro patrimonio culturale conosciuti in tutto il mondo ma sicuramente ignoti a Cosa nostra; le modalità delle più eclatanti stragi di mafia (in particolare quella contro il giudice Falcone e i suoi agenti di scorta), che hanno richiesto l'utilizzo di strumenti tecnici assai sofisticati e di persone di sicura professionalità, cooptate certamente fuori dal mondo della pastorizia. Ma le vicende processuali degli ultimi anni hanno fatto emergere una ancor più sconvolgente verità: la messa in opera da parte di pezzi deviati dello Stato di una vera e propria strategia di depistaggio prolungata nel tempo che ha portato ad es. alla sparizione di documenti fondamentali ai fini processuali o alla identificazione dopo anni di persone di cui si era persa ogni traccia<sup>49</sup>. E cosa ancor più grave alla confezione di figure sacrificali, costrette ad assumersi, attraverso minacce di ogni tipo, la responsabilità di delitti gravissimi mai commessi e a subire condanne all'ergastolo definitive. Errori giudiziari a scapito di poveracci che questa volta, per vero, non sembrano aver scandalizzato per nulla i garantisti a senso unico, che sogliono vedere persecuzioni e condanne di innocenti a ogni passo<sup>50</sup>.

Vicende tutte che, comunque si rivolti la matassa, dimostrano l'esistenza di intrecci e sodalizi tra mafia e pezzi deviati dello Stato che si realizzano non più (o non solo) attraverso convergenze episodiche o casuali, ma attraverso strutture deviate a composizione plurima che tendono ad assumere il potere reale, fuori da ogni canale istituzionale<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> La storia dei processi di mafia a partire dall'eccidio Notarbartolo a quello di Dalla Chiesa, Impastato, Borsellino, Rostagno e altri presenta una serie di ingredienti costanti: la sparizione di atti o di interi fascicoli giudiziari la precipitosa distruzione di reperti che avrebbero potuto illuminare sul reale andamento dei fatti, la morte improvvisa di testimoni e così via. Ma tra tutti i depistaggi, forse il più odioso, è quello della strage di via D'Amelio per i numerosi innocenti condannati all'ergastolo. Cfr. nota 45.

<sup>50</sup> Secondo la tesi più accreditata il collegamento tra la strage di via D'Amelio e la trattativa andrebbe ricercata soprattutto nei *tempi* in cui maturò l'anzidetta strage. Essa sarebbe stata eseguita a ridosso della precedente strage "Falcone" per dare una accelerazione ("*un altro colpo*", com'è stato detto da fonte mafiosa) alle residue resistenze poste dallo Stato (*rectius* da Borsellino) alla trattativa. La questione è stata oggetto di un dibattito tenuto presso la Facoltà di giurisprudenza di Palermo il 19 luglio 2011 al *Convegno organizzato dalla Rivista Antimafia 2000*. Il Procuratore generale di Caltanissetta in quella occasione ha avanzato la tesi che la strage e il depistaggio istituzionale (oggetto oggi di indagini) potrebbero essere serviti anche per facilitare il riconoscimento della figura del "dissociato" (non pentito) similmente a quanto era stato disposto per i terroristi. Una richiesta a suo tempo fatta espressamente da taluni mafiosi di spicco in stato di detenzione. Si v. al riguardo G. LO BIANCO, S. RIZZA, *Scarpinato: quel depistaggio usato come un "jolly"*, in *I Quaderni de L'ORA*, 1, 2011 (sett.ott.).

<sup>51</sup> La tesi sostenuta nel testo trova ora una conferma autorevole sul piano giudiziario nella Memoria di 25 pagine depositata dal Procuratore generale di Palermo Roberto Scarpinato in occasione dell'apertura del processo d'appello per la mancata cattura di Bernardo Provenzano, ove si attesta esplicitamente (con riserva di prova) un intreccio inestricabile sino a poco tempo fa solo sospettato "tra mafia, massoneria, destra eversiva e servizi deviati, terreno di coltura della strategia della tensione stragista tra il '92 e il '93". Parte di questa strategia è il c.d. "Protocollo farfalla" tra

9. *Rivive il mito del “Vascello fantasma”. I nuovi arcipelaghi di potere a guida invisibile e la degradazione degli interessi “primari” a interessi “molesti”.*

È questo il tema dei Comitati di affari, delle P2, delle Lobby, delle Cupole e altre organizzazioni similari capaci di far confluire in una medesima struttura persone insospettabili, mafie di ogni provenienza, pezzi deviati dello Stato, golpisti *in pectore*, riciclatori di denaro sporco e in genere tutto quell’insieme torbido convenzionalmente denominato dei Poteri occulti. Uno dei vantaggi che riescono a conseguire queste aggregazioni di soggetti tanto diversi tra loro è quello della flessibilità, che consente loro di mostrare un volto pulito (capace di sviluppare una forte *vis attractiva* anche tra persone non implicate in affari oscuri) e al tempo stesso di garantire al nucleo duro dell’organizzazione il massimo della segretezza, attraverso la riserva degli *arcana imperii* a poche persone fidate sconosciute talvolta persino ai facenti parte della medesima<sup>52</sup>.

Per tentare di comprendere più a fondo questo fenomeno - non esclusivo peraltro del nostro Paese - bisogna guardare probabilmente a due fenomeni tipici dei nostri tempi intimamente connessi tra loro: la globalizzazione e l’enorme incidenza assunta nei diversi sistemi economici odierni dalla c.d. finanza. Intendendo per quest’ultima non tanto l’avvento di un sistema creditizio-finanziario più efficiente nell’incanalare l’impiego del risparmio ai fini della crescita economica e del benessere collettivo, ma un modo spiccio di accumulo di ricchezza fine a se stessa che mira unicamente a generare altra ricchezza speculativa a vantaggio di pochi<sup>53</sup>.

---

Dap e Sidae). Le notizie più accurate su tutta la vicenda si possono leggere su il Fatto quotidiano del 27 e del 28 settembre 2014.

<sup>52</sup> La letteratura sui c.d. poteri forti e occulti è oggi ragguardevole. Si farà riferimento a poche opere rinviandosi alla ulteriore letteratura in esse richiamate. Cfr. per tutti: F. PINOTTI, *Poteri forti*, Mondadori, Milano, 2010; G. NUZZI, *Vaticano s.p.a.*, Ed. Chiarelettere, Milano, 2009; L. BISIGNANI, P. MADRONI, *L’uomo che sussurra ai potenti*, Ed. Chiarelettere, Milano, 2013 nonché il recente volume di G. LEOPARDI, F. CORDERO, *Lo stato presente dei costumi degli italiani. Seguito dei pensieri di un italiano di oggi*, Torino, 2011.

<sup>53</sup> Una ricchezza che, essendo dissociata dalla tangibilità del prodotto (i frutti della terra, la bellezza del prodotto artigianale, l’efficienza di quello industriale), ha azzerato del tutto la nobiltà del lavoro e la sacralità di tutto ciò che da secoli ruotava intorno ad esso. Sulla globalizzazione e i suoi molteplici effetti, cfr. Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione – Le conseguenze sulle persone* - (Laterza), Roma-Bari, 1999; J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Torino, 2013; P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006; G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, n. 4905 ss. nonché G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2008, il quale chiarisce bene anche tecnicamente la crisi della governabilità nei sistemi globalizzati, individuata essenzialmente dall’A. nella “*perdita del controllo sui fatti condizionanti*” (p.392 e *passim*).

I beni più esposti all'aggressione sono quelli *comuni* considerati ancora oggi sovente dalla sensibilità collettiva come *nullius* e quindi di... libero accesso, nonché quelli dei soggetti deboli che, non essendo muniti di adeguate corazze, appaiono di più facile espugnazione<sup>54</sup>. Anche il denaro pubblico - come si vedrà - suscita non poco interesse per chi ha voglia di fare rapidi affari.

Qualcuno per definire questo modo convulso e spregiudicato di accumulo della ricchezza sganciato da qualsiasi considerazione del bene comune, ha fatto ricorso (e non a sproposito) all'espressione "economia del saccheggio"<sup>55</sup>, allu-

<sup>54</sup> Una delle vicende meno edificanti del secolo in cui viviamo è certamente quella della diffusione di massa del gioco e delle scommesse nelle forme più disparate: gratta e vinci, slot machine, videopoker e altre ancora. Cfr. al riguardo da ultimo G.C. AGRIFOGLIO, *Mercato globale, tutela del consumatore e scommesse sportive "dopate"*, in *Giust. civ.*, [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 13.5.2014 e ivi ampi richiami di dottrina e giurisprudenza. Si tratta di attività notoriamente gestite dal malaffare e che, altrettanto notoriamente, hanno come vittime preferite i minori e le categorie più disagiate, che avendo poco da sperare, spendono quel poco che hanno proprio nei c.d. giochi "della fortuna". L'implementazione di queste attività (le uniche forse oggi prospere in Italia) è avvenuta - come spesso accade nelle vicende più ripugnanti - all'insegna dei sommi principi: la libertà economica, l'apertura del mercato all'intero territorio comunitario, le emergenze della finanza pubblica, etc. (Cass. Civ., Sez. I, 17.11.2013, n.1163, in [www.lexgiocchi.it](http://www.lexgiocchi.it)). Mai in questi discorsi un riferimento convinto al c.2 dell'art.41, Cost. (che non a caso molti avrebbero voluto abrogare), né al principio della progressività delle imposte alla stregua del quale sembra irragionevole che per colmare i buchi di bilancio (riconducibili quasi sempre a sprechi di ogni genere) debba farsi appello all'"oro delle vedove di guerra". Ciò che invero sembra prevalere in chi a vario titolo è chiamato ad affrontare lo spinoso argomento è un atteggiamento di estrema cautela, legato forse alla percezione della forte incidenza delle potenti lobby del settore sia nel campo politico che dei costruttori di opinione pubblica, attraverso un sistema di finanziamenti assai vasto che non trova i limiti di altri settori economici meno prosperi. Così ad es. la nostra Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza - avendo avuto conoscenza, dopo un approfondito studio della Swg, che il gioco d'azzardo costituisce un vero flagello specie per i soggetti deboli - propone salomonicamente di vietarne la pubblicità televisiva. Ma *cum iudicio*: non sempre! Solo "nelle fasce orarie più frequentate dai ragazzi" (cfr. la Repubblica del 5 agosto 2014). Simile il verdetto della Oxford University dopo uno studio su cinquemila ragazzi tra i 10 e i 15 anni: "...fa bene giocare al videogames (*raccomandano questi studiosi*), ma per meno di un'ora al giorno". La prestigiosa Università non si dà carico però di precisare a quale Autorità conferire il compito di garantire il non sforamento della anzidetta ora benefica di cura.

<sup>55</sup> La definizione è di U. MATTEI, L. NADER, *Il saccheggio - Regime di legalità e trasformazioni globali*, Mondadori, 2010. Ma già parecchi anni fa il novantenne Galbraith, con quella impareggiabile lucidità che è propria di tutti i novantenni rimasti *lucidi*, aveva parlato con specifico riferimento al sistema americano di "economia della truffa" e soprattutto della truffa ideologica che è alla base della medesima: la falsa idea - prevalente negli anni '70 e '80 - di un *mercato infallibile* che proprio in ragione della sua infallibilità non andrebbe mai disturbato: cfr. K. GALBRAITH, *L'economia della truffa* (trad. S. Galli), Rizzoli, 2004. Il tema delle regole è affrontato ora con un approccio simile da Philip Mirowski in un Saggio riportato in gran parte su La Repubblica del maggio 2014 da Federico Rampini. L'A. si sofferma in particolare sulla impostura della c.d. *deregulation*, osservando in controcorrente che la parola non significa affatto abbattimento delle regole per fare emergere un mercato libero in natura incontaminato da interventi statali (mai esistito), ma una riscrittura delle

dendo a quel tipo di economia non costruttiva tipica delle orde barbariche del primo Medioevo che realizzavano in poco tempo cospicui bottini attraverso il saccheggio di città e campagne a danno delle popolazioni aggredite. Con questa fondamentale differenza tuttavia: che mentre i barbari medioevali venivano da regioni lontane e operavano *manu militari*, non camuffando affatto le loro intenzioni di rapina; quelli odierni invece - pur producendo danni forse ancor più gravi dei primi<sup>56</sup> - hanno tuttavia l'esigenza vitale di nascondere in qualche modo le loro intenzioni criminali, attraverso la parvenza di una legalità formale che viene in concreto assicurata dalle coperture della politica, dalla collaborazione di maghi della finanza, da giocolieri del denaro sporco, da infiltrati nei diversi comparti dell'amministrazione, ma anche da professionalità di grido, da persone insospettabili, facenti parte talvolta della magistratura. Si pensi ad es. alla complessità delle operazioni necessarie per il riciclaggio del denaro sporco e l'esportazione dei capitali all'estero, ai complicati intrecci societari per eludere il fisco, al numero dei soggetti e delle istituzioni anche di Stati diversi da coinvolgere nel traffico dei rifiuti pericolosi, in quello della cocaina, e così via.

Uno dei settori oggi preferiti dalle Lobby è quello che fa capo alle pubbliche amministrazioni: alle grandi infrastrutture, alle calamità naturali, ai grandi eventi, alle bonifiche e più in generale a tutto quell'insieme di opere e attività che, incidendo su oggetti a regime chiuso o semi-chiuso, non sono accessibili a una

---

regole più funzionali agli interessi forti. Evidenzia in particolare che "Chiunque lavori nella finanza ha sempre avuto a che fare con una montagna di leggi, regole, documenti formali da riempire, procedure legali, controlli" "La finanza si è sempre mossa dentro una giungla normativa. Quello che il liberalismo ha messo in piedi è stato un gigantesco cantiere di ri-regolazione, cioè ha riscritto le regole, sempre a un livello di complessità enorme, ma in modo che fossero conformi agli interessi di potenti attori della finanza".

<sup>56</sup> La vicenda di stampo tipicamente urbanistico della destinazione d'uso disposta dalle lobby campane (camorra con forti appoggi politici e di colletti bianchi) di parte non indifferente del territorio campano come deposito di rifiuti tossici e nocivi - i cui danni denunciati da tempo sono stati ufficializzati scientificamente solo di recente - rappresenta sicuramente una conferma di quella metamorfosi in senso barbarico dell'*homo sapiens* contemporaneo cui più volte si è accennato in questo lavoro. Nel caso specifico assume particolare rilevanza ai fini di questa trasformazione, la circostanza che il danno arrecato al territorio riguarda in gran parte la città in cui vivono gli stessi uomini delle lobby con i loro familiari. Così la città di Napoli - da sempre cantata dai suoi figli come una città incomparabile per la sua bellezza e per la bellezza delle persone che vi abitano - viene trasformata ora dai suoi stessi figli in una sorta di terra di nessuno. È pure illuminante per segnalare l'anzidetta perdita di *humanitas* quella (ormai arcinota) conversazione notturna tra i due imprenditori vicini alle lobby degli appalti che nello stesso momento in cui avveniva il terribile terremoto dell'Aquila pregustavano la gioia della aggiudicazione dei relativi lavori di ricostruzione". Al tema più generale dei costi collettivi del malaffare ha dedicato studi significativi Marco Arnone: un giovane e brillante economista palermitano scomparso prematuramente, cfr. in particolare M. ARNONE E. ILIOPULOS, *La corruzione costa-Effetti economici, istituzionali e sociali*- Ed. Vita e Pensiero (Università), Milano, 2005.

platea vasta di operatori economici e che proprio per ciò sono potenzialmente fertili di affari. La particolare appetibilità di questo settore è legata non solo alla consistenza dei finanziamenti pubblici, ma anche alla circostanza che le attività in discussione – a differenza di quelle legate alla droga, al riciclaggio di denaro sporco e similari - non presentano *prima facie* nulla di illecito, essendo anzi finalizzate a realizzare opere di interesse generale potenzialmente idonee a generare consenso. Quello stesso genere di opere che suscitano grande ammirazione tra i contemporanei e che un tempo venivano realizzate non solo per l'*utilitas* intrinseca delle medesime, ma anche con l'intento *egoistico* di dar lustro e immortalità a chi le aveva concepite (si pensi ad es. ai grandi acquedotti greci e romani, alle terme di Caracalla, all'anfiteatro Flavio, alla Colonna Traiana, ecc.).

Nel nostro caso l'esigenza di un raccordo con gli apparati amministrativi si fa tra l'altro ancor più pressante perché il buon esito degli affari, questa volta, non è frutto di un...assalto alla diligenza allo stato puro (come nelle ipotesi di attività illecite *sic et simpliciter*), ma di sofisticate operazioni giuridiche e tecniche che richiedono una sponda forte nell'amministrazione data soprattutto la complessità delle diverse normative di settore con le quali anche i poteri forti devono necessariamente fare i conti (si pensi ad es. a quella sugli appalti, sulla corruzione, sull'ambiente, e molte altre ancora). In tali evenienze la saldatura tra le anzidette lobby e la sfera pubblica si realizza attraverso tecnostutture *fiduciarie* di nuovo impianto i cui componenti - cooptati al di fuori delle regole concorsuali vevoli per l'accesso agli impieghi pubblici - sono chiamati a svolgere funzioni variegate, quali ad es.: la direzione di uffici o apparati di particolare rilevanza; lo svolgimento di attività consultive (all'interno di collegi o comitati tecnico-amministrativi); più spesso di *supporto* al potere politico per le scelte più delicate come quelle sulle grandi opere e infrastrutture, sulle calamità naturali, sui grandi eventi, etc. Interventi che si svolgono generalmente sotto il regime derogatorio proprio della protezione civile e riservano pertanto al decidente ampi spazi di manovra<sup>57</sup>.

Com'è facile intuire le strutture tecnocratiche anzidette poco o nulla hanno a che fare col modello organizzativo asettico ipotizzato da Max Weber come essenza dello Stato moderno. Esse propongono invece équipe di persone vicine al mondo politico, immerse a pieno titolo nella vita reale, propense all'operatività o meglio a quel fare frenetico quasi sempre fine a se stesso (proprio dei "contemporanei") che considera generalmente i limiti all'attività economica - anche quelli finalizzati alla salvaguardia dei c.d. *interessi primari* enunciati nella Costituzione (quali la dignità umana, l'ambiente, il paesaggio, etc.) - come intralci allo sviluppo frapposti arbitrariamente dalla burocrazia<sup>58</sup>. Con l'effetto devastante (sia detto per *incidens*) di

<sup>57</sup> F. SALVIA, *Il diritto amministrativo dell'emergenza derivante da causa e fattori interni all'amministrazione*, in *Annuario AIPDA*, 2005, 93 ss.

<sup>58</sup> Una delle ricadute più devastanti di questa ideologia del fare a ogni costo riguarda l'atteggia-

aver trasformato in pochi anni nell'immaginario collettivo – e anche all'occhio di giuristi avvertiti - i c.d. “interessi sensibili” in “interessi molesti” da rimuovere al più presto<sup>59</sup>.

L'elemento che accomuna le diverse figure professionali che compongono oggi le anzidette équipes tecnocratiche<sup>60</sup> sembra da rinvenire essenzialmente nel carattere abnorme dei benefici economici e accessori riservati alle medesime, che non sembrano trovare riscontri in altre epoche, né in Paesi di cultura simile alla nostra. Spiegare come tutto ciò possa avvenire, specie in un momento di crisi economica che ha lasciato sul campo tante vittime non è certo facile. Per far luce sulla vicenda sarebbe del tutto inutile, a mio modesto avviso, far appello alle categorie aziendalistiche della “meritocrazia” (sulle quali la retorica nazionale da anni si arrovela nel tentativo di emarginare i c.d. “fannulloni”); o a quella affine del “risultato”, sempre in cima ai pensieri della dottrina amministrativistica. Dottrine “misteriche” che non riuscirebbero mai a spiegare come risultati nulli o disastrosi abbiano potuto legittimare negli ultimi anni trattamenti economici da favola, mai riservati neppure ad autentici salvatori della Patria.

Per trovare la giusta chiave di lettura a tutto ciò, appare invece utile fare appello ancora una volta alle categorie proprie dell'esperienza medioevale e in particolare a quella del “*Privilegio*”. Un “istituto”, attraverso cui il Principe - in deroga alle regole della feudalità e senza suscitare scandalo o malcontenti di sorta tra i sudditi – si riservava di concedere benefici particolari a quei soggetti (singoli, gruppi familiari, intere città) che si erano distinti per l'attaccamento, la fedeltà, il coraggio, l'abnegazione dimostrati nella difesa dello stesso, specie nelle contingenze più rischiose, come ad es. quelle belliche.

---

mento ormai diffuso (che fa breccia talvolta anche presso i giudici) in ordine all' utilizzazione dei fondi comunitari spesso sperperati all'insegna del criterio aberrante del “far presto per non perdere il finanziamento”. Un ragionamento molto diffuso che prescinde totalmente dalla *utilitas* dell'opera e che ha legittimato in fatto opere costosissime inutili o peggio ancora pregiudizievoli per l'ambiente. Spesso tali opere, una volta realizzate, vengono abbandonate anche per i costi proibitivi della gestione.

<sup>59</sup> La decisione interlocutoria del TAR Veneto del 18 marzo del 2014 che sospende il provvedimento della Capitaneria di porto che aveva limitato il traffico delle grandi navi nella laguna è espressione a mio avviso di questo modo diffuso di pensare che dà costantemente la primazia agli interessi economici anche quando è in gioco una città come Venezia. Uno dei tanti espedienti adottati dalle lobby per conseguire tale risultato è quello di creare alla chetichella il fatto compiuto (avviare con le dovute autorizzazioni un traffico limitato di navi nella Laguna). Una volta avviata l'attività – dopo l'inevitabile grido di dolore espresso da gruppi e persone di tutto il mondo - le Autorità preposte (le stesse che avevano rilasciato l'autorizzazione) procedono, secondo rituale, alla inibizione dell'attività scatenando così le reazioni sia degli imprenditori che degli operai ormai impegnati nell'attività. Segue: la fase interminabile della impugnativa degli atti inibitori e quella dei provvedimenti rabberciati che tendono all'impossibile obiettivo di salvare “capri e cavoli”.

<sup>60</sup> Le tecnostutture di cui si parla fanno oggi da supporto non solo al Governo nazionale, ma anche a quelli locali e alla gigantesca Costellazione del parapubblico, composta da un gran numero di amministrazioni e imprese legate in vario modo al pubblico.

Se si parte da tale prospettiva appare molto più agevole spiegare la vicenda in discussione, tenendo presente in particolare che, nel nostro caso, l'entità del beneficio riservato alle anzidette categorie non ha nulla a che vedere con i concetti nobili del "bene comune", del "successo imprenditoriale", della "buona amministrazione" o altro, ma rappresenta piuttosto – come nella vicenda dei "privilegi" – una forma risarcitoria che le lobby egemoni (il nuovo Principe) riservano a quelle "cordate" che dimostrino attaccamento, fedeltà, coraggio, nella cura degli interessi della Casta.

Un compenso per una forma di cooperazione costellata da non poche difficoltà, perché – com'è facile intuire – il buon esito degli affari in questo caso, oltre a esigere una spiccata capacità inventiva e piena padronanza dei meccanismi tecnici da attivare richiede anche una straordinaria attitudine al *rischio* per il soggetto che si dà carico di portare in porto l'impresa<sup>61</sup>. Si pensi ad es. alla predisposizione delle c.d. scatole cinesi (allo scopo quasi sempre di far perdere spesso le tracce al denaro dei risparmiatori), alle cartolarizzazioni, ai meccanismi della c.d. finanza creativa, alle pseudo società per azioni alimentate da denaro pubblico (create al solo scopo di eludere i controlli), alle "catene di italianità" (per il salvataggio di imprese decotte), al finanziamento di opere ciclopiche deliberate al solo scopo di accantonare risorse per tangenti e altre spartizioni.

Con le anzidette puntualizzazioni la vicenda in esame può farsi rientrare paradossalmente nei canoni della razionalità, poiché quelle che, in un primo momento avevamo definito "elargizioni abnormi" (concesse a chi non aveva realizzato alcunché di buono ai fini dell'interesse collettivo) rispondono a ben guardare a un criterio elementare di "giustizia" che predica la corresponsione del "giusto compenso" a chi rende una certa prestazione: una retribuzione che – come insegna la filosofia morale – per essere "giusta" deve essere adeguata non solo alla entità e alla utilità che essa riveste per il destinatario, ma anche allo sforzo, alle difficoltà e ai rischi che incombono sul responsabile della missione<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Quando parlo di "rischio" alludo soprattutto al rischio penale. Le cronache di ogni giorno offrono una casistica così vasta da rendere inutile qualsiasi aggiunta al riguardo. Quando invece parlo di "abnegazione" alludo a qualcosa di ancor più gravoso: a quello stato di frustrazione tutt'altro che improbabile, che i c.d. Esperti – muniti di curricula blasonati – si troveranno a subire, quando sono chiamati ad avallare attività o progetti di... assai difficile digeribilità. Penso ad es. ai numerosi pareri di compatibilità rilasciati da giuristi e luminari dell'ambiente per spianare la strada al traffico delle grandi navi nella laguna di Venezia, quando anche i non addetti ai lavori percepiscono chiaramente che il mero spostamento della gran massa d'acqua determinato dalle medesime mette a repentaglio le fondamenta di una città incomparabile costruita su palafitte. Lo stesso dicasi per le grandi opere quasi sempre distruttive e inutili munite di Via in barba a ogni principio di prevenzione e di tutela ambientale.

<sup>62</sup> Proprio nel momento in cui mi accingo a inviare questo Scritto alle stampe i giornali danno notizia di una importante operazione antimafia della Procura di Roma nei confronti di un sodalizio tra uomini del crimine organizzato, politici, ex golpisti, terroristi e similari. Ne viene un quadro di intrecci straordinariamente simile a quello descritto negli ultimi paragrafi di questo lavoro. Si parla

ON THE REEMERGENCE OF THE MIDDLE AGES AND ON THE MAFIA SYSTEM:  
ENCOUNTERS, CONFLICTS, NEGOTIATIONS AND NEW ALLOCATIONS  
OF THE REAL POWER

by Filippo Salvia

In the medieval system lacks the State. The “public” is pulverized from a myriad of different entities in their jurisdictions (Prince, the feud, the guilds, etc.), each of which exercises functions now carried out by the public. The actual functioning of a system so fragmented is not the “law” - as is the case of modern jurisdictions - but the “contract”. The mafia organization is the product of a metamorphosis of feudal institutions: a legal organization pre-modern, but with a strong ability to adapt to new situations and to enter into a relationship with the “institutions” and real powers in the territory, according to the logic of agreements of the Middle Ages. In the era we live the processes of globalization in progress and the strengthening of the system of internal autonomy, have produced a “pluralism” much more akin to that of the pre-state systems than to those of the ‘800 and the first half of ‘900. The new archipelagos of power, made by the Committees of business, from P2 and similar can be explained in this sort of “State” without a center.

---

di un “mondo di mezzo” – un luogo intermedio – in cui tutto si mischia “perché la persona che sta nel sovramondo ha interesse che qualcuno del sottomondo gli faccia delle cose che non può fare nessuno”.

## Coordinate per uno studio sul carattere doveroso della funzione amministrativa<sup>1</sup>

di Silvia Tuccillo

SOMMARIO: 1. Premessa. Il dovere nella teoria generale del diritto. Le necessità di una distinzione. – 2. Alle origini della dottrina del dovere. – 3. Le opportune differenziazioni con riguardo al concetto di dovere. – 4. Il potere giuridico e il potere dell'amministrazione. – 5. L'importanza dell'affermazione autonoma del principio di doverosità. – 6. L'emersione del dovere nella dottrina amministrativa. – 7. Dovere di procedere e dovere di provvedere. Il silenzio come "questione marginale". – 8. La doverosità nella funzione e le situazioni procedurali. Il procedimento come sede della "graduale specificazione del dovere". Verso la codificazione di un principio di doverosità dell'azione amministrativa? – 9. Spunti per il prosieguo dell'indagine. Gli strumenti di attuazione della doverosità: la cogenza dell'obbligo di motivazione e il riesame ad esito conservativo. Verso un "esercizio responsabile" della funzione.

### 1. *Premessa. Il dovere nella teoria generale del diritto. Le necessità di una distinzione.*

“Il nemico più pericoloso per la scienza è quel servo infedele e segreto padrone del pensiero, che è il linguaggio”. Su questa premessa Hermann Kantorowicz aveva avvertito, in apertura del suo lavoro su *la definizione del diritto*<sup>2</sup>, la necessità di chiarire che l'approccio più corretto alla definizione di un concetto (giuridico e non) non sia quello del realismo verbale, quanto piuttosto quello del pragmatismo concettuale. In tale ottica, l'Autore giunge a definire come diritto “un insieme di norme sociali prescriventi una condotta esterna e considerate applicabili dal giu-

<sup>1</sup> Il presente contributo costituisce il primo sviluppo di uno studio più ampio sulla doverosità della funzione amministrativa.

<sup>2</sup> H. KANTOROWICZ, *La definizione del diritto*, Torino, 1962 (titolo originale, *The definition of law*, Cambridge University Press, London, 1958). La ricerca di una definizione per il concetto di diritto ha impegnato la riflessione di filosofi e studiosi sin dalla nascita delle prime formazioni sociali organizzate. Di particolare interesse, anche per gli essenziali riferimenti bibliografici, il lavoro di H. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965 (titolo originale, *The concept of law*, Oxford University Press, London, 1961).

dice”, scartando in radice ogni altro tentativo interpretativo che guardi al *nomen iuris* prescindendo dall’essenza del fenomeno e del suo manifestarsi.

La suggestione del metodo adottato dall’illustre studioso si coglie soprattutto in considerazione della difficoltà di definire concetti giuridici polisensibili, per i quali affatto insoddisfacente si rivelerebbe – e si è rivelata – una definizione che guardi al mero significato letterale perché essi si prestano ad un utilizzo che può dirsi promiscuo, anzitutto ad opera del legislatore<sup>3</sup>.

Nell’intraprendere uno studio sulla doverosità del potere amministrativo, si è compreso – sicuramente con imperdonabile ritardo – il ruolo fondamentale che l’interpretazione del linguaggio giuridico riveste per la costruzione di un’indagine scientifica di tal che l’esegesi non può che muovere dalla teoria generale.

Si è detto che il concetto di dovere è il concetto centrale dell’ordine giuridico<sup>4</sup>. Tutt’altro che semplice è stato, tuttavia, rinvenire una definizione univoca di tale situazione giuridica che, troppo spesso, è stata sovrapposta ad altre nozioni, quali quella di obbligo o di obbligazione, circostanza che se non sembra essere stata avvertita come problematica negli studi di matrice privatistica, è foriera di qualche criticità nelle riflessioni di diritto pubblico.

Proprio con riferimento al concetto di dovere, peraltro, ci si è confrontati con la prioritaria esigenza – avvertita con nitore dagli studiosi di teoria generale – che un termine giuridico sia costruito in modo tale da evitare contraddizioni tra la norma che lo contiene ed altre norme: la difficoltà di ragionare su un tema così scarsamente indagato, eppure così frequentemente richiamato da studiosi ed interpreti in relazione ad altri fenomeni giuridici, ha suggerito di affrontare in apertura il problema di ciò che deve intendersi per dovere, rispetto a ciò che, pur qualificato dovere, potrebbe piuttosto ascrivere alla nozione di obbligo o – in maniera ancor più equivoca – all’opposta situazione di potere. Non è raro, infatti, verificare nel diritto amministrativo che alcune disposizioni richiamino indifferentemente dovere, potere, obbligo senza che questo generi contraddizioni con altre disposizioni ove la situazione giuridica di doverosità, si trasformi in quella, antitetica, di potestà, o ancora ciò che è qualificato come

<sup>3</sup> La difficoltà nella ricerca delle definizioni è emblematicamente resa dalle parole di Sant’Agostino che, interrogato sul concetto di tempo, risponde: “Se nessuno me lo chiede lo so: se desidero spiegarlo a chi me lo chiede non lo so” (*Confessiones*, XIV, 17).

<sup>4</sup> F. FERRARA, *Trattato di Diritto civile*, Roma, 1921. Sulla centralità della nozione di dovere, “considerato come nozione primitiva, attraverso la quale ogni altro concetto giuridico può essere definito”, si veda R. GUASTINI, *Dovere giuridico*, voce, in *Enc. Giur.*, 1990, XXI, 4. E la notazione di Kantorowicz, *o.cit.*, 89, secondo cui “Il carattere paradossale del diritto consiste nel fatto che esso si risolve in un insieme di norme che impongono doveri nell’interesse della libertà di godere dei propri diritti”, ne conferma la rilevanza nell’evoluzione del pensiero giuridico moderno, seppur con le avvertenze da alcuni enunciate, su cui può vedersi, sempre, R. GUASTINI, *cit.*, che parla di “imperativismo alla prova”.

facoltativo, venga piuttosto a manifestarsi come cogente – obbligatorio – nella prassi applicativa.

È per tale ragione che allo sforzo esegetico del dato normativo non si è potuto prescindere dall'affiancare l'indagine giurisprudenziale, anzitutto perché si crede fermamente all'idea, già espressa da Kantorowicz e ripresa da Bobbio nella sua introduzione all'opera di questi, che il legislatore abbia cessato di essere il protagonista della realtà giuridica e, al suo posto, sia subentrato il giudice, considerato come "l'attore che ha il compito di far da mediatore tra le regole (in qualunque modo siano poste) e i membri del gruppo in conflitto tra loro, cioè di fare in modo che le regole raggiungano lo scopo per cui sono poste di dirimere conflitti sociali"<sup>5</sup>.

Dopo aver ripercorso le teoriche più significative per una ricostruzione quanto più possibile univoca (ed autonoma) del concetto di dovere, si è cercato di verificare in quali contesti dell'azione amministrativa ne sia emersa la centralità. L'attenzione si è pertanto soffermata sulle tematiche del silenzio che, per prime, hanno isolato il dovere di provvedere e hanno aperto il varco alla sua dibattuta distinzione col dovere di procedere. Pur nella consapevolezza che la tempestività dell'azione amministrativa è tema centrale nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale in essere<sup>6</sup>, si è voluto scindere il problema della doverosità del potere da questo angolo di visuale, in ciò confortati dal ben noto studio di Ledda<sup>7</sup>, secondo il quale rispetto alla necessità che il potere sia in ogni caso esercitato, il silenzio si pone come problema "marginale".

Sono venuti, per questa via, in evidenza i settori nei quali il principio di doverosità dell'esercizio del potere funzionale è rimasto in ombra a fronte della rivalutazione specifica di altri principi, anche di derivazione comunitaria, alla cui osservanza l'amministrazione sembra ormai immancabilmente tenuta, e quelli nei quali la sua cogenza trae conferma "nel fatto della compresenza di più norme espressive di un medesimo indirizzo"<sup>8</sup>. Dall'autonomo apprezzamento del carattere doveroso della funzione possono farsi discendere diverse conseguenze, non ultima quella di ipotizzare una rilettura di alcune fattispecie che, inquadrare attraverso la lente della necessità piuttosto che in quella, sovente distorsiva, della eventualità, possono contribuire a scongiurare al contempo il pregiudizio all'interesse pubblico e del singolo, evitando così di accettare soluzioni che comportino il sacrificio

<sup>5</sup> Così N. BOBBIO, *Introduzione all'edizione italiana*, in *La definizione del diritto*, cit., 13.

<sup>6</sup> Sul tema, di recente, anche per i fondamentali riferimenti bibliografici, può vedersi, A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, oltre che gli Autori citati nel prosieguo dello scritto.

<sup>7</sup> F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964.

<sup>8</sup> In questa compresenza, piuttosto che nella progressiva astrazione da norme particolari, V. CERULLI IRELLI, *Principi del diritto amministrativo*, I, Torino, 2005, 8, individua la fonte dei principi, seguendo gli studi di Franco e Modugno.

del secondo a vantaggio del primo<sup>9</sup>. La conclusione assume ancor più rilevanza se si considera che il sacrificio imposto al privato, quand'anche giustificato dalle prevalenti ragioni dell'amministrazione, può essere fonte di un "costo" – nella forma dell'indennizzo o del risarcimento – e dunque può risolversi, secondo le considerazioni già svolte da alcuna dottrina, in un danno per la collettività<sup>10</sup>.

## 2. *Alle origini della dottrina del dovere*

Nelle principali ricostruzioni proposte sul dovere giuridico in teoria generale si muove dalla elaborazione del concetto così come sviluppata nella filosofia stoica<sup>11</sup>. Emerge un primo dato fondamentale che possiamo considerare alla base della nozione di doverosità ancor oggi accolta: il comportamento doveroso è il comportamento socialmente utile. L'accezione è ripresa negli studi di Cicerone che utilizza il termine *officium* per definire le azioni che si fanno per qualche plausibile motivo<sup>12</sup>.

L'*officium* compendia "il dovere di assistere e soccorrere altri esseri umani" e il "complesso di doveri che incombono (e dei correlativi poteri che spettano), in posizioni differenziate, a quanti siano investiti di un compito di protezione e di responsabilità nell'interesse di singoli o della società intera organizzata nella *res publica*"<sup>13</sup>. Si coglie così la natura solidaristica della doverosità di certi comportamenti che sono disciplinati nell'ambito di rapporti di diritto comune retti dalla *fides*, cioè dal dovere di fedeltà della persona verso la persona con la conseguente assunzione di un impegno di cooperazione<sup>14</sup>. È il caso dei rapporti di

<sup>9</sup> È il caso, ad esempio, delle disposizioni dettate dall'articolo 21 *octies*, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, (a tenore del quale, come noto, "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"), ma anche delle recentissime modifiche apportate dal decreto "Sblocca Italia" (d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con l. 11 novembre 2014, n. 164) all'art. 21 *nonies* della medesima legge che esclude la possibilità dell'annullamento d'ufficio nei casi contemplati dall'articolo 21 *octies*, comma 2.

<sup>10</sup> Per tutti F. LIGUORI, *Caratteri della funzione amministrativa e regole sulla responsabilità*, in *Dir. e società*, 2004, 475 ss. e Id., *Le regole della funzione e le regole della responsabilità*, in *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013, spec. 241 s.

<sup>11</sup> Così E. BETTI, *Dovere giuridico* (teoria gen.), voce, in *Enc. Dir.*, Milano, 1965, XIV, 53 s.

<sup>12</sup> "Autem officium medium esse id, quod ratio probabilis possit reddi cur sit factum" (*De officiis*, I, 3 – 8). L'Autore allude in particolare al cd. *officium medium*, laddove per *officium perfectum* si intende ogni azione retta.

<sup>13</sup> E. BETTI, *o.cit.*

<sup>14</sup> Alla componente solidaristica si sono ispirati diversi autori per affermare la doverosità di alcuni principi del diritto amministrativo. Sul tema, anche per i riferimenti più significativi, cfr. S.

tutela, curatela, *societas* e mandato. Analogamente il profilo *dell'officium* come cura dell'interesse altrui si coglie nelle funzioni pubbliche del *magistratus* cui è affidata dal popolo la gestione della cosa pubblica.

Una delle prime avvertenze che si riscontrano nell'approccio alle dottrine che hanno approfondito il dovere giuridico è che una sua definizione deve necessariamente essere operata in contrapposizione con altre figure affini, ma distinte, su cui spesso la nozione è stata appiattita. L'operazione consente di isolare il dovere morale dal dovere sociale, il dovere giuridico dal dovere non giuridico, il dovere coercibile dal dovere incoercibile. È il riflesso della distinzione di fondo ravvisabile tra dover essere (*Seinsollen*) e dovere di condotta (*Tunsollen*) che consente, se correttamente intesa, di individuare il rapporto tra dovere e potere correlativo, tra dovere e sanzione, tra debito e responsabilità così come di cogliere la distinzione tra dovere, obbligo ed onere.

Ai fini che qui più strettamente interessano, non si tratta di un semplice problema definitorio giacché nel diritto amministrativo spesso il termine “dovere”, da un lato, viene adoperato per qualificare comportamenti che non sono coercibili o che non prevedono sanzione in caso di loro inosservanza, dall'altro, viene abbinato al concetto di “potere” che anziché seguirlo in una correlazione di consequenzialità, sembra costituirne il presupposto.

L'idea che il dovere sia la causa del potere e che i due termini siano in rapporto di strumentalità piuttosto che di occasionalità non è nuova nella dottrina amministrativistica<sup>15</sup>, ma ciò che interessa indagare, dopo aver cercato di chiarire la reale accezione della doverosità accolta dalle disposizioni che disciplinano la funzione, è se ed in che misura possa ancora parlarsi di potere doveroso o se piuttosto la doverosità rimanga una virtuosa aspirazione delle norme, senza alcuna coerenza concreta.

### 3. *Le opportune differenziazioni con riguardo al concetto di dovere*

Prescindendo dalle singole disposizioni che prevedono doveri/obblighi in capo alla p.a., tra le quali sicuramente può considerarsi emblematica quella di cui all'art. 2 della l. n. 241 del 1990 in tema di tempistiche procedurali, va chiarito se effettivamente, a tenore dei canoni ermeneutici utilizzati dalla dottrina, il

TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008.

<sup>15</sup> Per tutti, G.ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000, la cui idea, immanente ma non esternata negli studi della dottrina più risalente, di cui si darà conto nel prosieguo dell'indagine, è stata ripresa da uno dei pochi contributi specificamente dedicati al tema della doverosità della pubblica amministrazione: F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

richiamo legislativo al concetto di dovere con riguardo alla p.a. possa (e debba) intendersi in senso proprio o in senso lato.

Muovendo da un'ottica vichiana, e dunque restando a quelle che sono definite "scienze ad indirizzo normativo" che, in quanto tali, si occupano di identificare le ipotesi in cui un dover essere (*Seinsollen*) che ha rilevanza in un certo ordine etico, sociale, economico o giuridico sia fonte di doveri di condotta (*Tunsollen*), possono distinguersi doveri imposti da un ordine giuridico e doveri aventi altra fonte. La differenza risiede anzitutto nella bilateralità del rapporto in cui si inseriscono i doveri giuridici perché ad essi si correlano, stando ad alcune teorizzazioni<sup>16</sup>, diritti soggettivi. La sussistenza di detta corrispondenza nel diritto privato contraddistingue, come si vedrà, solitamente la situazione giuridica di "obbligo". Ma detta relazione non è solo identificativa del dovere giuridico giacché anche il dovere sociale è in correlazione con una situazione di aspettativa altrui.

I doveri imposti ai membri di una collettività possono essere riguardati sotto un profilo negativo, imponendo l'astensione da qualsivoglia turbativa della sfera giuridica altrui, e in un'ottica positiva che si coglie nei rapporti di obbligazione e postula la collaborazione attiva al soddisfacimento dell'interesse alieno (è esemplare il concetto di adempimento). Nel primo caso emerge il principio dell'*alterum non laedere*, nel secondo quello della *bona fides*<sup>17</sup>.

Se si guarda al primo profilo, è il rapporto generato dalla convivenza ad imporre ai singoli "doveri sociali di correttezza e oneri di prudenza" che non si configurano *ab origine* come obblighi giuridici, ma si giuridicizzano successivamente, e cioè nel momento in cui dalla loro inosservanza sia scaturito un danno ingiusto. La lesione della sfera giuridica altrui, tuttavia, va apprezzata nel suo contenuto di disvalore che si affianca alla verifica di un nesso causale tra condotta ed evento: è necessario cioè che sia individuabile una correlazione fra la protezione giuridica che l'ordinamento appresta all'interesse leso e il su richiamato dovere di "rispetto e conservazione" ravvisabile in capo a colui il quale pone in essere l'attività lesiva. Anzi, in talune ipotesi, il profilo dell'imputabilità soggettiva perde la propria rilevanza a fronte di un criterio oggettivo di imputabilità che sottende la sussistenza di un onere di prevenzione dell'altrui danno da parte del soggetto agente<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> *Contra*, G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass.it.dir pubbl.*, 1949, secondo il quale diritto e dovere costituiscono situazioni non correlate (vedi *infra*). Al dovere si correla, piuttosto, la pretesa. Ma, come osservato da SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, ristampa, 1983, 91 ss., spec. 104, ci sono anche doveri che "non sono correlativi a diritti di altri soggetti e che quindi rimangono fuori l'orbita di ogni rapporto giuridico con singole cose o singole persone".

<sup>17</sup> Per una ricostruzione del principio sin dalla sua emersione nella dottrina romanistica, si può vedere, L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, spec. 17 ss.

<sup>18</sup> È il caso, secondo E. BETTI, *cit.*, del danno cagionato nell'esercizio di attività caratterizzate dall'esistenza di un potere di agire "cui si collega astrattamente un onere di cautela e di prevenzione

Il principio del *alterum non laedere* non esaurisce, come si è detto, il nucleo dei doveri imposti ai consociati dalle esigenze della convivenza. Uguale rilevanza hanno, infatti, i doveri morali imposti dalla *fides*, rilevanza che si apprezza nelle relazioni di diritto pubblico che definiscono come potere–dovere la posizione di subordinazione del cittadino rispetto alla società politica in cui egli si inserisce ed opera. L'esercizio o meno del potere inerente all'ufficio, non è valutazione lasciata al giudizio di convenienza di chi ne è titolare, come avviene per i diritti a carattere patrimoniale, ma configura un dovere “qualificato dalla funzione cui l'ufficio è destinato”, analogamente a quanto avviene nei rapporti che caratterizzano il diritto di famiglia ove “il superiore interesse della famiglia è il fine e il fondamento che comanda l'esercizio dei vari poteri–doveri, dei quali taluni membri del nucleo familiare sono investiti a vantaggio di altri familiari”<sup>19</sup>.

L'aspetto che accomuna i due rapporti, quello che vincola il titolare dell'ufficio all'adempimento rispetto alla comunità di riferimento e il genitore rispetto ai figli, è la conversione operata dall'ordinamento del dovere morale in dovere giuridico con la finalità di regolare relazioni essenziali alla convivenza.

Nel ragionamento suesposto assume specifica rilevanza l'ipotesi in cui il dovere morale si trasforma in dovere giuridico in forza dell'adempimento spontaneo di una obbligazione naturale: la prestazione non è imposta all'agente, ma una volta eseguita diviene irripetibile<sup>20</sup>.

Resta fondamentale per una distinzione tra dovere giuridico e dovere morale l'idea espressa da Kant della contrapposizione tra l'eteronomia del precetto giuridico e l'autonomia della ragione pratica<sup>21</sup>, cui si aggiunge la considerazione per la quale “nell'adempimento di doveri giuridici il diritto non va alla ricerca delle intenzioni per valutarne l'eticità, ma si appaga dei comportamenti socialmente riconoscibili per apprezzarli ad una stregua di legalità”<sup>22</sup>. Si è pure osservato<sup>23</sup> come non sia discutibile che la prima radice dell'azione doverosa in senso giuridico sia

---

del danno altrui: onere, quindi, che incombe nell'interesse altrui in generale e che non si specifica e attualizza in dovere giuridico di rispetto in confronto di persone determinate, se non in concrete situazioni di messa in pericolo”. Si parla di onere perché la sua mancata osservanza comporta la conseguente esposizione alla sanzione risarcitoria.

<sup>19</sup> E. BETTI, *op.cit.*

<sup>20</sup> Si richiama in tal caso il principio di autoreponsabilità che trasforma in antiggiuridico un comportamento contrario ad altro volontariamente posto in essere. Si pensi all'art. 2034 del codice civile ove si stabilisce che “non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente pagato in esecuzione di doveri morali o sociali (...)”.

<sup>21</sup> I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, trad. it., a cura di VIDARI, ora in *Scritti politici*, Torino, 1956.

<sup>22</sup> Sempre E. BETTI, *cit.*, che richiama i *Fundamenta iuris naturae et gentium*, di TOMASIO. Per una ricostruzione del concetto in filosofia si veda F. MERCADANTE, *Dovere giuridico* (filosofia), voce, in *Enc. Dir.*, Milano, 1965, 59 ss.

<sup>23</sup> V. FROSINI, *Dovere* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1960, 302.

“nella personalità umana che la suscita, ossia nell’esperienza etica dell’agente”, ma in quanto azione formalizzata è suscettibile di essere valutata secondo i parametri dell’azione giuridica genericamente intesa<sup>24</sup>.

Di particolare interesse è l’ulteriore distinzione tra diritto e morale<sup>25</sup> che fa leva sulla possibilità come presupposto dell’azione giuridicamente doverosa. Il precetto giuridico presuppone la sussistenza in capo all’agente del potere di adempiere (dove le diverse ipotesi di esclusione della responsabilità in caso di sopravvenuta impossibilità dell’adempimento), laddove il precetto etico esige osservanza al di là della difficoltà dell’adempimento<sup>26</sup>.

Nelle diverse formulazioni proposte circa la distinzione tra dovere giuridico e dovere morale resta comunque centrale, se non anche prevalente, quella che vuole il dovere giuridico correlato ad una sanzione per la sua inosservanza, da cui la visione kelseniana del dovere come comportamento opposto a quello che costituisce la condizione per l’applicazione di una sanzione<sup>27</sup>.

La notazione che sotto il profilo terminologico dovere ed obbligo possono considerarsi dei sinonimi ha spinto molta dottrina a negare una distinzione e a limitare l’opportunità di una differenziazione solo rispetto al concetto di obbligazione, qualificato comunque come una specie del genere *dovere*<sup>28</sup>. Per l’approccio ad una distinzione tra dovere ed obbligo si può muovere dalla preziosa riflessione

<sup>24</sup> Parametri che secondo la riflessione di V. FROSINI, *o.ult.cit.*, sono quelli propri di quella logica dell’azione che costituisce l’essenza del diritto e che vuole l’ordinamento giuridico costituito “da un insieme, organicamente strutturato, di prescrizioni che rappresentano, per così dire, i paradigmi secondo cui vanno declinate le molteplici forme della complessa morfologia dell’azione, esercitata nella vita civile del consorzio umano”.

<sup>25</sup> Sempre riconducibile allo studio di E. Betti, *cit.*

<sup>26</sup> La questione assume particolare rilevanza nel diritto amministrativo ove il potere è presupposto di esistenza è strumento di attuazione della doverosità. Può a tale proposito anticiparsi un dato su cui si tornerà in seguito (par. 7): il giudice amministrativo in tema di accesso agli atti della pubblica amministrazione ha ritenuto legittima l’inerzia della p.a. cui è stata richiesta l’esibizione dei documenti nel solo caso in cui gli atti richiesti non siano nella disponibilità materiale del soggetto intimato, risultando viceversa quantomeno doverosa la risposta espressa (seppur di diniego).

<sup>27</sup> H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1952, 58 ss. Significative sul tema anche le riflessioni di R. GUASTINI, *cit.*, che riprende, tra gli altri, gli studi di N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1964; M. KRIELE, *L’obbligo giuridico e la separazione positivista fra diritto e morale*, in *Riv. Fil.*, 1966, 57; H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harv. Law Review*, 1958, 71; F. OPPENHEIM, *La tesi del diritto naturale: affermazione o negazione?*, in U. SCARPELLI, a cura di, *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976.

<sup>28</sup> Così R. GUASTINI, 2. Secondo A. TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, *Il diritto amministrativo*, Torino, 1966, con riguardo al concetto di obbligo della pubblica amministrazione, la distinzione tra dovere ed obbligo non ha alcuna ragion d’essere considerato che il vincolo giuridico cui è sottoposto lo stato, e i soggetti pubblici il generale, per lo svolgimento della funzione ha comunque tutte le caratteristiche dell’obbligo.

di Santi Romano che, nei suoi *Frammenti*, qualifica come dovere giuridico la situazione soggettiva enunciata dall'ordinamento senza che sia individuato un beneficiario di essa che si possa considerare titolare di un diritto correlativo<sup>29</sup>. Di obbligo invece potrà parlarsi con riferimento a quei doveri che costituiscono termini di un rapporto giuridico con singole cose o persone e risultano collegati a diritti soggettivi altrui. Più ristretto è invece l'ambito dell'obbligazione che si inserisce nel rapporto obbligatorio come attinente ad un bene determinato e patrimonialmente valutabile. L'avvertenza dell'illustre Maestro, centrale per la ricostruzione del concetto anche ai fini che qui interessano, è che quand'anche i doveri non siano correlativi a diritti altrui, non è detto che non vi corrispondano poteri "che abbiano soprattutto la funzione di assicurarne l'adempimento"<sup>30</sup>.

La dottrina, invero, ha fornito più di uno spunto per consentire una sorta di diagnosi differenziale del dovere in senso proprio. In particolare si è guardato all'elemento soggettivo, all'elemento finalistico, al contenuto e al cd. "ciclo vitale" del dovere<sup>31</sup>.

Quanto al primo profilo, si è detto che la titolarità del dovere può essere posta solo in capo al soggetto cui spetta di adempierlo, non potendosi ammettere una scissione tra titolarità ed esercizio dell'azione doverosa; ugualmente inammissibile ne è stata ritenuta la ricusabilità. Il contenuto del dovere viene, poi, identificato col comportamento attraverso il quale il soggetto obbedisce al precetto, comportamento che può risolversi in un *facere*, in un *non facere* o in un *pati* e può concretarsi in un singolo atto giuridico o assumere carattere continuato. L'individuazione dell'elemento finalistico del dovere assume particolare rilevanza nella dinamica dei doveri pubblici ove esso è posto a fondamento del concetto di *officium*<sup>32</sup>: l'interesse curato dal soggetto che ne è titolare è sempre alieno, risolvendosi dunque l'azione doverosa sempre nella cura di interessi altrui. In tal senso, l'attività della p.a. può sempre dirsi doverosa e il potere che le viene legislativamente attribuito può sin d'ora considerarsi quale strumento per l'adempimento.

Per l'inquadramento del carattere del dovere come situazione giuridica soggettiva attiva, interessante è la ricostruzione di Guarino che lo contrappone nettamente al diritto soggettivo. In particolare, l'Autore premette che contenuto delle situazioni giuridiche attive è il rapporto che intercorre tra il soggetto "e la fatti-

<sup>29</sup> S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 104–105. Questa accezione del termine è ripresa anche da F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi concetti e istituti*, Napoli, 2013, spec. 113 ss., per una ricostruzione dell'ambiente come dovere.

<sup>30</sup> "Senonchè questi poteri non danno luogo, assieme ad essi, ad alcun rapporto giuridico, e ciò per definizione sia del potere, di ogni potere che non sia un diritto soggettivo, come del dovere, di ogni dovere che non abbia la figura dell'obbligo", *o.ult.cit.*, 106.

<sup>31</sup> V. FROSINI, *o. ult.cit.*, 303.

<sup>32</sup> Sul tema, G. FOSCHINI, *Osservazioni sulla struttura giuridica dell'ufficio*, in *Riv. Dir. civ.*, 1964

specie normativa di un comportamento dello stesso soggetto”. Detto rapporto deriva unicamente dalla norma ed esiste in forza di essa; può essere qualificato di “liceità” se la norma si limita a prescrivere che sia l’agire che il non agire sono leciti, di “necessità”, se la norma statuisce come lecita solo la attuazione del comportamento previsto, configurandosi come illecita l’omissione. Il diritto soggettivo è connotato da questo rapporto di liceità, il dovere dalla situazione di necessità<sup>33</sup>.

Ugualmente fondamentale a fini ricostruttivi è la distinzione tra dovere e onere. Quest’ultimo, viene interpretato come una *species* del *genus* dovere con la peculiarità di essere costituito da norme che prescrivono un comportamento quale condizione necessaria per conseguire un risultato giuridico determinato<sup>34</sup>. Pertanto con riguardo a tale concetto può parlarsi anche di dovere condizionato. Secondo altra ricostruzione l’onere si connette all’esercizio di un diritto e consiste nel dovere di osservare una condotta determinata, pena la perdita del diritto stesso<sup>35</sup>.

Delle diverse distinzioni illustrate, resta di maggior rilievo, nell’economia dell’indagine, quella tra doveri e obblighi che consente di precisare come i primi, specie se collegati ad una funzione (che può essere indifferentemente pubblica o privata), restino al di fuori di concreti rapporti giuridici in quanto manca un soggetto titolare del diritto di pretenderne l’adempimento.

<sup>33</sup> G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass.it.dir.pubbl.*, 1949, 1, spec. 253 ss. Secondo la ricostruzione proposta “non vi è altra alternativa fuor di quella del diritto e del dovere. Le situazioni soggettive attive non solo sono due, ma non possono essere più di due: diritto soggettivo, si conclude, è *agere licere*, il dovere *necessitas agendi*. L’illustre Autore avverte l’esigenza di precisare che l’utilizzo del termine “attiva” discende, nell’economia del proprio lavoro, dalla opportunità di contrapporlo alla ben diversa categoria delle situazioni giuridiche “inattive”, pur nella piena consapevolezza che i più utilizzano il termine nel senso di “favorevole” in opposizione alle situazioni giuridiche “passive”. G. ZANOBINI, nel suo *Corso di diritto amministrativo*, 1958, 199, afferma che costituisce dovere in senso giuridico qualunque necessità di tenere un determinato comportamento, positivo o negativo. Nel sottolineare come l’argomento sia “assai poco trattato”, rinvia agli studi di Santi Romano, che, come si è visto, ha il merito di aver provato a fornire una definizione autonoma del concetto rispetto a quella di obbligo, A. CICU, *Dovere e diritto*, Bologna, 1921, e MESSINEO, *Istituzioni*, Vol. I, 198 ss.

<sup>34</sup> R. GUASTINI, *Dovere giuridico*, cit., spec. 5, parla a tal proposito di norme strumentali le quali non prescrivono incondizionatamente che un comportamento sia tenuto, ma esigono il comportamento solo se il destinatario voglia perseguire un certo fine. L’A. cita, come esempio, l’art. 2644 c.c. a tenore del quale l’acquirente di un immobile deve trascrivere nei registri immobiliari l’atto di compravendita se (e solo se) desidera che il suo acquisto sia opponibile a terzi. La ricostruzione è messa in discussione dall’approfondito studio di N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (Obbligo-onere)*, Napoli, 1973, cui si rinvia anche per i principali riferimenti di teoria generale.

<sup>35</sup> Così G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, *Principi generali*, Milano, 1958, 200.

#### 4. *Il potere giuridico e il potere dell'amministrazione.*

Nella riflessione sul dovere, specie nel diritto amministrativo, imprescindibile è un tentativo di esegesi del concetto di potere. Anche quest'ultimo, come si vedrà, è stato oggetto in teoria generale di confusioni e sovrapposizioni con la categoria del diritto soggettivo<sup>36</sup>, ma lo sforzo della dottrina nel cercare di effettuare le necessarie differenziazioni è stato sicuramente più felice negli esiti<sup>37</sup>.

Kantorowicz intende il potere come la capacità di un soggetto di modificare i rapporti giuridici di un altro soggetto per mezzo di un proprio atto volontario<sup>38</sup>.

Il riferimento all'elemento volontaristico ha consentito l'individuazione del *proprium* del potere rispetto al diritto: nelle pagine di Guarino<sup>39</sup> si coglie dal principio come "il volere non è il potere, ma il suo contenuto, e il diritto soggettivo non è il volere, ma il potere di volere". In particolare, il potere è inquadrato come fattispecie dinamica (accanto alla facoltà ed al comportamento prescritto), laddove il diritto è considerato (al pari del dovere, come si è visto), come situazione attiva. Le due categorie non rischiano di (e non possono) confondersi giacché quella cui si riconduce il potere si pone sul piano del comportamento (o dell'atto), quella relativa al diritto riguarda il soggetto. Al più si richiamano vicendevolmente giacché "non vi è fattispecie dinamica cui non preesista una situazione giuridica attiva che la contempra" (...) e "non vi è situazione giuridica attiva, che non abbia a contenuto una fattispecie dinamica"<sup>40</sup>. Alla concezione di Guarino, definita innovativa perché propone l'abbandono del concetto di potere come situazione giuridica soggettiva a favore di una lettura che lo inquadra come fattispecie normativa del negozio<sup>41</sup>, si giunge non senza fatica e l'insigne studioso innesta la sua ricostruzione sulle riflessioni di una vasta letteratura impegnata, specie prima della promulgazione del Codice Civile del 1942, a dare al concetto un significato costante<sup>42</sup> e autonomo dal diritto soggettivo.

<sup>36</sup> Radicate, come notato negli studi di W. CESARINI SFORZA, *Avventure del diritto soggettivo*, Milano, 1942, in tradizioni scientifiche di stampo romanistico.

<sup>37</sup> Come rilevato da SANTI ROMANO, nella voce dedicata al Potere nei suoi, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., "divergenze dottrinali e incertezze o inesattezze terminologiche hanno contribuito ad innalzare una specie di torre di Babele".

<sup>38</sup> *O.cit.*, 88.

<sup>39</sup> *O. ult. cit.*

<sup>40</sup> G. GUARINO, *o. cit.*, 258–259.

<sup>41</sup> V. FROSINI, *Potere* (Teoria generale), in *Novissimo dig. It.*, 1960, 440.

<sup>42</sup> Basti ricordare i lavori di L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901; A. VON THUR, *Der allgemeine Teil des deutschen burgerlichen Rechts*, I, Leipzig, 1910; S. PUGLIATTI, *Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante*, Messina, 1928 e ID., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935; F. INVREA, *Diritti e potestà*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1939, I, 125 ss.;

Una prima, netta, contrapposizione tra potere e diritto soggettivo si deve agli studi di Duguit<sup>43</sup> che pone il potere al centro della dogmatica giuridica inquadrandolo come unica conseguenza della regola di diritto oggettivo, la quale fa discendere, dalla sua esplicazione volontaristica, l'effetto di modificare le relazioni giuridiche.

Del resto, la dottrina italiana deve attendere l'elaborazione di Perassi per giungere al riconoscimento dell'autonomia del potere rispetto al diritto soggettivo: il primo è possibilità di volere, a prescindere dalla correlazione con un obbligo giuridico; il secondo è possibilità di esigere. Nell'opera di Pugliatti<sup>44</sup> si coglie invece, come elemento caratterizzante, il ruolo strumentale del potere per l'adempimento della funzione e il suo nesso col dovere. Di particolare interesse per il presente tema d'indagine è l'attribuzione al potere di un carattere multipolare: con un singolare gioco di parole<sup>45</sup>, si evidenzia come esso possa essere, a seconda dei casi, vincolato, vincolante e svincolato. Con l'entrata in vigore del Codice Civile, si perviene ad una definizione del concetto sicuramente autonoma, ma non soddisfacentemente inequivoca. Resta il riferimento alla qualificazione in termini di situazione giuridica attiva attribuita ad un soggetto che diviene titolare di una funzione di mediazione, ovvero giuridicamente capace di produrre modificazioni nella sfera giuridica di un terzo. Ma tanto non basta ad evitare confusioni concettuali. Seguono, allora, altri fondamentali contributi sul tema, tra i quali si segnala, anche per la contrapposizione con la ricostruzione di Guarino illustrata in apertura, l'elaborazione di Santi Romano a tenore della quale “i diritti soggettivi sono poteri che si svolgono e si chiudono nella cerchia di un attuale e concreto rapporto con una cosa determinata o con altri soggetti ugualmente determinati”, laddove il potere “si svolge in una direzione o aspetto generico, non ha oggetti singolarmente determinati, non si risolve in pretese verso altri soggetti”<sup>46</sup>.

Secondo le ricostruzioni successive, dunque, col termine potere si suole indicare l'esercizio della capacità giuridica del soggetto di determinare “delle modificazioni dell'ordine giuridico di relazione, le cui conseguenze siano a carico di altri soggetti”<sup>47</sup>. Diverso è il concetto di potestà che postula l'esistenza di una relazione giuridica tra un soggetto agente, che esercita il potere in condizione di

A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, (trad. it.), Padova, 1939; E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, in *La sostituzione processuale*, Milano, 1942; W. CESARINI SFORZA, *Avventure del diritto soggettivo*, Milano, 1942.

<sup>43</sup> *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, cit.

<sup>44</sup> *Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante*, cit.

<sup>45</sup> Evidenziato nel fondamentale scritto di V. FROSINI, o. ult. cit.

<sup>46</sup> SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti*, cit., 173–174

<sup>47</sup> Così V. FROSINI, *Potere* (Teoria generale), in *Novissimo dig. It.*, 1960, 440, che precisa come il potere concerna l'attuazione giuridica di una potenzialità conferita ad una situazione giuridica soggettiva.

autorità, e un soggetto o più soggetti posti in condizione di soggezione. Il potere giuridico di diritto privato si concreta, invece, allorché l'agente svolga una funzione di mediazione tra i terzi e le conseguenze giuridiche che il potere determina nella sfera di attribuzioni di questi ultimi.

Volendo operare una distinzione tra potere di diritto privato e potere di diritto pubblico, che consenta di individuare le premesse per la dogmatica di matrice pubblicistica ancora in uso, può dirsi che il secondo “coincide di necessità” con l'attività giuridica del titolare e “si risolve” nell'esercizio del dovere di adempiere alla funzione normativamente attribuita<sup>48</sup>.

Guardando all'autorità amministrativa, il potere è definito come la posizione giuridica soggettiva che, conferita dalla legge e riconducibile all'ambito della capacità<sup>49</sup>, ad essa “consente e nello stesso tempo impone” di agire attraverso atti idonei a produrre effetti finalizzati alla cura di interessi pubblici determinati<sup>50</sup>. In tale ottica l'esercizio del potere diviene strumento di cura dell'interesse alla cui tutela il soggetto pubblico è preposto. Ed è proprio con riferimento agli interessi, e dunque sotto il profilo funzionale, che si coglie il *proprium* del potere amministrativo: esso è strumento per l'attuazione di un interesse che, individuato dalla norma, non appartiene a chi ne è titolare (autorità), ma alla collettività e il relativo esercizio acquista carattere doveroso ogni qual volta esigenze di cura dell'interesse “si manifestino in concreto”<sup>51</sup>. Può sin d'ora cogliersi in questo rapporto di causa – effetto tra il verificarsi della situazione di fatto tipizzata dalla norma

<sup>48</sup> Se ne coglie così il carattere azionatorio: è un potere di agire da intendersi come *potestas* (FROSINI, cit.).

<sup>49</sup> Si parla di capacità giuridica speciale di diritto pubblico “che si concretizza nell'emanazione di provvedimenti produttivi di effetti giuridici nella sfera dei destinatari”, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013.

<sup>50</sup> V. CERULLI IRELLI, cit., II, 26. SANTI ROMANO, *Poteri*, cit., 203, parla di poteri–funzioni che si debbono esercitare nell'interesse altrui o nell'interesse generale, rispetto ai quali ricorrono “oltre i doveri (negativi) attinenti ai loro limiti, altri doveri (positivi), per cui può essere obbligatorio esercitarli ed esercitarli in un dato modo”.

<sup>51</sup> Accedendo sempre alla ricostruzione fornita da V. CERULLI IRELLI, *loc. ult. cit.*, 28. Sulla stessa linea M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 104. Secondo B.G. MATTARELLA, *Il procedimento*, in S. CASSESE, a cura di, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 257, “il potere amministrativo implica un ruolo di mediazione, affidato al suo titolare, tra la norma e l'effetto giuridico”. Sul tema si segnala la recente riflessione di A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, spec. 573, che, nel tracciare una distinzione tra potere privato e potere pubblico, dal punto di vista della pretesa legittimativa, afferma che: “il primo viene posto al servizio della persona del titolare, di cui è destinato a realizzare i valori (per preventivo libero accordo tra le parti in ordine alla costituzione del rapporto autoritario, ovvero per “naturali” superiori qualità del detentore rispetto al soggetto passivo), sicché esso risulta legittimato in chiave pienamente soggettiva, mentre il secondo è funzionalizzato rispetto a valori che sono in effetti estranei al soggetto che riceve l'investitura, soggetto la portata legittimativa della cui “competenza” non si estende dunque fino a garantire copertura generale al flusso di decisioni da esso emanate”.

attributiva del potere e la necessità dell'esercizio dello stesso per la modificazione dell'assetto degli interessi in maniera conforme al perseguimento dell'interesse pubblico, il carattere di doverosità dell'azione amministrativa: il dovere di agire (avviando il procedimento) per l'esercizio del potere (che si concretizza nell'atto) si da attuare il fine legislativamente imposto<sup>52</sup>.

Il dovere si connota, dunque, per il carattere necessario e trova nel potere lo strumento per adempiere a quanto legislativamente imposto.

### 5. *L'importanza dell'affermazione autonoma del principio di doverosità*

Lo studio dei doveri della pubblica amministrazione non è nuovo nella dottrina amministrativistica anche se, tradizionalmente, l'approfondimento delle problematiche del potere è stato terreno di studio senz'altro prediletto. La circostanza, invero, sorprende, se si considerano gli approdi della letteratura sul potere appena descritti che ne stigmatizzano il carattere strumentale, mediativo, servente, rispetto alla modificazione doverosa (perché imposta dall'ordinamento giuridico) dell'assetto degli interessi.

In realtà, ad eccezione di rare trattazioni generali<sup>53</sup>, il tema è stato sempre approfondito incidentalmente in uno ad altre questioni ritenute probabilmente più dense di nodi da sciogliere o comunque a livello manualistico<sup>54</sup>.

La sensazione è che il concetto sia stato ritenuto – forse, astrattamente, a ragione – scontato con riguardo all'azione del soggetto pubblico e pertanto assunto a presupposto di una serie di istituti che più o meno esplicitamente costituiscono una conseguenza, un effetto, della sua immanenza.

I doveri della p.a. sono stati, in tale chiave, approfonditi allorchè era necessario ricondurre a sistema le tematiche dell'inerzia (dove il dovere di provvedere); l'attività dei funzionari pubblici (dovere d'ufficio); la cogenza dei principi generali dell'azione amministrativa e quindi il dovere di buona amministrazione, il dovere

<sup>52</sup> Efficace è l'immagine cui ricorre M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 99, per rendere l'elemento dinamico del potere secondo la quale “il potere può essere visto come un'energia giuridica che si sprigiona dalla norma, che viene incanalata nel procedimento e che è diretta a modificare la sfera giuridica dei soggetti destinatari del provvedimento”.

<sup>53</sup> Si allude al contributo di F. GOGGIAMANI, *cit.*, e allo studio di A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005.

<sup>54</sup> Per tutti, G. ROSSI, *Diritto amministrativo, I principi*, Milano, 2005, 123 ss. che (come già nel Suo, *Introduzione*, *cit.*) include espressamente la doverosità tra i principi del diritto amministrativo e ne valorizza il ruolo affermando che “la doverosità della pubblica amministrazione, definibile come necessità di perseguire il fine pubblico nel miglior modo possibile è, piuttosto, principio che pervade l'attività dell'amministrazione, descrivendone la disciplina e ponendosi quale canone dell'azione amministrativa in modo certamente più adeguato di quanto non faccia la funzionalizzazione”. *Id.*, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 88 s.

di leale collaborazione, il dovere di imparzialità, il dovere di motivazione o, ancora, il generale dovere di solidarietà sociale<sup>55</sup>, e così procedendo con riguardo a tutti i principi fondamentali dell'azione amministrativa.

L'esistenza di un generale principio di doverosità dell'azione amministrativa, pur affermata esplicitamente da alcuna dottrina<sup>56</sup> e, occasionalmente, in ogni studio sul potere<sup>57</sup>, non è stata, dunque, valorizzata in quanto tale forse perché avvertita come necessaria e inevitabile.

Se si torna alle definizioni di teoria generale si può ricordare che viene ritenuto doveroso ciò che è necessario e questa condizione di necessità è posta da una previsione legislativa. È di necessità doveroso ciò che è possibile richiedere al soggetto, ciò che ci si può attendere egli faccia perché è conseguenza di una sua azione possibile. Precondizione della doverosità è in tale dinamica il potere di agire adempiendo l'azione doverosa. Fonte del potere è, ancora, una norma legislativa.

Nel diritto amministrativo, dunque, il principio di doverosità è legato a doppio filo al principio di legalità che non soltanto stabilisce ciò che è necessario (fine da perseguire), ma dota la p.a. del potere di adempiere attraverso l'attribuzione<sup>58</sup>. La sfera di azione si specifica attraverso la definizione legislativa della competenza ed è così che diviene necessario, e possibile per l'esistenza del potere, adempiere al dovere.

Il dovere è imposto alla p.a. dalla norma attributiva del potere. Per individuare, poi, quale sia il contenuto del dovere, va considerato che esso varia a seconda del comportamento atteso per il perseguimento del fine e la condotta può essere attiva od omissiva.

Ci si è chiesti perché abbia senso isolare un principio di doverosità rispetto ad altri principi posti a fondamento dell'azione amministrativa.

La risposta che ci si è dati, non senza aprire il varco ad un innumerevole schiera di interrogativi ulteriori, è che nelle dinamiche dell'azione amministrativa non sempre un certo comportamento viene ritenuto doveroso, pur avendo espressa cogenza normativa, e l'accesso alla nozione di potere come possibilità di scelta tra azione ed inazione, ha giustificato, di fatto, tutta una serie di concessioni al soggetto

<sup>55</sup> Per i riferimenti a ciascuna tipologia di dovere menzionata si vedano gli Autori citati alle note che seguono. Sul quale dovere di solidarietà sociale, per tutti, F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

<sup>56</sup> Ancora si ricordano gli scritti di G. ROSSI, *citati*, F. GOGGIAMANI, *cit.*, A. CIOFFI, *cit.*, ma anche, più di recente, M. CLARICH, *Manuale*, *cit.*, che parla di un principio di doverosità "globale".

<sup>57</sup> Oltre agli autori già citati si vedano anche G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, spec. 200–201; B. G. MATTARELLA, *cit.*, 261.

<sup>58</sup> In tal senso, esplicitamente, A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in L.R. PERFETTI, a cura di, *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 15 ss.

pubblico in forza del generico richiamo al concetto di discrezionalità<sup>59</sup>. Non è un caso, d'altronde, che l'affermazione della doverosità viene in luce col progressivo mutamento di approccio della dottrina rispetto al potere amministrativo che da imperativo (in quanto espressione di autorità), diviene funzionale (nella sua accezione di servizio).

Solo partendo dal dato concreto potrà, tuttavia, giungersi a concludere che una cosa è affermare la doverosità dell'azione, altra cosa è ammettere che nell'azione (doverosamente esercitata) è implicita la possibilità di scegliere di non agire.

L'esempio che viene in mente in prima battuta, su cui diffusamente si tornerà, è costituito dalla doverosità o meno degli adempimenti procedurali. Basti pensare, tra tanti, al caso dell'articolo 7 della legge n. 241 del 1990, che prevede e disciplina la comunicazione di avvio del procedimento. La disposizione, dal tenore piuttosto generico quanto alla natura del precetto, nel contemplare le possibili eccezioni al suddetto incumbente istruttorio ne sancisce, *a contrario*, la cogenza generale. Nel momento in cui la p.a. omette di dar luogo a questo fondamentale adempimento viola, anzitutto, il principio di doverosità e, in secondo luogo, la previsione specifica che lo contempla. La distinzione sta sul piano delle conseguenze tra la violazione del principio e la violazione dell'obbligo normativamente previsto. Quanto a quest'ultima è l'ordinamento stesso a prevedere i casi in cui la violazione della condotta non genera sanzione, perché non si coglie una lesione dell'interesse altrui (del soggetto, cioè cui l'obbligo è correlato), dai casi in cui è necessario reagire per tutelare l'interesse leso. Ma questo riguarda il piano dell'obbligo che la p.a. ha verso i destinatari, determinati, della disposizione, rispetto al quale, in forza dell'articolo 21 *octies*, comma 2, della medesima legge, sussistendo determinate condizioni, il legislatore ha accolto un regime di tolleranza. La sanzione è comunque l'invalidità, e quella resta, ma a tutela di che cosa? Con quali conseguenze?

L'affermazione di un generale principio di doverosità impone all'autorità di adempiere, comunque, a prescindere dall'avvenuta lesione di un interesse specifico (che potrà trovare o meno tutela giurisdizionale) e questo comporta per la p.a. la sussistenza di un dovere di attivarsi affinché lo scopo generale della prescrizione venga raggiunto così da eliminare la (necessità della) sanzione, che si sposta dal piano della giustiziabilità al piano della responsabilità.

Quello che si cerca di affermare è che se c'è la violazione del principio di doverosità, l'azione della p.a. non può arrestarsi dinanzi allo scampato pericolo della reazione giurisdizionale, dovendo piuttosto giungere a porre in essere tutti gli strumenti in suo possesso per scongiurare che la violazione si compia o meglio che la violazione produca conseguenze negative (anche solo) per uno degli interessi coinvolti dall'azione amministrativa (che non hanno tutti necessariamente natura privata).

---

<sup>59</sup> Cfr. G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, cit., 124, secondo il quale la doverosità consente di porre dei vincoli ulteriori all'attività discrezionale "rispetto a quelli espressamente stabiliti attinenti alla modalità di perseguimento del fine".

E cioè, se in un procedimento, seppur vincolato, si è omessa la comunicazione di avvio del procedimento, più stringente sarà l'obbligo di motivare non essendo più sufficiente una mera giustificazione, ma rendendosi necessaria l'esternazione delle ragioni per le quali si è ritenuto di poter fare a meno di un momento procedimentale doveroso, prima che obbligatorio. La motivazione in tale caso non è adempimento di un obbligo di trasparenza, ma un dovere che risponde all'esigenza di compensare l'inazione rispetto all'obbligo di instaurare il contraddittorio procedimentale. Ma di questo si dirà a suo tempo.

È la necessità di garantire tutti gli interessi tutelati dalla disciplina che prevede e impone la partecipazione – che, come noto, non sono solo quelli del cittadino destinatario della decisione – a rendere doverosa la ricerca di altri strumenti per adempiere al comando legislativo che non può essere disatteso sol perché tollerato in sede processuale. Come si è detto, la mancata attuazione del dovere resta e si coglie in punto di responsabilità.

## 6. *L'emersione del dovere nella dottrina amministrativa*

Come rilevato da alcuna dottrina<sup>60</sup>, la prima riflessione sul potere pubblico in chiave doverosa si ebbe intorno al 1950 con gli studi di Giannini e Benvenuti nei quali l'amministrazione prese ad essere indagata nel suo aspetto relazionale, di servizio, piuttosto che in quello eminentemente impositivo–autoritativo<sup>61</sup>.

In una rinnovata accezione del principio di legalità<sup>62</sup>, la norma dismette la sua funzione di limitare l'esercizio del potere, per assumere quella di individuare i fini cui l'autorità deve orientare la propria azione. Si passa dalla tipizzazione di ciò che l'amministrazione non può fare, alla consacrazione di ciò che deve fare.

Nel suo Corso di diritto amministrativo, Santi Romano individua come carattere permanente del potere l'esistenza al suo interno del dovere nella formula secondo cui il titolare del potere può valutare gli interessi per cui esercitarlo, ma non può

<sup>60</sup> F. GOGGIAMANI, *o.cit.*, 41 ss.

<sup>61</sup> M.S. GIANNINI, *Profili storici di diritto amministrativo*, in *Studi Sassaresi*, Sassari, 1940, 81 ss. e F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Jus*, 1957, 149 s., ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, 1571 ss.

<sup>62</sup> La parabola evolutiva del principio di legalità è oggetto di amplissima letteratura. Si vedano, tra gli altri, V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 904 ss.; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, voce, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973, XXIII, 659 ss.; F. LEVI, *Legittimità (dir.amm.)* voce, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, XXIV, 124 ss.; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)* voce, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1994, IX, 85 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss., nonché i fondamentali scritti nel volume AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione, Milano, 2008 e G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.

prescindere da tale valutazione, ricorrendo, diversamente, la violazione del dovere<sup>63</sup>. Quando Giannini teorizzò il potere discrezionale espunse il dovere dal potere: la valutazione del pubblico interesse non è oggetto di dovere né elemento del potere, ma assume rilevanza nella ricostruzione della discrezionalità *nell'an*. Il nesso tra potere discrezionale e interesse pubblico si risolve, così, nella discrezionalità *nell'an*, ovvero “se si debba emanare un atto, se si debba emanare un atto anziché un altro”<sup>64</sup>. Il dovere è ancora chiuso nel potere, è affievolito dal potere nella produzione degli effetti.

La percezione del difetto di prospettiva di tale impostazione concettuale conduce lentamente ad allontanare il dovere dal potere e ad accostarlo alla funzione che, negli studi di Benvenuti, si pone quale elemento autonomo<sup>65</sup>. Gli studi della dottrina si rivolgono, così, alla funzione e nella sua esplicazione come “momento attivo dell'ufficio”<sup>66</sup> s'individua il carattere di doverosità. In particolare, sono due gli elementi che caratterizzano la funzione: l'alienità dell'interesse perseguito e la natura sociale di tale interesse. Questi caratteri sono palesi nell'attività dei soggetti pubblici che, pertanto, si manifesta principalmente sotto forma di funzione. Il provvedere ad interessi di natura sociale costituisce “il fine immediato della funzione pubblica”<sup>67</sup>; tuttavia per gli organi dell'amministrazione il concetto va precisato nel senso che il carattere della natura collettiva dell'interesse deve prevalere rispetto a quello dell'alienità dell'interesse tutelato. Il dovere d'ufficio, riguardato nell'ambito dell'attività e del procedimento, prende dalla funzione soggetto, ossia il titolare della competenza a svolgere la funzione<sup>68</sup>, e oggetto, cioè il dovere di svolgere la funzione; si specifica nel procedimento in obbligo di procedere e di provvedere dei quali costituisce fondamento storico e logico<sup>69</sup>.

<sup>63</sup> Anche in *Frammenti*, cit. 202–203.

<sup>64</sup> M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961–1962*, Roma, 1966.

<sup>65</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, 1117 ss. Per SANTI ROMANO, *Poteri*, cit. 179–180, allorché i poteri vengano esercitati per un interesse altrui prendono il nome di “funzioni” o “uffici”. “Carattere proprio delle funzioni così pubbliche che private è di essere nel medesimo tempo libere e vincolate: libere, in quanto il loro soggetto ha sempre una certa sfera nella quale si fa valere la sua volontà; vincolate, in quanto non solo non possono esorbitare da certi limiti, ma debbono esercitarsi se, quando e come lo richiedono gli interessi per cui sono costituite”. Sul concetto di funzione, anche per gli imprescindibili riferimenti bibliografici, si può vedere M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

<sup>66</sup> G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953, che precisa come la funzione sia l'adempimento e l'attuazione di quelle competenze che costituiscono l'elemento oggettivo dell'ufficio medesimo.

<sup>67</sup> G. FALZONE, *o. cit.*

<sup>68</sup> Così A. CIOFFI, *o. cit.*, 54

<sup>69</sup> In questa chiave il dovere giuridico diviene il fondamento del procedimento non necessario (perché non imposto dalla legge). Per SANTI ROMANO, le funzioni sia pubbliche che private hanno

In Giannini si approfondisce la distinzione tra obbligo di procedere e obbligo di provvedere<sup>70</sup>, in Ledda<sup>71</sup> si centra il dovere di pronuncia a fronte del rifiuto di provvedimento. Giannini definisce ‘proposta’ quella che contiene la richiesta di esaminare una data situazione e approfondisce l’obbligo di esaminarla. Obbligo di provvedere è per Giannini obbligo di avviare il procedimento. Potere discrezionale e dovere giuridico sono sullo stesso piano. La discrezionalità *nell’an* depotenzia il dovere, ma il dovere è pur sempre il presupposto della valutazione *sull’an agatur*. Dunque si fa chiara la priorità del dovere rispetto al potere, un dovere di ufficio che muove l’organo all’uso del potere. Ledda, nel medesimo ordine di idee, teorizza il dovere di ufficio come “dovere di agire per l’esercizio del potere” da cui “il dovere di pronunciare il rifiuto di provvedimento”. Il dovere non appartiene al potere, ma alla funzione.

Si apre la strada al concetto di dovere funzionale e alla inevitabile separazione tra potere e funzione. La scelta se emanare o meno il provvedimento investe, per Ledda, la dialettica “autorità–libertà”. All’esito dell’apprrezzamento degli interessi si valuterà se emanare il provvedimento e, dunque, modificare l’assetto preesistente (ridefinendo il rapporto autorità–libertà) o mantenerlo immutato.

La decisione tra agire o non agire è anzitutto oggetto di un dovere<sup>72</sup>. È fondamentale la determinazione del se agire che costituisce l’oggetto di una fase doverosa di valutazione in ordine all’opportunità di modificare l’assetto di interessi preesistente<sup>73</sup>. Se la decisione è favorevole all’azione si apre il procedimento che deve concludersi col provvedimento, se è contraria, ravvisandosi la necessità di non alterare il rapporto autorità–libertà, ciò che diviene doveroso è la pronuncia negativa.

### 7. *Dovere di procedere e dovere di provvedere. Il silenzio come “questione marginale”*<sup>74</sup>

L’indagine sulla doverosità della funzione amministrativa, intesa come doverosità dell’esercizio del potere è stata centrata sin dalle origini sulle dinamiche dell’inerzia/silenzio della p.a.<sup>75</sup>

---

come carattere proprio quello di essere “nel medesimo tempo libere e vincolate: libere, in quanto il loro soggetto ha sempre una certa sfera nella quale si fa valere la sua volontà; vincolate, in quanto, non solo non possono esorbitare da certi limiti, ma debbono esercitarsi se, quando e come lo richiedono gli interessi pubblici per cui sono costituite” (*Poteri, potestà, in Frammenti*, cit., 189).

<sup>70</sup> *L’attività amministrativa*, 119.

<sup>71</sup> *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, 1964.

<sup>72</sup> Sempre nella ricostruzione di A. CIOFFI, *o. cit.*, 65 che richiama F. LEDDA, *o. cit.*, 80.

<sup>73</sup> Sul tema si esprime anche M. CLARICH, in *La responsabilità della Consob nell’esercizio della funzione di vigilanza: due passi oltre la sentenza della Corte di cassazione n. 500/99*, in *Danno e Resp.*, 2/2002.

<sup>74</sup> L’espressione è ripresa da F. LEDDA, *Il rifiuto*, cit.

<sup>75</sup> Per i fondamentali riferimenti, cfr. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*,

Il fondamento giuridico del silenzio come fatto produttivo di obbligazioni viene, infatti, ravvisato nella necessità sociale<sup>76</sup>. Si giunge a questa conclusione grazie agli studi di Savigny secondo il quale gli effetti del silenzio nel diritto romano discendono da un presupposto dovere di dichiarazione. Tale dovere è per l'Autore tipico.

Per Ranelletti, invece, non esiste un *numerus clausus* di ipotesi in cui il dovere è la fonte di produzione degli effetti giuridici del silenzio, ma dalla osservazione della realtà fenomenica può affermarsi che il dovere di dichiarazione sia un principio generale il cui fondamento risiede nell'instaurarsi di una "relazione di interessi" tra chi tace e il terzo. La relazione si estende anche agli interessi di chi tace "nei rapporti verso i terzi". Viene così a costruirsi un dovere di pronunciarsi che si configura come "necessità sociale" in quanto essenziale a definire "la relazione di interessi". Dichiarazione tacita e dovere dichiarativo costituiscono una specie dell'atto amministrativo e sono un modo di produzione dell'efficacia giuridica<sup>77</sup>.

Santi Romano<sup>78</sup>, nega che vi sia la possibilità di attribuire significato al silenzio (alla mancata dichiarazione di volontà) se non sussiste l'obbligo di emanare l'atto. Il dovere di provvedere trova posto nella teoria sulla manifestazione della volontà. La figura è assorbita nella relazione potere-dovere e se ne affranca trovando autonoma consistenza solo quando si fanno strada le teorie sulla doverosità della funzione e della tutela di determinati interessi. Si compie così quella che è stata definita la "tensione del dovere giuridico verso l'interesse".

Negli studi di Borsi<sup>79</sup> e Forti<sup>80</sup> il dovere giuridico trova sistemazione nell'ambito della giustizia amministrativa.

Secondo Borsi perché il silenzio abbia rilievo occorre un obbligo giuridico che vi conferisca rilevanza, obbligo da ritenersi "generale" e di derivazione legislativa.

La sua esistenza spiegherebbe anche la garanzia di uno specifico contenzioso a sua tutela. Nelle ricostruzioni di Borsi il giudizio dovrebbe essere esteso al merito perché il giudice dovrebbe poter indagare la questione della doverosità o meno della emanazione dell'atto. Il silenzio ha effetti solo se consegue a un obbligo legislativamente prescritto e giurisdizionalmente tutelato.

---

Milano, 1971; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995 e, più di recente, A. CIOFFI, o. cit.

<sup>76</sup> O. RANELLETTI, *Il silenzio nei negozi giuridici*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, XIII, 1892, 3.

<sup>77</sup> Così sintetizza il pensiero del Maestro, A. CIOFFI, o. cit., 11

<sup>78</sup> *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930.

<sup>79</sup> U. BORSI, *Il silenzio della pubblica amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, in *Giur. It.*, 1903, IV, 252 ss.

<sup>80</sup> U. FORTI, *Il "silenzio" della pubblica amministrazione e i suoi effetti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932

A Borsi si deve, dunque, di aver collegato il problema della doverosità del provvedere al silenzio.

Nella giurisprudenza del Consiglio Stato del primo novecento il problema del dovere si collega alla legittimità<sup>81</sup> e il silenzio vale volontà in quanto presuppone il dovere di procedere<sup>82</sup>. La fonte del dovere è legislativa e si richiama l'art. 3 all. E della legge n. 2248 del 1865<sup>83</sup>. È dovere “correlativo” ovvero connesso al potere discrezionale e al soddisfacimento del pubblico interesse. Si individua un nesso stabile col potere “causa del pubblico interesse”; “il dovere di curare l'interesse pubblico è considerato dovere giuridico e comprende il dovere di provvedere che ne è parte”. Il funzionario ha dunque il dovere giuridico di esercitare le diverse attribuzioni della funzione secondo una teoria che si afferma in Francia nei primi del Novecento ed è ripresa da Trentin<sup>84</sup>.

Negli anni trenta emerge la priorità del dovere rispetto al potere.

Nel lavoro di Mortati<sup>85</sup> la cura del pubblico interesse diviene oggetto di un “dovere giuridico generale”: generalità e priorità del “dovere di agire per il pubblico interesse”. Il dovere di provvedere è una parte di quel dovere generale.

L'opportunità di approfondire disgiuntamente le due questioni, per poter giungere anche alla soluzione dei problemi legati al silenzio, viene avvertita con nitore da Franco Ledda, che nel suo illuminante studio sul rifiuto di provvedimento amministrativo definisce questa commistione come un “difetto di impostazione” e qualifica quella del silenzio come una questione “marginale”. Nel tentativo di far luce sulle incertezze generate dalla sovrapposizione dei problemi – quello della doverosità del potere, da un lato, e quello del silenzio, dall'altro – l'Autore affronta partitamente la definizione.

Il contenuto del dovere, non è, in sostanza, l'esercizio del potere, ma “l'agire per l'esercizio (eventuale) del potere”. Non rileva che sia emanato un provvedimento determinato, ma che l'amministrazione abbia agito per un provvedimento. “Lo scopo immediato dell'azione” diviene così lo svolgimento di quell'attività istruttoria (*sub specie* di acquisizione e valutazione dei fatti) che è legislativamente imprescindibile per la modificazione del rapporto tra “la sfera dell'autorità e la sfera di libertà del cittadino”. È questo, secondo l'illustre Maestro, il contenuto del dovere d'ufficio che si articola in diversi momenti e si arricchisce di contenuti col progredire dell'azione<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> Così in Ad Plen, 27 luglio 1910, in *Foro it.*, III, 265, 1910

<sup>82</sup> È quanto affermato da Cons. Stato, 22 maggio 1914, in *Foro it.*, 1914, III, 329.

<sup>83</sup> Cfr. Cons. Stato, IV, 22 giugno 1928, n. 458, in *Foro amm.*, 1928, I, 1, 264 ss.

<sup>84</sup> S. TRENTIN, *L'atto amministrativo. Contributi allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione*, Roma, 1915.

<sup>85</sup> C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935.

<sup>86</sup> Secondo F. LEDDA, *o. ult. cit.*, 81, è “impossibile stabilire in linea di principio quali siano le singole specificazioni del dovere nella fase che precede la valutazione e la determinazione finale”.

Secondo Ledda il dovere di ufficio non si risolve nella emanazione del provvedimento. Può esserci coincidenza tra realizzazione del potere ed emanazione del provvedimento, ma la doverosità dell'azione riguarda il momento *dell'an* che assume rilievo anche quando il potere non viene realizzato. È nella valutazione e ponderazione dell'interesse estrinsecata nelle operazioni che precedono la decisione di esercitare o meno il potere modificando l'assetto degli interessi che si adempie al contenuto del dovere. La mancata valutazione dell'istanza è illecita, ma non la decisione di non provvedere che può anche non essere esternata.

La questione, così come impostata, fa sorgere la necessità di chiarire quando effettivamente sussista il dovere di valutare se esercitare o meno il potere e cioè quando sussista il dovere di valutare l'istanza del privato.

La risposta è essenziale per un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo perché su di essa si fonda la dogmatica del silenzio della p.a. che, in definitiva, corrisponde alla corretta perimetrazione dell'ambito di applicazione dell'articolo 2 della legge 241 del 1990. In seconda battuta perché la legge, nei suoi recentissimi approdi, oltre ad aver dato nuova coerenza ai doveri (obblighi) concernenti le tempistiche procedurali<sup>87</sup> ha in certo modo risposto ai dubbi avanzati in dottrina e giurisprudenza circa le sorti dell'istanza manifestamente inammissibile o infondata<sup>88</sup>. Il nuovo articolo 2 della legge 241 del 1990, così come modificato dall'articolo 1, comma 38 della legge n. 190 del 2012, sancisce infatti che “se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo”.

La norma prende partito in maniera piuttosto inequivoca a favore della necessità di esternare le ragioni della valutazione d'inammissibilità della domanda, accostandosi negli esiti all'idea già espressa da chi<sup>89</sup> aveva optato per tale soluzione invocando il generale principio di trasparenza dell'attività amministrativa.

<sup>87</sup> Su cui, per tutti, anche rispetto alle letture più recenti sul tema, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.

<sup>88</sup> A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, Milano, 1976. Anche CLARICH, *Termine*, cit.

<sup>89</sup> M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. amm.*, 1–2010, 103 ss. In giurisprudenza l'esito di questi recenti approdi può vedersi sintetizzato da Tar Lombardia, Milano, III, 4 giugno 2014, n. 1412, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), a tenore del quale “il legislatore, con l'art. 2 comma 1, l. n. 241 del 1990 ha voluto imporre all'Amministrazione, senza eccezione alcuna, l'obbligo di provvedere sulle istanze dei privati, indipendentemente dal loro grado di fondatezza o addirittura di ammissibilità o di ricevibilità. Pertanto, anche a fronte di istanze del tutto abnormi sorge in capo all'Amministrazione il dovere di provvedere con un atto espresso. A bilanciare tale soluzione – potenzialmente gravosa per lo svolgimento dell'attività amministrativa – è stata prevista la possibilità di motivare in maniera semplificata laddove l'istanza risulti manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata”. Conclusioni analoghe anche in Tar Sardegna, Cagliari, 12 dicembre 2013, n. 879, in *Foro amm.*, *TAR*, 2013, 3945.

In realtà si è già notato come la dottrina abbia individuato nell'attività di deliberazione (consistente nella verifica dei presupposti) il contenuto della doverosità perché solo all'esito di essa l'amministrazione potrà valutare se esercitare o meno il potere<sup>90</sup>.

Tra l'altro, condivisibile soluzione alle obiezioni mosse rispetto all'imposizione di un generico dovere di risposta – invocando ragioni di celerità ed economicità procedimentale – giunge dal recente d.l. n. 69 del 2013 che, all'articolo 38, statuisce specifiche sanzioni a carico dell'istante “temerario” affermando che, una volta attivata la tutela giurisdizionale, “se il ricorso e' dichiarato inammissibile o e' respinto in relazione all'inammissibilita' o alla manifesta infondatezza dell'istanza che ha dato avvio al procedimento, il giudice, con pronuncia immediatamente esecutiva, condanna il ricorrente a pagare in favore del resistente una somma da due volte a quattro volte il contributo unificato”.

Alla luce dell'iter descritto, potrebbe concludersi che il passaggio dal dovere all'obbligo di provvedere possa dirsi compiuto: la dogmatica dell'inerzia ha assolto alla sua funzione e si concentra, piuttosto, sulle tematiche risarcitorie<sup>91</sup>.

Ciò che, tuttavia, resta ancora da chiarire è il motivo dell'esistenza del dovere e cioè se esso sia posto nell'interesse del singolo ovvero della generalità dei consociati.

Centrale si dimostra la questione della natura del potere e della discrezionalità *nell'an*. Si ritiene infatti che i poteri di vigilanza, repressione e controllo, così come i poteri genericamente riconducibili al concetto di riesame, siano potenzialmente tipizzati e non “necessitati”. Ne discende che detti poteri fronteggiano interessi che non potrebbero definirsi “a soddisfazione necessaria”<sup>92</sup>.

Il potere è sempre presupposto del dovere in quanto, in assenza di potere – inteso come possibilità di porre in essere il comportamento doveroso – non sussiste la cd. necessità sociale, mancando in capo alla p.a. agente la possibilità di modificare la relazione di interesse. Il potere si intreccia così con la tematica della competenza. Ma fino a che punto l'impossibilità materiale di adempiere può tradursi in inerzia “autorizzata o legittima”? In tema di accesso agli atti, ad esempio, la giurisprudenza, confortata dall'intervento del legislatore, ha affermato che l'istanza deve essere esitata anche laddove il documento non sia materialmente in possesso dell'amministrazione cui è stato formalmente richiesto. La situazione

<sup>90</sup> G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, spec. 602, e già LEDDA, *Il rifiuto*, cit.

<sup>91</sup> La tematica del danno da ritardo ha dato vita, negli ultimi tempi, ad una copiosissima produzione scientifica. Per i riferimenti essenziali può rinviarsi agli scritti più recenti, tra i quali, A. COLAVECCHIO, o. cit. Sul giudizio avverso il silenzio si veda M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc.3, 2014, pag. 709

<sup>92</sup> Secondo la ben nota formulazione di G. ROSSI, *Diritto*, cit., 82, il quale torna sul tema, in prospettiva più recente, nello scritto *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011.

del richiedente merita comunque una risposta, quantomeno in termini di indicazione della soggettività cui rivolgere correttamente l'istanza.<sup>93</sup>

E dunque se si scindono dovere di procedere e dovere di provvedere (anche definiti dovere in senso formale e dovere in senso sostanziale), si deve giungere a comprendere dove possa veramente parlarsi di dovere di procedere e a tal fine diviene essenziale comprendere quando ci sia discrezionalità *nell'an*. Resta poi da chiarire se la sussistenza di discrezionalità *nell'an* escluda o meno un generico dovere di risposta, che costituisce l'esternazione dei motivi della mancanza di provvedimento. Da quanto detto sinora può concludersi nel senso della sussistenza del dovere di risposta: quando c'è discrezionalità nell' *an* la possibilità di scelta è in ordine alla modificazione o meno dell'assetto degli interessi, senza che venga meno la necessità di valutare l'opportunità dell'esercizio del potere e di esprimersi, anche in senso negativo.

8. *La doverosità nella funzione e le situazioni procedimentali. Il procedimento come sede della "graduale specificazione del dovere"<sup>94</sup>. Verso la codificazione di un principio di doverosità dell'azione amministrativa?*

La distinzione tra dovere di procedere e dovere di provvedere ha trovato, come si è visto, la sua ragion d'essere nella necessità di chiarire che la problematica del silenzio è soltanto uno dei tanti aspetti in cui deve cogliersi l'esigenza di rimediare all'omesso esercizio della funzione. La disamina delle prime elaborazioni della dottrina sul tema è stata utile per comprendere come viene posta all'attenzione degli interpreti la questione della doverosità del potere amministrativo. Al silenzio si guarda, infatti, in una prospettiva rimediale: l'attribuzione di un significato all'inerzia (rifiuto) si collega evidentemente all'esigenza di dare tutela alla posizione giuridica del soggetto che attende l'esercizio del potere per vedere modificata la propria sfera giuridica.

Come si è detto, già nello studio di Franco Ledda sul rifiuto di provvedimento emergeva l'importanza del procedimento, o meglio dell'azione dell'autorità per l'esercizio del potere, come reale momento di adempimento del dovere di ufficio e, nel contempo, del dovere di provvedere.

Non è il contenuto del provvedimento o la sua emanazione ad assumere rilevanza, ma il fatto che siano stati adempiuti gli obblighi/doveri procedimentali di valutazione e ponderazione dell'istanza.

<sup>93</sup> Da ultimo, Tar Puglia, Bari, 7 febbraio 2013, n. 183, in *Foro amm.*, *TAR*, 2013, 2, 654, secondo cui "non è giustificabile un "rimpallo" tra le diverse articolazioni amministrative in merito all'accesso alla documentazione, dovendo l'istante semplicemente rivolgere la propria richiesta all'amministrazione, senza essere onerato dell'individuazione specifica dell'ufficio tenuto all'ostensione, tant'è che, a norma dell'art. 6 comma 2, d.P.R. 12 aprile 2006 n. 184, la richiesta formale di accesso presentata ad amministrazione "anche diversa da quella nei cui confronti va esercitato il diritto di accesso, è dalla stessa trasmessa a quella competente".

<sup>94</sup> G. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, cit., 83.

La centralità del procedimento come sede di esplicazione concreta della funzione, non solo come sua “forma”<sup>95</sup>, è suffragata dalle disposizioni della legge n. 241 del 1990 che conferiscono coerenza a tutta una serie di momenti valutativi e di accertamento dei presupposti dell’azione a presidio dei quali è individuata una soggettività specifica, ovvero il responsabile del procedimento, cui si riferiscono specifici doveri istruttori<sup>96</sup>. Che l’acquisizione dei fatti e degli interessi costituisca momento indefettibile di esercizio della funzione è, d’altronde, corroborato e non smentito dalle disposizioni in tema di semplificazione procedimentale nelle quali si è cercato di individuare strumenti alternativi e più celeri, ma ugualmente soddisfattivi dell’esigenza di giungere alla decisione dopo aver esaurito la fase cd. istruttoria che ne costituisce imprescindibile preconditione<sup>97</sup>.

Anche laddove il legislatore ha ritenuto di poter abdicare al provvedimento espresso, si è premurato di specificare le modalità di acquisizione di fatti e interessi, di graduarne la rilevanza ai fini della decisione e, in ultima analisi, di prevedere la possibilità di valersi di strumenti, per così dire, “riparatori”, da ricercare nell’ambito dei poteri di riesame. Sul valore e sul corretto utilizzo di questi ultimi si tornerà nel prosieguo dell’indagine. In particolare si metterà in evidenza come una corretta interpretazione del principio di doverosità dell’azione amministrativa suggerisca un uso accorto del potere di revisione del proprio operato da parte dell’autorità, in una logica che privilegia comunque soluzioni ad esito conservativo, piuttosto che determinazioni a contenuto eliminatorio.

<sup>95</sup> Con la definizione del procedimento quale “forma della funzione”, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 1952, II, 118 ss., riporta l’interesse della dottrina sulla fase preprocedimentale. Per una ricognizione recente delle teorie sul procedimento si rinvia al lavoro di F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013.

<sup>96</sup> In altra sede si avrà modo di soffermarsi sui poteri del responsabile del procedimento che, anche alla luce delle recenti disposizioni in tema di anticorruzione e di trasparenza, è figura sicuramente centrale per garantire l’adempimento dei doveri procedimentali. Sul tema cfr., M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall’entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 505 ss.; G. CORSO, *Il responsabile del procedimento*, in F. TRIMARCHI, a cura di, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell’amministrazione*, Milano, 1990, 65. Sul dovere di soccorso procedimentale si veda, P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l.241/1990) alla direttiva “servizi”*, Napoli, 2008.

<sup>97</sup> Si pensi alla disposizione di cui all’articolo 20, co. 2, l. 241/1990, che nel disciplinare il procedimento per la formazione del silenzio assenso prevede che la formazione del provvedimento tacito possa essere, per così dire, “scongiurata” dall’indizione di una conferenza di servizi alla quale invitare i controinteressati. Per una lettura critica degli istituti di semplificazione procedimentale, si veda M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, spec. 222 ss., il quale lucidamente evidenzia come “ogni procedimento o singolo adempimento procedimentale” sia portatore di un interesse, sicché la semplificazione procedimentale può determinare una “semplificazione degli interessi”. Sul tema di assoluto rilievo E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir.amm.*, 1998, 336.

Quello che s'intende evidenziare è il ruolo fondamentale per l'attuazione della doverosità delle regole sul procedimento amministrativo che, tuttavia, necessitano di essere interpretate razionalmente in quanto non sempre le singole previsioni si rivelano chiare nell'indicare il percorso dell'azione nel senso della necessità o meno di tenere un certo comportamento per addivenire alla migliore decisione<sup>98</sup>.

Si è già visto come il dovere d'ufficio si sostanzia nel dovere per l'esercizio del potere piuttosto che nel dovere di provvedere. Quest'ultimo, infatti, è oggetto di altra riflessione, di altri esiti, e andrebbe preferibilmente ricostruito, anche alla luce delle recentissime riforme che hanno investito l'articolo 2 della legge n. 241 del 1990, in termini di obbligatorietà e non di doverosità<sup>99</sup>.

Non è una mera questione definitoria, ma un modo di guardare alla sostanza delle norme, al loro effettivo contenuto precettivo, al loro inserirsi in una dinamica relazionale ben definita, dando vita ad rapporto giuridico tra l'autorità e singole cose o persone, e – riprendendo l'idea di Santi Romano – alla costituzione di veri e propri diritti soggettivi altrui. L'idea, d'altronde, che il diritto non sia il necessario correlativo del dovere è ormai consolidata in dottrina, ove si preferisce individuare il concetto di pretesa come situazione soggettiva vantaggiosa antagonista<sup>100</sup>.

Con riguardo alle altre disposizioni procedurali, invece, non può ravvisarsi con analoga certezza l'esistenza di un rapporto di diritto-obbligo, per quanto numerosi e pregevoli siano stati i tentativi della dottrina di interpretare tutte le disposizioni procedurali come fonti di un rapporto obbligatorio tra cittadino e p.a., con tutte le conseguenze anche per l'affermazione di una responsabilità di tipo contrattuale per la loro inosservanza<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> Non è questa la sede per approfondire la problematica interpretazione delle regole procedurali che, raramente, si esprimono in termini di "dovere" rispetto a certe condotte da ritenersi, invece, necessarie. Sull'importanza della razionalità del processo decisionale si leggano le considerazioni di F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, in *Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1987, spec. 104.

<sup>99</sup> Come conferma anche l'articolo 31 del Codice del processo amministrativo che parla espressamente di azione per l'accertamento "dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere". Nei termini suddetti già la ricostruzione di F.G. SCOCA, *Il silenzio*, cit. Dopo l'entrata in vigore della l. 241 del 1990, per tutti, M. CLARICH, *Il termine*, cit. Gli sviluppi più recenti in COLAVECCHIO, *op. cit.*

<sup>100</sup> Sul tema R. GUASTINI, *cit.*, 4, il quale considera dovere e pretesa situazioni giuridiche elementari istituite da norme di condotta, assieme a quelle di libertà ed assenza di pretesa. Il diritto soggettivo, invece, viene considerato come situazione giuridica complessa che manca dell'univocità propria del concetto di dovere essendo stata utilizzata per designare "ogni situazione giuridica vantaggiosa".

<sup>101</sup> Sul tema, diffusamente, V. ANTONELLI, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova, 2007, il quale, in particolare, avverte criticamente come, nella letteratura amministrativistica, si assista "al tentativo di sostituire la concezione del potere amministrativo che non solo consente, ma allo stesso tempo impone alla pubblica amministrazione, secondo le regole fissate dalla legge, di operare al fine di curare gli interessi pubblici, – sicchè il comportamento dovuto è osservanza

In questa fase prodromica alla decisione<sup>102</sup>, infatti, se non può parlarsi in astratto di obbligatorietà, non può negarsi l'esistenza di una generale doverosità giuridica indirizzata a rendere cogente l'osservanza di disposizioni che tutelano *ex ante* la correttezza della decisione<sup>103</sup>, a prescindere da quelli che ne sono gli effettivi destinatari, o meglio, i destinatari degli effetti. In concreto, poi, nel farsi del procedimento, detta doverosità può anche trasformarsi in obbligatorietà, ma non può mai ridursi a semplice facoltà per la p.a.<sup>104</sup>. E, infatti, si è notato come la fase istruttoria, anche nei procedimenti ad istanza di parte, non può prescindere dalla verifica dell'esistenza di posizioni di controinteresse e dunque non può mai essere pretermissa.

Autorevole dottrina<sup>105</sup>, confortata da altri fondamentali studi svolti sul tema<sup>106</sup>, avvertendo la complessità di dare collocazione alle pretese partecipative del soggetto nell'ambito del procedimento, ha individuato una possibile soluzione nella differenziazione delle situazioni giuridiche che si connettono alle disposizioni procedurali. Rilevante per la presente indagine è l'emersione della finalità di dette norme: "riequilibrare il rapporto tra amministrazione e cittadino ponendo a carico della prima doveri di correttezza che non possono ritenersi immediatamente fina-

---

dei principi, delle norme e dei precetti afferenti alla funzione –, con l'obbligazione amministrativa. La doverosità viene trasfigurata in obbligatorietà, attraverso la ricostruzione delle specifiche regole che disciplinano la spendita del potere a guisa di obblighi di protezione o di obbligazioni vere e proprie". Di recente, F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013. Vedi anche, M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. Civ. e previd.*, 2001, 213 ss.; G. MARI, *Responsabilità da contatto amministrativo e conseguenze sulla prova della colpa della P.A.*, in *Foro amm.-Tar*, 2002, 1916 ss.

<sup>102</sup> Si occupa specificamente del "farsi" della decisione amministrativa, A. POLICE, *La pre-determinazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 157, il quale evidenzia come "la emersione progressiva dei dati in possesso dell'amministrazione e la loro conoscibilità da parte del privato fin dalla fase anteriore alla conclusione del procedimento (...) si rivela importante non solo per il destinatario dell'atto ma per la stessa Amministrazione".

<sup>103</sup> Sulla funzione della regola di procedura si veda l'interessante lettura di F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10 bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir.amm.*, 2011, spec. 360. E già F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione*, in *Dir. amm.*, 1993.

<sup>104</sup> Come già osservato da P. GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, Bologna, 1953, spec. 59, che stigmatizza il carattere doveroso della funzione amministrativa, e da N. DANIELE, *L'obbligo dell'amministrazione di provvedere*, in *Cons. Stato*, 1959, II, 334, che sottolinea come "di fronte a esigenze di pubblico interesse, l'Amministrazione non ha la facoltà di agire o non, ma è tenuta a provvedere".

<sup>105</sup> A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (voce), in *Enc. Dir., Agg.*, II, Milano, 1998, 984.

<sup>106</sup> Per tutti, A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, spec. 70 ss., secondo il quale nell'azione amministrativa si può distinguere tra "l'agire per la decisione e l'agire per la produzione dell'effetto".

lizzati alla più favorevole disciplina di un interesse materiale di base del cittadino stesso<sup>107</sup>. In tale contesto si richiama la categoria dei “doveri di protezione” indirizzati a garantire il generico rispetto della persona a prescindere dal vantaggio che possa derivare ad un soggetto determinato dalla loro osservanza<sup>108</sup>.

In realtà, il richiamo al dovere di protezione potrebbe anche non essere necessario se si accoglie l'immanenza di un principio di doverosità della pubblica amministrazione a fronte di norme che impongano una condotta determinata<sup>109</sup> e che rendano doveroso l'esercizio del potere ogni qual volta sia necessario consentire al cittadino di partecipare al procedimento, di conoscere l'esito della propria istanza di provvedimento, o di ottenere risposta alle proprie osservazioni, di vedere cristallizzato in un provvedimento l'assetto di interessi in maniera celere e nel rispetto di termini certi, di vedere esternate in maniera esauriente le ragioni della decisione dell'autorità, di accedere ai documenti in possesso della p.a.

La dottrina si è divisa sulla qualificazione delle situazioni giuridiche procedurali che, come si è detto, sono state variamente qualificate di diritto<sup>110</sup> o di interesse<sup>111</sup>. Chi, comunque, ne ha ravvisato la natura di diritti ha optato per l'affermazione di un dovere risarcitorio in caso di loro lesione. O meglio, la tendenza è stata nel senso di operare una scissione tra situazioni giuridiche a seconda che la condotta della p.a. frustri la finalità di tutela della dignità del cittadino sottesa alle disposizioni procedurali ovvero un suo interesse materiale (bene della vita) e di ammettere forme di tutela differenziate per ciascuna di esse<sup>112</sup>. Per questa via si approda alla conclusione che in mancanza della lesione dell'interesse materiale, e cioè allorquando l'inosservanza della norma procedimentale non incide sul contenuto della decisione che è l'unica conforme a diritto<sup>113</sup>, la sussistenza della

<sup>107</sup> A. ROMANO TASSONE, *o. cit.*

<sup>108</sup> Dei doveri di protezione si occupa specificamente S. CICCARELLO, *Doveri di protezione e valore della persona*, Milano, 1988.

<sup>109</sup> Il comportamento prescritto di cui parla G. GUARINO, *cit.*, come qualificazione della fattispecie normativa che si correla tanto alla situazione di diritto che a quella di dovere.

<sup>110</sup> E. DALFINO-L. PACCIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1992, 382 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni*, *cit.* Sul tema si segnala, di recente, L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir.proc.amm.*, 2012, 850 ss.

<sup>111</sup> A partire dalla classificazione di M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv.dir.proc.*, 1963, 522 ss. Si veda, quindi, M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002

<sup>112</sup> Cfr. A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tar provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir.amm.*, 2004, 225.

<sup>113</sup> Sul concetto di assenza di alternative legittime al provvedimento affetto da violazioni formali si veda, F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 2003, 409 ss. Dopo le innovazioni legislative in tema di violazioni formali non invalidanti di cui all'articolo 21 *octies* della l. 241 del 1990, può vedersi, S. TUCCILLO, *L'invalidità*

violazione del *dovere di protezione* giustifica l'accesso alla tutela risarcitoria<sup>114</sup>. Conseguenziale è la notazione che la p.a. non deve soltanto produrre “decisioni intrinsecamente corrette, ma anche fiducia e consenso sociale intorno a se stessa e alla propria azione e a tal fine l'instaurazione di un rapporto di formale correttezza con il cittadino assume un'importanza tutt'altro che secondaria”<sup>115</sup>.

A sostegno di tale ricostruzione, pienamente condivisibile negli esiti, non pare invero necessario invocare, come pure argomentatamente si è fatto<sup>116</sup>, principi quali la buona fede, la tutela dell'affidamento<sup>117</sup>, la certezza del tempo dell'agire della pubblica amministrazione<sup>118</sup>, la responsabilità ecc.<sup>119</sup>, potendo considerarsi sufficiente l'autonoma rilevanza e cogenza di un principio di doverosità che presiede all'esercizio del potere e in generale a qualsivoglia azione amministrativa funzionalizzata al perseguimento dell'interesse alieno.

Il richiamo alla doverosità, consente di attingere alla tutela risarcitoria soltanto in ultima analisi, nel senso che il rimedio riparatorio è l'esito ultimo per reagire all'inadempimento della p.a., o meglio alla sua inattività rispetto a valori la cui lesione può essere scongiurata attraverso altri strumenti già previsti dal legislatore. L'idea è che le disposizioni procedimentali non vadano interpretate ed applicate singolarmente, ma in un'ottica dinamica e complementare. È vero che ciascuna assolve ad una specifica funzione di tutela, ma è anche vero che, se guardate nel loro insieme, esse disvelano un'unica finalità, che è quella del procedimento in quanto tale, non solo della partecipazione, della semplificazione, della trasparenza, della efficacia<sup>120</sup>.

---

*del provvedimento e i riflessi sull'attività consensuale*, Napoli, 2009, cui si rinvia per i riferimenti bibliografici di primo commento alla novella.

<sup>114</sup> Vedi A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, Napoli, 2003, spec.114. Sulla rilevanza dei vincoli di ordine formale e sulla necessità che permanga una sanzione per la loro violazione, per tutti, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003. Sul tema, si vedano anche le riflessioni di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, spec. 341 ss.

<sup>115</sup> ID., *Situazioni*, 985, nt. 60. M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, 209–210, osserva come sia il singolo individuo a “costituire nella sua dimensione relazionale il principio attivo fondamentale nella formazione delle decisioni di interesse generale”.

<sup>116</sup> F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1995, spec. 145 ss.

<sup>117</sup> In primis, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970

<sup>118</sup> M. CLARICH, *Il termine*, cit. Di rilievo sul tema le recentissime osservazioni di M. IMMORDINO, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo fra certezza ed incertezza*, Relazione al Convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Napoli, 3 e 4 ottobre 2014.

<sup>119</sup> Per un approfondimento recente dei diversi principi del diritto amministrativo si veda M. RENNA—F. SAITTA, a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.

<sup>120</sup> V. F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, cit.,

La violazione di una di esse impone, dunque, l'utilizzo di tutti gli strumenti possibili per evitare che sia frustrata la funzione del procedimento e far sì che sia incidentalmente tutelato l'interesse ad essa sotteso.

È come dire che se la partecipazione e l'istruttoria sono state adeguatamente espletate e garantite, più facile sarà superare un eventuale difetto del corredo motivazionale, o ancora che se la partecipazione non è stata sufficientemente garantita, l'esternazione delle ragioni del potere dovrà compensare l'omessa considerazione delle ragioni degli interessati. Quand'anche dovesse, poi, riscontrarsi la sussistenza di un vizio procedimentale, prima ancora che il ricorso al giudice, dovrebbe essere ammesso l'accesso al potere di riesame che potrà essere dosato dall'autorità nel suo contenuto conservativo<sup>121</sup> ovvero nel suo potenziale eliminatorio<sup>122</sup>. D'altronde, la definizione che Benvenuti dava del potere di autotutela era eloquente: capacità di risolvere i conflitti attuali e/o potenziali tra il cittadino e i propri atti<sup>123</sup>.

È sul conflitto potenziale che si crede di poter incidere con il richiamo al principio di doverosità, laddove, per quello attuale, le frontiere di tutela piena ormai aperte dalla giustizia amministrativa sembrano assolutamente idonee a verificare che una lesione effettivamente si sia prodotta e, in tal caso, a trovare i rimedi per scongiurare il danno o, eventualmente, ripararlo.

Nei procedimenti ad istanza di parte, come anche si è avuto modo di illustrare allorché si è evidenziato come, anche alla luce dei più recenti interventi legislativi, abbia assunto cogenza non soltanto l'obbligo di provvedere, ma anche l'obbligo di rispondere motivatamente all'istanza di provvedimento, qualunque sia il suo effettivo contenuto, un ruolo fondamentale assume la esercitabilità delle cd. pretese partecipative. Si parla di esercitabilità e non di esercizio perché la possibilità di agire per il privato è condizionata, come noto, all'emanazione di uno specifico atto da parte della pubblica amministrazione che, comunicando l'avvio del procedimento, consente al cittadino di attivarsi per partecipare a un procedimento che lo riguarda.

L'articolo 7 della legge 241 del 1990 costituisce norma cardine sul tema. In questa sede piuttosto che guardare al suo effettivo contenuto precettivo e alla sua fondamentale funzione di garanzia per il cittadino e per la stessa amministra-

Milano, 1987 e U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, Padova, 1931, p.

<sup>121</sup> Sulla possibilità di dar luogo alla convalida nelle ipotesi di cui all'articolo 21 *octies*, comma 2, della legge 241 del 1990, si vedano le osservazioni di V. ANTONELLI, *La convalida del provvedimento annullabile e la riforma della legge sul procedimento amministrativo*, in *Foro amm.*, CDS, 2005, 2215 ss.

<sup>122</sup> Potenziale eliminatorio che, secondo gli studi di illustre dottrina (STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la legge 15 del 2005*, in *Foro amm.*, *Tar.*, 2006, 1547 ss.) va guardato in tutte le sue componenti, ivi comprese quelle generatrici di costi.

<sup>123</sup> F. BENVENUTI, *Autotutela*, (*dir.amm.*), in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss.

zione<sup>124</sup>, si preferisce orientare l'angolo di visuale sulle eccezioni processuali che comunemente la giurisprudenza ammette alla sua cogenza. Quello che si vuole dimostrare è che, per quanto gli orientamenti dei tribunali siano ormai consolidati sulla non necessità, in alcune ipotesi, dell'incombente partecipativo, anche perché da poco meno di un decennio sono corroborati dalle disposizioni sulla non annullabilità di cui all'articolo 21 *octies* della legge sul procedimento, l'assenza di una lesione riguardo all'assetto degli interessi cristallizzati nella decisione non fa venir meno la violazione del principio di doverosità e il pregiudizio per l'interesse della persona in quanto tale<sup>125</sup>.

Basterebbe assumere ad esempio la giurisprudenza in tema di sanzioni edilizie secondo la quale è ormai pacifica la omettibilità della comunicazione di avvio del procedimento in caso di procedimenti volti all'emanazione di una ingiunzione a demolire<sup>126</sup>. Le considerazioni, scontate, sono nel senso della vincolatezza del rispettivo potere, della mancanza di utilità del contributo del privato nella dinamica della modificazione del rapporto "autorità-libertà". Quello che troppo spesso si omette di considerare è che la comunicazione assolve in questi casi in cui l'atto conclusivo è inevitabile e di contenuto necessitato (l'aggettivo doveroso è una costante di questa tipologia di pronunce), anche ad una funzione meramente notiziale, che si potrebbe definire di preavviso, circa ciò che sta – legittimamente – per accadere nella sfera di chi ha edificato *sine* titolo. Anzitutto perché non sempre la sostanza delle conseguenze di una condotta viene percepita nella sua pienezza da chi la pone in essere. E questo può dipendere dal livello sociale del trasgressore, da quanto in passato l'amministrazione abbia tollerato certi comportamenti, ma anche soltanto dalla possibilità di meglio valutare se adeguarsi (ad esempio demolendo spontaneamente) o reagire in sede giurisdizionale. È tutto tempo tolto al privato per prendere coscienza dell'azione autoritativa, per quando ineludibile, ed è anche rinunciata ad un momento di dialogo che sovente si compie innanzi al giudice, attraverso gli scritti processuali, ma

<sup>124</sup> La bibliografia sul tema è amplissima, così come copiosa è la letteratura sulle funzioni della partecipazione, sulla sua duplice anima collaborativa e di garanzia, sul parallelismo che può individuarsi tra procedimento e processo. Per i riferimenti essenziali si vedano, S. COGNETTI, "Quantità" e "qualità" della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000; M. CALABRÒ, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2004.

<sup>125</sup> Sul tema della centralità della "persona" nelle dinamiche della funzione amministrativa, con segnato riferimento alle pretese partecipative, per tutti, anche per i riferimenti bibliografici, si veda la bellissima ricostruzione di G. SORRENTINO, *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, Napoli, 2003.

<sup>126</sup> In ultimo, tra le tante, T.A.R. Napoli (Campania) sez. III, 6 giugno 2014, 3185, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, laconicamente, afferma come "La natura dovuta e vincolata della sanzione demolitoria esime dalla garanzia partecipativa. L'eventuale vizio omissivo sarebbe, peraltro, assorbito ai sensi dell'art. 21 *octies*, l. n. 241 del 1990".

che ben potrebbe essere evitata da una corrispondenza procedimentale. E non si comprende per quali ragioni le giustificazioni richieste all'amministrazione in sede processuale per scongiurare l'annullamento in caso di omessa comunicazione di avvio del procedimento non debbano essere presenti già nel provvedimento gravato. Circostanza non secondaria se si pensa che nella maggior parte delle ipotesi in cui si contesta la legittimità di un'ingiunzione a demolire l'amministrazione non si costituisce neanche in giudizio. Il giudice finisce, allora, con l'applicare il primo alinea dell'articolo 21 *octies*, in luogo del secondo alinea che è norma specificamente indirizzata a disciplinare i casi in cui ricorra la violazione dell'articolo 7 della legge 241 del 1990<sup>127</sup>, sollevando così il soggetto pubblico anche dall'onere di indicare i motivi per i quali è incorso nella violazione delle pretese partecipative.

Il legislatore ha previsto l'adempimento e lo ha previsto a garanzia di pretese specifiche, fosse anche solo quella di essere informati circa quando qualcosa accadrà<sup>128</sup>. L'esistenza di una pretesa correlativa rende quella norma doverosa e il

<sup>127</sup> Così, *ex multis*, Cons. Stato, 3 marzo 2014, n. 1208, secondo il quale “la mancata comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento, prevista dall'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241, non conduce all'annullabilità del provvedimento, trattandosi di un inadempimento meramente formale, quando si tratta di un atto di natura vincolata, il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, siccome previsto dall'art. 21 *octies* comma 2, cit. l. n. 241 del 1990”, in *www.giustizia-amministrativa.it*. L'affermazione del Collegio in merito alla natura del potere fa comprendere come nella prassi applicativa si consideri obbligatorio l'onere della prova per l'amministrazione, di cui all'art. 21 *octies*, secondo alinea, solo a fronte di provvedimenti a contenuto discrezionale.

<sup>128</sup> Potrebbe azzardarsi un parallelismo forse improprio, ma che rende il senso delle affermazioni su esposte. L'avviso di conclusione delle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 415 bis c.p.p., è sempre dovuto alla fine delle indagini preliminari, prima dell'eventuale esercizio dell'azione penale, per rendere edotto l'indagato della pendenza delle indagini e consentirgli di prendere visione degli atti e presentare memorie. Ad esso seguono tutta una serie di decisioni che l'indagato può prendere per tutelarsi, anzitutto quella di rivolgersi ad un avvocato di fiducia. La sanzione edilizia è sovente per il trasgressore affittiva quasi come una sanzione personale. Basti pensare a quanto traumatico può essere per il privato sapere che, decorsi novanta giorni dall'emanazione dell'ingiunzione a demolire, la propria abitazione – abusiva beninteso – verrà acquisita al patrimonio dell'amministrazione comunale. Sul dovere di informazione che grava sull'autorità procedente, di rilievo le notazioni di S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, spec. 257 ss., che richiama il fondamentale lavoro di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965. Detto dovere ottiene oggi cogenza generale in forza delle disposizioni della legge 6 novembre 2012 n.190 e, soprattutto, del d.lgs. 33 del 2013. In un più ampio programma di prevenzione della corruzione il legislatore ha, infatti, puntato sull'individuazione di obblighi puntuali di pubblicazione dati oltre che sulla previsione di strumenti volti ad attuare la trasparenza che è considerata “condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali”, concorrendo alla realizzazione di “un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino”. Cfr. per gli ulteriori riferimenti, E. CASSETTA, *Manuale di diritto*

dovere non viene meno per solo fatto che il provvedimento finale è necessitato. Il giudice allora, piuttosto che andare a considerare soltanto che la decisione amministrativa era l'unica possibile, ben potrebbe valutare se la decisione ha tenuto in debito conto il fatto di aver privato il destinatario non solo della possibilità di controdedurre, ma di quella di essere informato con anticipo delle reali conseguenze della propria condotta<sup>129</sup>.

In tal caso il pregiudizio potrebbe essere scongiurato dalla presenza di una motivazione più esplicativa e magari dalla previsione di un termine più ampio per eseguire la demolizione spontanea: l'amministrazione adempie così al dovere di considerazione degli interessi coinvolti dalla sua azione su un piano diverso e logicamente antecedente rispetto all'adozione della decisione in concreto lesiva delle pretese partecipative. O ancora potrebbe aprirsi una fase di dialogo successiva tra la p.a. e il privato per valutare l'opportunità di agire in "autotutela", anche soltanto al fine di essere rimesso "in termini" per adempiere al comando.

9. *Spunti per il prosieguo dell'indagine. Gli strumenti di attuazione della doverosità: la cogenza dell'obbligo di motivazione e il riesame ad esito conservativo. Verso un "esercizio responsabile"<sup>130</sup> della funzione.*

Gli strumenti di attuazione della doverosità possono, dunque, ricercarsi, già nella legge sul procedimento amministrativo ove si rinvencono istituti che, se correttamente e tempestivamente utilizzati, sono idonei a garantire che la tutela dell'interesse pubblico si attui unitamente alla tutela dell'interesse dei destinatari degli effetti (favorevoli o sfavorevoli) del potere.

Qualunque sia, infatti, la natura della posizione giuridica del soggetto che fronteggia l'azione della p.a., l'attuazione del principio di doverosità impone che non solo si addivenga alla decisione migliore, ma che il risultato si consegua at-

---

*amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, Milano, 2014, spec. 59 ss. Sul tema del principio di trasparenza come modificato dalle recenti riforme legislative si veda, A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, 749 ss.

<sup>129</sup> F. GAFFURI, *cit.*, 31, secondo il quale, "l'apporto del privato, qualunque sia la rilevanza e il valore assegnatogli, risulta fondamentale per la definizione della fattispecie assoggettata a disciplina pubblica, poiché contribuisce, sempre e comunque, ad arricchire il quadro di conoscenze dell'autorità procedente e consente alla stessa una migliore comprensione del contesto giuridico sul quale il potere esercitato è destinato a produrre effetti".

<sup>130</sup> L'espressione è ripresa da uno dei magnifici saggi di FRANCO PUGLIESE, *Nuove regole e nuova responsabilità. (Anche) Per gli appalti e la gestione di lavori forniture e servizi*, in *Sull'amministrazione consensuale, Nuove regole nuova responsabilità*, Napoli, 2013, spec. 4. L'espressione è riferita dall'Autore al responsabile esercizio del diritto (da parte del privato e del funzionario), ma è al senso che questi attribuisce al concetto di responsabilità che vuole farsi riferimento. Non è questa la sede per approfondire la doverosità rispetto al corollario della responsabilità, ma si ritiene fondamentale dare conto che per Pugliese i due termini erano intrinsecamente legati.

traverso l'adempimento in concreto dei doveri scaturenti dalle regole della funzione.

Ciò equivale a dire che, se anche nel corso del procedimento, in vista dell'interesse al provvedimento, si sacrificano le garanzie procedurali, esiste comunque una sede, quella della esternazione dei motivi, in cui è possibile dare atto del bilanciamento di interessi che ha giustificato quella riduzione di tutela.

La motivazione del provvedimento amministrativo è, ancor oggi, istituto caro agli studi della dottrina che stanno tentando di valorizzarne il carattere indefettibile a fronte di una giurisprudenza sempre più incline a sancirne la dequotazione<sup>131</sup>. In questa chiave, dunque, si è andati alla ricerca del fondamento del dovere di motivazione che si tradurrebbe, secondo le letture citate, nella necessità di dotare le manifestazioni del potere di argomentazioni idonee a sostenere la "fondatezza ed attendibilità della scelta verso l'uditorio di riferimento"<sup>132</sup>.

L'attuazione della doverosità, in sostanza, può essere posticipata, e recuperata, fino alla decisione, momento oltre il quale il principio può dirsi concretamente disatteso e gli interessi irrimediabilmente pregiudicati dalla condotta della p.a.

Anche laddove il provvedimento finale manchi del tutto, come nel caso degli accordi sostitutivi, la motivazione, rafforzata dalle recenti disposizioni che hanno previsto anche per l'atto consensuale la necessità di un corredo motivazionale<sup>133</sup>, diviene il momento finale di attuazione della doverosità del potere funzionale.

Dove tuttavia il provvedimento sia concluso *per silentium* o nel caso in cui neanche un più robusto corredo motivazionale sia sufficiente a ritenere superata la violazione della doverosità procedimentale, il ripristino dell'equilibrio degli

<sup>131</sup> Recentissimo sul tema lo studio di A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Milano, 2013, cui possono aggiungersi i saggi di G. MANNUCCI, *Uno, nessuno centomila, Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2013 ai quali si rinvia per i copiosi eppur essenziali riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

<sup>132</sup> Così CASSATELLA, *cit.*, che parla della "motivazione discorsiva" come tecnica di accountability e rinvia agli studi di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 42; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza* (Dir. Proc. Civ.), in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990.

<sup>133</sup> Ai sensi dell'art. 1, comma 47, della legge 190 del 2012. Secondo chi scrive la disposizione conferma che la motivazione viene considerata un indefettibile strumento di garanzia, ma nel caso di specie può leggersi un atteggiamento ipergarantista del legislatore, specie se si guarda all'accordo integrativo che confluisce in un provvedimento dotato di sua propria motivazione. Anche con riguardo all'accordo sostitutivo si ritiene la motivazione doppiata dalla giustificazione già presente nella deliberazione preliminare di cui al comma 4 *bis* dell'art. 11, l. 241 del 1990, ma l'ulteriore affermazione del principio di trasparenza nell'ambito della disciplina dello strumento consensuale si colloca in un ben più ampio programma di interventi volto alla prevenzione della corruzione nella p.a. e ad un controllo più pregnante sull'attività dei pubblici poteri.

interessi dovrebbe essere ricercato in sede amministrativa, prima che in sede giurisdizionale<sup>134</sup>.

Che il riesame sia lo strumento per correggere la funzione quando la strada giurisdizionale non sia percorsa o percorribile, è circostanza nota e legislativamente sancita<sup>135</sup>. Il ricorso allo strumentario amministrativo per la correzione della funzione è quasi la clausola di salvaguardia che il legislatore appone ogni qualvolta pensa (o teme) di aver concesso troppo alla libertà dei cittadini (attraverso, ad esempio, la SCIA) o al principio di semplificazione delle regole procedurali<sup>136</sup>. Eppure il potere di riesame non è ritenuto doveroso<sup>137</sup>, anzi si connota per una amplissima discrezionalità e, circostanza ancora più sconcertante, viene sempre o prioritariamente esercitato con la finalità di travolgere il provvedimento, piuttosto che di preservare l'assetto di interessi.

È alla stabilità dell'assetto degli interessi che deve, infatti, guardarsi quando si dà al titolare del potere la capacità di autocorreggersi: il principio di conservazione dei valori giuridici impone che, tra tutti i possibili esiti del potere di riesame, sia privilegiato quello che consente il mantenimento in vita dell'atto, espressione dello *ius corrigendi*. Solo in difetto “di una simile soluzione prioritaria, potranno trovare applicazione quegli altri strumenti di reazione, espressione dello *ius poenitendi*”<sup>138</sup>.

<sup>134</sup> Sul procedimento come sede privilegiata di composizione del conflitto tra azione amministrativa e destinatari del potere può vedersi anche il recente scritto di R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Introduzione ad uno studio sulla composizione del conflitto tra privati e pubblica amministrazione*, Napoli, 2012.

<sup>135</sup> Sul potere di riesame, oltre alla essenziale voce di F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., per tutti, RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Roma, 1972; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. I Annullamento e revoca tra posizioni “favorevoli” e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999. Di recente, A. LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano, 2013; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Giuffrè, Milano, 2013; A. SCOGNAMIGLIO, *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir. amm.*, 2013, 205.

<sup>136</sup> Si pensi al richiamo agli articoli 21 *quinquies* e 21 *nonies* che accompagna tanto le previsioni sulla SCIA – seppur l'innesto sia relativamente recente – quanto quelle sul silenzio assenso. Per tutti, da ultimo, sul tema, F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione. Lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione dei Professori di Diritto Amministrativo, Napoli, 3 e 4 ottobre 2014, anche in *www.giustamm.it*; ID., *Lo “Sblocca Italia” sbloccherà la s.c.i.a.?*, in *www.giustamm.it*

<sup>137</sup> Sul tema si rinvia, anche per i riferimenti bibliografici più recenti sul tema, a M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, spec. 31, e agli autori già citati in precedenza. Per una rassegna delle pronunce giurisprudenziali in tema di annullamento d'ufficio doveroso si vedano, rispettivamente per il Consiglio di Stato e per i Tribunali amministrativi regionali, S. DEFTORI e S. FORASASSI, *Speciale in tema di annullamento d'ufficio doveroso*, in questa *Rivista*, 2012, 151 ss. Interessante, per una lettura in chiave doverosa dell'annullamento d'ufficio, le riflessioni di C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in *Foro amm. CDS*, fasc.11, 2012, 2946 ss.

<sup>138</sup> B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, Padova, 1993, spec. 404, cui si rinvia per la bibliografia essenziale, inve-

La dottrina che in tempi più recenti si è occupata della doverosità della pubblica amministrazione ha anzitutto distinto tra doverosità finale e doverosità strumentale<sup>139</sup>, stigmatizzando, nella sostanza, come il principio debba valere sia nell'emanazione del provvedimento che è preordinato alla soddisfazione del fine pubblico (finale) sia nell'orientare l'attività che precede la decisione finale e che ne costituisce l'indefettibile presupposto. Con riguardo alla doverosità finale, si è inoltre evidenziato come la stessa non possa essere limitata all'ambito della funzione, ma debba piuttosto andare ricercata in tutta l'attività, anche di diritto privato, che possa definirsi funzionalizzata – intendendosi per quest'ultima quella preordinata al fine pubblico. L'incidenza della doverosità strumentale, invece, si percepisce in maniera più evidente nelle espressioni autoritative del potere, dove essa assolve ad una funzione di garanzia della posizione di soggezione del cittadino a fronte della maggiore invadenza dell'azione della p.a. L'esito dello studio è la proposta di sostituire alla funzionalizzazione quale elemento caratterizzante dell'azione amministrativa quello della doverosità, quantomeno nella sua accezione finalistica, e ciò in quanto la doverosità permane anche laddove non v'è funzione in senso proprio.

L'angolo di visuale da cui si vuole, invece, inquadrare il concetto di doverosità nell'azione amministrativa è, piuttosto, quello della sua cogenza.

Alla luce di quanto detto, invero, doverosità finale e doverosità strumentale paiono talora in conflitto e dunque è il concetto stesso di dovere ad essere contraddittoriamente inteso dalle norme sull'azione amministrativa.

Come si è visto, infatti, se per quella che, aderendo alla ricostruzione suesposta, potremmo definire doverosità finale, l'ordinamento sembra orientato a garantirne un'attuazione piena, con riguardo alla doverosità strumentale se ne va determinando troppo spesso il sacrificio, o meglio la messa in ombra.

Pare che da un bilanciamento di interessi posto in essere già a livello normativo quello della doverosità finale debba essere l'obiettivo primario al cui perseguimento puntare anche su un piano strettamente confinato ai rimedi giurisdizionali.

È sicuramente il caso delle disposizioni in tema di illegittimità praticabile, che guardano all'assenza di alternative legittime piuttosto che al rispetto delle regole poste a presidio della funzione, alle aperture dei giudici verso la integrabilità della motivazione in corso di giudizio, e dunque alle omissioni formali consen-

---

ro non vasta, in tema di riesame ad esito conservativo. Di recente si segnala lo studio di J. BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del controinteressato*, Napoli, 2012; A. PRONTERA, *La convalida del provvedimento amministrativo. Spunti ricostruttivi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 209 ss.; G. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, 201 ss.

<sup>139</sup> F. GOGGIAMANI, *cit.*, spec. 273.

tite quand'anche si intacchino capisaldi delle guarentigie giuridiche dei cittadini nei confronti della p.a., quali sicuramente devono considerarsi le norme sulla partecipazione procedimentale, rispetto alle quali ancora si sente parlare di strumentalità delle forme. E questa strumentalità, da strumento di garanzia, diviene legittimazione ad omettere. Tra l'altro, come pure si è accennato, la situazione viene oggi ad essere complicata dalle recentissime disposizioni del decreto Sbloc-ca Italia che, riscrivendo parzialmente l'articolo 21 *nonies*, hanno precluso il ricorso all'annullamento d'ufficio allorchè si verta in una delle ipotesi contemplate dall'articolo 21 *octies*, comma 2. Nel nuovo testo si precisa tuttavia che è fatta salva la responsabilità derivante dall'adozione del provvedimento illegittimo. Per quanto l'affermazione della permanenza della responsabilità appaia condivisibile, si deve constatare come sia sempre su questo terreno che il legislatore scelga di pagare il prezzo per la rinuncia alle garanzie.

In altra sede<sup>140</sup> si è avuto modo di commentare le nuove disposizioni previste in tema di invalidità dell'azione amministrativa e si è avuto modo di rimarcare come esse non debbano essere considerate come un "attacco al sistema" proprio (e solo) perché non hanno una logica essenzialmente finalistica, e cioè non guardano solo all'interesse primario, ma devono essere lette in chiave garantistica per quegli interessi, secondari al pari di quelli dei destinatari diretti del provvedimento, che da quest'ultimo traggono un legittimo vantaggio. Si è proposta, cioè, una lettura delle disposizioni di cui all'articolo 21 *octies*, comma 2, della legge 241 del 1990 che guardi anche alla posizione del controinteressato e non esclusivamente a quella del ricorrente.

In tale caso la doverosità del provvedere in modo da perseguire il fine pubblico si coniuga con la doverosità di soddisfare quell'interesse che legittimamente attende ed ottiene attuazione ad opera del provvedimento (quand'anche esso sia formalmente illegittimo). Laddove, tuttavia, l'unico interesse secondario sia quello del destinatario del provvedimento viziato, anche solo per profili formali, alcuna giustificazione trova la violazione del cd. principio di doverosità strumentale.

In definitiva non si crede plausibile una distinzione all'interno del principio di doverosità se la distinzione si scontra con una prevalenza dell'uno (quello della doverosità finale) sull'altro (doverosità strumentale).

La doverosità si coglie sempre e comunque nell'agire della p.a. come principio che trae origine dall'esistenza di un dovere di adempiere a norme giuridiche poste a tutela di destinatari indeterminati o determinabili. In tale ultima ipotesi, in particolare, seguendo la distinzione enunciata in apertura di Santi Romano, dal dovere si passa all'obbligo. Con ciò non si vuole dire, come pure si è sostenuto, che la coerenza degli obblighi procedimentali sia maggiore, o che vada rafforzata

<sup>140</sup> Sia consentito rinviare, sul tema, alle considerazioni già svolte in *L'invalidità del provvedimento e i riflessi sull'attività consensuale*, Napoli, 2009.

addirittura prevedendo rimedi risarcitori più onerosi per l'amministrazione e per i consociati<sup>141</sup>; ma vuole ribadirsi che sono i modi dell'adempimento ad andare differenziati a seconda della norma che pone il dovere o prescrive l'obbligo e che mai può legittimarsi l'inadempimento in quanto tale. È come dire che le disposizioni relative alla forma o al procedimento possono trovare modi di adempimento diversi, senza che sia necessario arrivare al travolgimento giurisdizionale del provvedimento finale, che adempie al dovere di attribuire il bene, o di modificare il rapporto autorità-libertà in maniera sostanzialmente conforme a diritto.

Il percorso suggerito per giungere a questo tipo di risultato – e cioè conseguire l'attuazione piena del principio di doverosità attraverso un adempimento consapevole (forse anche creativo) delle regole della funzione – può essere considerato plausibile soltanto se si accede ad una concezione dell'amministrazione come soggetto responsabile, capace di trovare in se stessa le risorse per rispondere, prima e più del giudice, all'esigenza di cura concreta degli interessi che la collettività quotidianamente esprime. Questa prospettiva può apparire, allo stato dell'arte, in controtendenza rispetto alle recenti spinte legislative<sup>142</sup> nel senso della tracciabilità e della verificabilità dell'attività del potere pubblico, ma la fiducia nell'amministrazione (e nell'amministratore) espressa con forza da Nigro<sup>143</sup> – che l'ha immaginata (anzi l'ha intesa) capace di contrattare senza per questo essere corrotta, di operare in modo coordinato conservando un atteggiamento imparziale, di ritornare sui suoi passi, di essere trasparente e in talune ipotesi di farsi da parte – è l'unica chiave di lettura possibile per dare un senso ad uno studio sul dovere che non sia utopistica astrazione e per orientare un'interpretazione di molte norme sull'esercizio del potere della cui cogenza concreta è lecito dubitare. La necessità della funzione sorge ogniqualvolta il titolare del potere dispone degli strumenti per risolvere il problema amministrativo e non v'è una norma specifica che ne renda obbligatorio l'esercizio; l'inadempimento si configura, invece, lad-

<sup>141</sup> Si allude alla copiosa dottrina e alla, invero minoritaria, giurisprudenza, a tenore delle quali l'interesse procedimentale, al pari dell'interesse legittimo andrebbe risarcito attraverso lo strumento previsto per la responsabilità contrattuale. Tra gli altri, G. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della p.a. e la sua natura giuridica*, in GAROFOLI, RACCA, DE PALMA, *Responsabilità della p.a. e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003. Cfr., per i riferimenti essenziali, F. GAFFURI, *o. cit.*, V. ANTONELLI, *o. cit.*

<sup>142</sup> Il segnale di questa tendenziale sfiducia nei confronti dell'amministrazione come soggetto capace di agire nel miglior modo possibile a tutela degli interessi della collettività può essere colto in molti dei testi legislativi dell'ultimo ventennio, e in diversi settori prima di esclusiva pertinenza del potere pubblico: si pensi ai diversi fenomeni di fuga nel diritto privato, ma anche ai recenti interventi in tema di prevenzione della corruzione. Sempre ricca di spunti la lettura dello scritto di G. CORSO, *Una nuova amministrazione?*, in questa *Rivista*, 3/2003.

<sup>143</sup> Come rammentato nello scritto di G. PERICU, *Brevi note in tema di efficienza e doverosità dell'azione amministrativa*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Vol. II., Milano, 2002 e in G. PERICU, *Scritti scelti*, Milano, 2009, spec. 923–924.

dove l'amministratore di quel potere non faccia un uso "responsabile"<sup>144</sup>, lasciando al giudice il (doveroso) compito di ristabilire l'equilibrio degli interessi (il che sovente non è più possibile).

## AN ANALYSIS ABOUT THE DUE EXERCISE OF ADMINISTRATIVE FUNCTIONS

by Silvia Tuccillo

This paper analyzes the concept of duty in administrative law and highlights how the accountability of administration is based on the public duties fulfilment. Fundamental is to define differences with the concept of obligation, because administrative powers are considered necessary just when the law affirm they are compulsory, but not either everywhere dispositions express the necessity to exercise power without indicate a sanction. The first doctrine that tried to study the principle of duty has concentrated its attention on the problem of "silence" with the aim of discovering the way to oblige administration to exercise its functions. The duty to give an answer to the citizen is the first sign of the due nature of administrative power. Later studies demonstrate that every time an interest need satisfaction through public power the observance of the administrative proceeding is compulsory. In this contest the guarantee of participation becomes fundamental even if in some cases the Courts are considering participation not always necessary. Finding ontology of the principle of duty is essential to affirm administrative accountability. Statement of reason for administrative acts and conservative remedies are the best ways to guarantee a duty exercise of public function.

---

<sup>144</sup> È l'idea di G. BERTI, *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, Padova 1994, ripresa anche nelle riflessioni di F. PUGLIESE, *o. cit.*, spec. 10, che nel richiamare il dipendente all'assunzione delle responsabilità connesse ai propri compiti, o meglio all'esercizio effettivo della responsabilità, precisa come essa debba essere intesa come doveroso esercizio del dovere di ufficio, del dovere di collaborazione e di solidarietà. "È la responsabilità che diviene pensosa degli obiettivi e dei suoi modi di conseguirli, delle situazioni giuridiche soggettive, delle aspettative o degli interessi dei destinatari. È una responsabilità che non si rifugia nell'omissione o nel ritardo; che dà luogo a procedimenti e risultati rapidi, ma non frettolosi". Sul tema delle nuove responsabilità dei funzionari pubblici, di recente, F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009.



## Contratti pubblici e politiche di liberalizzazione: il contratto di disponibilità

di Fortunato Gambardella

SOMMARIO: 1. La nozione ambigua di liberalizzazione e i recenti interventi normativi in materia di contratti pubblici. Liberalizzazione e apertura del mercato degli appalti. – 2. Il modello del partenariato pubblico–privato nella disciplina dell’evidenza pubblica. Differenza tra partenariato e altri modelli di azione amministrativa fondati sulla collaborazione tra pubblico e privato. – 3. Il contratto di disponibilità e il partenariato pubblico–privato: l’aderenza al modello concessorio. – 4. Le regole dell’evidenza pubblica per la realizzazione di opere di proprietà privata. – 5. L’affidatario del contratto di disponibilità come autorità espropriante. Il conferimento di funzioni espropriative per delega amministrativa. – 6. La pubblica amministrazione come contraente forte. La revisione degli impegni tra risoluzione automatica e potere di revoca. – 7. Considerazioni conclusive.

### 1. *La nozione ambigua di liberalizzazione e i recenti interventi normativi in materia di contratti pubblici. Liberalizzazione e apertura del mercato degli appalti.*

La nozione di liberalizzazione<sup>1</sup>, come è stato opportunamente osservato<sup>2</sup>, è nozione "sfuggente"<sup>3</sup> e polisenso, solo apparentemente descrivibile lungo le due "classiche" direttrici della liberalizzazione economica e della liberalizzazione amministrativa.

---

<sup>1</sup> Il presente contributo costituisce parte del lavoro sviluppato nell’ambito della ricerca “Le liberalizzazioni tra legge e amministrazione” promossa dall’Istituto di Studi Politici San Pio V.

<sup>2</sup> A. BARTOLINI, *La c.d. liberalizzazione delle attività edilizie*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2012, 1–2, 103; M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il Diritto dell’economia*, 2012, 3, 507; F. SATTÀ, *Liberalizzare e semplificare*, in *Diritto amministrativo*, 2012, 1–2, 177; E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni*, Torino, 2008; G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di S. CASSESE), Milano, 2006; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell’amministrazione*, Napoli, 2000; A. TRAVI, *La Liberalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 3, 645.

<sup>3</sup> W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *Il diritto dell’economia*, 2012, 113.

Se, come è noto, nella prima declinazione, liberalizzazione sta a significare superamento di un monopolio pubblico in un determinato mercato, la seconda esprime la tendenza del legislatore alla eliminazione, o quanto meno alla riduzione, delle barriere di accesso al mercato, liberando l'intrapresa economica privata dall'incombenza di regimi amministrativi autorizzatori, solitamente collegati alla spendita di poteri discrezionali.

Direttrici differenti, accomunate dal tentativo di offrire risposte alla tradizionale problematica del rapporto tra autorità e libertà, stante il rilievo secondo cui “il limite alla libertà economica è considerato espressione di autorità e la liberalizzazione è conseguentemente rappresentata come un arretramento dell'autorità”<sup>4</sup>.

Un dato, quello del rapporto tra liberalizzazioni e arretramento dell'autorità, che già di per sé esprime tutte le difficoltà che si incontrano nel momento in cui si intenda parlare di politiche di liberalizzazione con riferimento al settore delle commesse pubbliche, che potremmo definire *ad autoritarietà necessaria* e nel quale l'insistenza di un regime amministrativo di selezione del contraente privato discende da principi nazionali di rilievo costituzionale, come i canoni di imparzialità e buon andamento, nonché da principi di matrice comunitaria, ormai ossatura nel nostro sistema ordinamentale<sup>5</sup>. Basti, per tutti, il richiamo al principio di concorrenza<sup>6</sup>, architrave del diritto europeo che, nel mercato degli appalti pubblici, postula regolazione e selezione da parte delle pubbliche amministrazioni in funzione della creazione di condizioni funzionali alla realizzazione di assetti effettivamente contendibili.

Le difficoltà di immaginare e sperimentare politiche di liberalizzazione nella materia dei contratti pubblici sono dunque di ordine teorico-dogmatico e di diritto positivo. Pur tuttavia, le stesse non hanno impedito al legislatore, negli ultimi anni, di percorrere la strada della liberalizzazione non solo con riguardo a settori a tradi-

<sup>4</sup> M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, cit., 508.

<sup>5</sup> L'influenza del diritto europeo sulla stabilizzazione, a livello nazionale di politiche di liberalizzazione nel mercato degli appalti è evidenziata da M. RAMAJOLI, *op.ult.cit.*, 508: “l'opzione deregolamentativa non è del tutto disponibile per il legislatore perché deve tener conto del dato giuridico e del dettato costituzionale, nonché del diritto europeo”.

<sup>6</sup> Per un approfondimento: F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 1–2, 15; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007. Sul rapporto tra liberalizzazione e concorrenza, L. FIORENTINO e L. SALTARI, *Le politiche di concorrenza: dallo “stallo” al rilancio*, in G. Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, 275ss.; con particolare riferimento alla disciplina dell'evidenza pubblica, C. ACOCELLA, *Considerazioni sul valore della concorrenza (e sulla portata atecnica della liberalizzazione) nel settore degli appalti pubblici*, in F. LIGUORI e C. ACOCELLA (a cura di), *Contratti della pubblica amministrazione e politiche di liberalizzazione*, Napoli, 2014, 89.

zionale spinta liberalizzatrice (dall'edilizia alle attività commerciali), ma investendo la materia degli appalti per ricavarne una più ampia apertura concorrenziale.

È dunque, innanzitutto, il legislatore che costruisce il legame tra politiche di liberalizzazione e attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, attraverso tutta una serie di disposizioni che sembrano in realtà ispirate, più che da un intento di liberalizzazione, da un spinta alla semplificazione sia delle procedure che dei modelli di realizzazione delle opere pubbliche. Se, infatti, come è stato opportunamente osservato, il senso della semplificazione “attiene alla formazione di relazioni più semplici, chiare e certe”<sup>7</sup> con la pubblica amministrazione, non possono non essere lette in questa prospettiva quelle norme del cd. decreto sulle liberalizzazioni (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con l. n. 27 del 2012) intese ad alleggerire e integrare la disciplina del promotore per le infrastrutture strategiche, all’attuazione del dialogo competitivo, alla più celere approvazione delle opere pubbliche attraverso la riduzione degli adempimenti relativi alla redazione dei progetti.

La semplificazione è quindi la traccia seguita in via principale dal legislatore nei recenti interventi normativi in materia di contratti pubblici<sup>8</sup>, ma non l’unica.

<sup>7</sup> A. TRAVI, *La Liberalizzazione*, cit., 652. Nell’ambito della vastissima letteratura giuridica in materia di semplificazione, senza pretesa di completezza: S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l’orologio di Taylor*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, 669; G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 655; L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, 1998, 386; R. FERRARA, *Le complicazioni della semplificazione: verso un’amministrazione senza qualità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1999, 323; A. SANDULLI, *La semplificazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1999, 757; L. VANDELLI – G. GARDINI, *La semplificazione amministrativa*, Rimini, 1999; V. CERULLI IRELLI – F. LUCIANI, *La semplificazione dell’azione amministrativa*, in *Diritto Amministrativo*, 2000, 617; A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, 2002 e dello stesso A., *Il tempo delle riforme amministrative*, Bologna, 2006; S. BATTINI, *Le politiche di semplificazione nell’esperienza italiana*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 450; G. VESPERINI (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa*, Milano, 2006; L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonomie*, 2008, 3–4, 417; M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell’esercizio del potere pubblico*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2012, 1–2, 33. P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione del procedimento*, in M. RENNA – F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 533; M. BOMBARDELLI, *La semplificazione amministrativa. Problemi e prospettive*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, III, Torino, 2012, 1827.

<sup>8</sup> In chiave critica, A. POLICE, *Prime riflessioni su semplificazione ed evidenza pubblica nei contratti della P.A.*, in *Nuove autonomie*, 2008, 3–4, 691, il quale sottolinea il difficile rapporto tra semplificazione e tutela della concorrenza: “la disciplina dei contratti pubblici, com’è noto di derivazione comunitaria, persegue principalmente il fine della concorrenza, un fine cioè che mal si concilia con misure di semplificazione. L’interesse concorrenziale richiede infatti una regolazione specifica e dettagliata, mentre la semplificazione è orientata verso uno snellimento delle procedure ed una riduzione ed alleggerimento delle regole”. In argomento si veda anche M. OCCHIENA, *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, in *Il diritto dell’economia*, 2013, 2, 524–525, secondo il quale la disciplina dell’evidenza pubblica nasce per impedire l’accordo collusivo fra l’amministrazione

Le forti istanze alla trasparenza nell'operato delle amministrazioni e alla realizzazione di assetti competitivi e aperti ai capitali privati nel mercato delle commesse pubbliche sono infatti le altre matrici dell'evoluzione legislativa. E, se l'istanza di trasparenza deriva dall'aspirazione (dell'opinione pubblica prima, del normatore poi) alla realizzazione di un sistema di relazioni che metta il mercato al preventivo riparo da pratiche di corruzione, quella della competitività, dell'apertura dei mercati e dell'attrazione della finanza privata<sup>9</sup> è conseguenza diretta della crisi economica<sup>10</sup> che attraversa questi anni e che cerca risposte proprio in un atteso nuovo fervore del mercato delle infrastrutture<sup>11</sup>. Obiettivo che evidentemente si intende perseguire incrementando l'efficienza nella gestione degli appalti pubblici attraverso strumenti molteplici e di carattere eterogeneo, orientati all'auspicato risultato di una maggiore apertura e flessibilità del settore<sup>12</sup>.

e il terzo, dato che comporta la necessaria riduzione dei margini dell'autonomia contrattuale e, per l'effetto, "l'impossibilità di semplificare".

<sup>9</sup> L'obiettivo di ampliare la platea dei soggetti coinvolti nel finanziamento delle opere pubbliche è, ad esempio, perseguito dal legislatore, nel decreto Liberalizzazioni del 2012, attraverso la norma sui cd. *Project Bonds* (art. 41, d.l. n. 1 del 2012), per la quale, al fine di realizzare una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità, le società di progetto e le società titolari di contratti di partenariato pubblico privato possono emettere obbligazioni e titoli di debito, anche in assenza di garanzia ipotecaria, purché destinate alla sottoscrizione da parte di investitori qualificati o soggetti autorizzati a operare sui mercati finanziari. In argomento si rinvia diffusamente ad A. POLICE, *Infrastrutture, crisi economica e ruolo del project financing e dei project bonds*, in *Munus*, 2013, 2, 221.

<sup>10</sup> Il rapporto tra liberalizzazioni e crisi economica, nonché le contraddizioni insite nelle recenti politiche di liberalizzazione sono evidenziati da W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, cit., 113ss. La relazione tra politiche pubbliche, crisi economica e trasformazioni istituzionali è stata di recente indagata sotto diverse angolazioni, per l'indagine sulle quali si rinvia a: F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, 2, 451; G. CERRINA FERONI – G.F. FERRARI, *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato*, Torino, 2012; G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi*, cit.; G. NAPOLITANO, *L'incerto futuro della nuova governance economica europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 1, 141; F. MERUSI, *La crisi e il diritto amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, 3, 483; E. CHITI, *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 7, 783; M.P. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea. I rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, 1, 1; F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013; A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, 5–6, 951; G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, 1, 39; G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 1, 29.

<sup>11</sup> A. TONETTI, *Gli aiuti alle imprese e il rilancio dell'economia*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi*, cit., 222–223.

<sup>12</sup> F. LIGUORI, *Politiche di liberalizzazione e attività contrattuale della pubblica amministrazione. Un'introduzione*, in F. LIGUORI e C. ACOCELLA (a cura di), *Contratti della pubblica amministrazione e politiche di liberalizzazione*, cit., 19.

Ne viene fuori dunque un quadro composito di manipolazione del diritto degli appalti pubblici in funzione della realizzazione di “un disegno di regolazione proconcorrenziale”<sup>13</sup> del settore rispetto al quale può semmai parlarsi di liberalizzazione in senso atecnico, aggiungendo nuove coordinate nell’ambito di un processo di dinamica definizione di una nozione giuridica che abbiamo constatato essere capace di aggregare molteplici, e tra loro differenti, strumenti di attuazione. A tal riguardo, del resto, non è mancato chi ha sottolineato l’essenza della liberalizzazione come “nozione dinamica, nozione cioè che descrive una trasformazione normativa” e, allo stesso tempo, “nozione relativa, dato che la riduzione dei limiti, l’attenuazione dei divieti, la dequotazione di vincoli, la concentrazione o la diminuzione della così detta intermediazione burocratica, sono vicende che non comportano necessariamente la piena libertà o la totale de-regolazione delle attività liberalizzate”<sup>14</sup>.

La tendenza alla liberalizzazione passa dunque per una proliferazione delle fonti normative<sup>15</sup>, non scevra dal rischio di esiti patologici<sup>16</sup>, nell’ambito di un processo che tocca una molteplicità di ambiti e che restituisce, nel suo insieme, la traccia di una rinnovata attenzione per il privato e per le modalità del suo coinvolgimento negli spazi della funzione amministrativa, del servizio pubblico e della realizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico.

Del resto, come è noto, il coinvolgimento del privato, e delle sue risorse, nell’azione della pubblica amministrazione è linea di tendenza risalente e che ha trovato le più consapevoli espressioni a partire dagli anni Novanta, con il riconoscimento delle prerogative partecipative nell’ambito del procedimento amministrativo, con la spinta verso processi di privatizzazione formali e sostanziali<sup>17</sup>. Le politiche di liberalizzazione di oggi, intese nella riferita dimensione atecnica del fenomeno, possono dunque significare anche apertura del mercato nel senso di un maggiore coinvolgimento del privato sul piano del miglioramento quantitativo e qualitativo del suo apporto. Più in generale, nel senso di un arretramento della disciplina e dell’intervento pubblici al fine di riconoscere ai privati nuovi e più qualificati spazi di manovra. In quest’ottica, gli innesti normativi che interessano il mercato delle commesse pubbliche possono restituire la misura di un coinvolgimento del privato che vada oltre il tradizionale modello di affidamento della realizzazione di opere, ma che lo veda protagonista nelle fasi di selezione

<sup>13</sup> F. LIGUORI, *op. ult. cit.*, 19.

<sup>14</sup> F.G. COCA, *Relazione introduttiva*, in E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni*, cit., 3.

<sup>15</sup> M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 47.

<sup>16</sup> Evidenziati da W. GIULIETTI, *Crisi economica*, cit., 119.

<sup>17</sup> Per un approfondimento sul punto e per gli opportuni riferimenti bibliografici, si rinvia diffusamente a P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell’amministrazione*, Padova, 2005, 87ss.

delle offerte e definizione tecnica delle stesse, attraverso strumenti più evoluti di selezione del contraente come il dialogo competitivo, nonché di realizzazione di opere che di pubblico hanno l'interesse che le ispira, ma che di privato hanno tutto il resto: dalla proprietà delle aree ai mezzi per realizzarle.

In questa dimensione va pertanto inquadrato l'istituto del contratto di disponibilità, introdotto nel nostro sistema con il decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012 (art. 44) recante "disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività" (cd. decreto liberalizzazioni) che, come evidenziato, ha contemplato diverse misure che, nella prospettiva di favorire lo sviluppo infrastrutturale, mirano a incidere fortemente sui processi di liberalizzazione nel settore delle commesse pubbliche e a stabilizzare e potenziare forme di collaborazione, diverse dall'appalto, tra pubblico e privato.

Torneremo più avanti sul funzionamento e sulla disciplina dell'istituto, resta tuttavia in questa fase da evidenziare l'intima aderenza dello strumento al descritto processo attivato dalle recenti politiche di liberalizzazione, intese nel riferito senso atecnico, tale da evidenziare una spinta del legislatore verso la creazione di modelli che, nel disegnare un percorso di apertura dei mercati, siano capaci di offrire un miglioramento qualitativo del ruolo e dell'iniziativa del privato nell'ambito di settori, quali ad esempio quello della realizzazione di opere pubbliche, nei quali il massimo della "privatizzazione" possibile era apparso raggiungibile con il coinvolgimento di capitali privati attraverso il modello del *project financing* e che invece adesso, con la locazione finanziaria di opere pubbliche e con il contratto di disponibilità, vede la concreta possibilità di realizzazione di opere che, pur destinate alla disponibilità della pubblica funzione, restino comunque di proprietà privata.

## 2. *Il modello del partenariato pubblico-privato nella disciplina dell'evidenza pubblica. Differenza tra partenariato e altri modelli di azione amministrativa fondati sulla collaborazione tra pubblico e privato.*

L'istituto del contratto di disponibilità si iscrive peraltro nell'ambito di un generale processo di mutazione che, oramai da molti anni, sta interessando l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, nell'ambito della quale, come chiarito, sempre più frequente appare la sperimentazione di strumenti di realizzazione delle opere pubbliche alternativi rispetto al tradizionale schema dell'appalto.

Una linea evolutiva che segna il superamento del principio di tipicità degli strumenti di realizzazione delle opere pubbliche<sup>18</sup> sancito dall'art. 53, comma 1,

<sup>18</sup> R. GIOVAGNOLI, *Sistemi di realizzazione delle opere pubbliche e strumenti di finanziamento: dall'appalto pubblico al partenariato pubblico privato*, in *www.giustamm.it*, 2011, il quale rileva che "tali innovazioni, pure in considerazione del favore che l'ordinamento comunitario riser-

del codice dei contratti pubblici. Tale previsione, infatti, nel disporre che “fatti salvi i contratti di sponsorizzazione e i lavori eseguiti in economia, i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione come definiti all’art. 3”, è stata di fatto superata per via dei successivi interventi del legislatore, che dapprima ha scardinato il principio introducendo (con l’art. 2 del d.lgs. n. 113/2007) l’art. 160 *bis* del codice dei contratti pubblici in materia di locazione finanziaria di opere pubbliche e, successivamente (art. 2, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 152/2008), ha inserito nel corpo dello stesso art. 3 il richiamo ai “contratti di partenariato pubblico privato”, ovvero i contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti<sup>19</sup>.

Cambiano dunque le regole e i principi dell’evidenza pubblica e, come già rilevato, cambiano per fattori esogeni. Ancora una volta è la crisi economica che condiziona il legislatore, europeo e nazionale, nella codificazione di modelli *low cost* per le amministrazioni<sup>20</sup>.

E cambiano nel senso della cooperazione, come detto, su piani diversi. La collaborazione nella fase di scelta del contraente nelle procedure di appalto tramite il ricorso agli istituti del dialogo competitivo e dell’accordo quadro. La collaborazione nell’ambito della sperimentazione di modelli realizzativi di opere pubbliche che non incidano, o incidano in misura minima, sulle finanze statali. Un percorso che il legislatore nostrano compie condizionato dalla necessità di dare risposte alla crisi economica e sull’onda lunga del diritto europeo (come confermano le recenti direttive europee in materia di appalti e concessioni: nn. 23/24/25 del 2014<sup>21</sup>) che forgia nuovi modelli e li impone al diritto nazionale,

---

va alla realizzazione delle opere pubbliche mediante forme di partenariato pubblico privato, sembrano, infatti, segnare il passaggio da un sistema connotato dal principio di tipicità ed esclusività degli strumenti di realizzazione delle opere pubbliche, ad uno ispirato, invece, ad un tendenziale principio di atipicità, nel quale l’appalto perde il suo tradizionale ruolo di centralità e le amministrazioni sono chiamate a confrontarsi con un ventaglio molto più ampio di strumenti di realizzazione e di finanziamento”. Sulla tassatività dei sistemi di realizzazione di lavori pubblici, si veda anche A. TULLIO, *La concessione di costruzione e gestione quale sistema di realizzazione dei lavori pubblici in regime di project finance*, in *Il diritto dell’economia*, 2004, 2, 297.

<sup>19</sup> La disposizione, peraltro, si preoccupa di chiarire, che “rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l’affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste”.

<sup>20</sup> G. NAPOLITANO, *Crescita economica e strabismo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 3, 221.

<sup>21</sup> Il 42° considerando della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 sottolinea al riguardo essere “indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità

attraverso meccanismi di sostituzione di un tipo di disciplina ad un altro. Così, come è stato opportunamente osservato, se la disciplina “che aveva origine dallo Stato era dominata dall’esigenza del controllo statale delle variabili economiche, quella che ha origine dall’Unione europea è dominata da un’esigenza di segno opposto, considerato che l’Unione europea ha lo scopo, innanzitutto, di costituire un mercato unico e, intorno ad esso, un’unica economia”<sup>22</sup>.

Le variabili si combinano: da un lato la crisi economica, dall’altro l’influenza del diritto europeo. Due spinte per un unico risultato: l’evoluzione della disciplina dell’evidenza pubblica<sup>23</sup> che, nata per dare sostanza ai canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento, viene ristrutturata per dare risposte a problemi cronologicamente successivi<sup>24</sup>.

Sullo sfondo poi la diffidenza nei confronti dell’amministrazione<sup>25</sup>, delle sue disfunzioni, che vede, negli strumenti del partenariato pubblico privato<sup>26</sup> una so-

---

nella scelta di una procedura d’appalto che prevede la negoziazione. È probabile che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri, in quanto la valutazione ha dimostrato che gli appalti aggiudicati con procedura negoziata con previa pubblicazione hanno una percentuale di successo particolarmente elevata di offerte transfrontaliere. È opportuno che gli Stati membri abbiano la facoltà di ricorrere ad una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo in varie situazioni qualora non risulti che procedure aperte o ristrette senza negoziazione possano portare a risultati di aggiudicazioni di appalti soddisfacenti. È opportuno ricordare che il ricorso al dialogo competitivo ha registrato un incremento significativo in termini di valore contrattuale negli anni passati. Si è rivelato utile nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici non sono in grado di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche. Tale situazione può presentarsi in particolare per i progetti innovativi, per l’esecuzione di importanti progetti di infrastruttura di trasporti integrati, di grandi reti informatiche o di progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato. Se del caso, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a nominare un responsabile di progetto per assicurare una buona cooperazione tra gli operatori economici e l’amministrazione aggiudicatrice durante la procedura di aggiudicazione”.

<sup>22</sup> S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici e autonomia privata*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, 390.

<sup>23</sup> Per un approfondimento, G.D. COMPORI, *Problemi e tendenze dell’assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Il diritto dell’economia*, 3, 2012, 575ss.

<sup>24</sup> M. OCCHIENA, *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, cit., 528, il quale sottolinea come la disciplina dell’evidenza pubblica assolva oggi una funzione fondamentale in termini di contenimento della spesa pubblica.

<sup>25</sup> E. FOLLIERI, *Il diritto amministrativo alla prova delle riforme “Monti”*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), il quale sottolinea come i recenti interventi normativi in funzione di liberalizzazione delle attività economiche e di semplificazione amministrativa seguano “l’idea che l’amministrazione e le sue regole siano una sorta di palla al piede dello sviluppo”. Sul argomento si rinvia diffusamente a F. FRACCHIA, *L’amministrazione come ostacolo*, in *Il diritto dell’economia*, 2013, 2, 357.

<sup>26</sup> Nell’ambito della vasta letteratura che si è sviluppata di recente sull’argomento, segnaliamo S. AMOROSINO, *Profili sistematici del partenariato pubblico-privato per le infrastrutture e le trasformazioni urbanistiche*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2001, 2, 381; G.F. CARTEI, *Le varie forme di*

luzione fin troppo facile<sup>27</sup>. Una soluzione che, nelle declinazioni che in concreto riceve negli istituti giuridici, fa troppo spesso i conti con una strutturale “carenza di visione sistemica dell’oggetto degli interventi”<sup>28</sup>, che finisce per male implementare modelli che, lungi dal considerarsi valvole per una apertura incondizionata al mercato e al privato, postulerebbero un attento vaglio preliminare come occasione “per l’eventuale confronto tra le ragioni del pubblico e le ragioni dei privati”<sup>29</sup>.

Allo stesso tempo, l’affermarsi delle pratiche partenariali consolida uno dei molteplici approdi di quel principio di collaborazione tra pubblico e privato che si propone ormai da tempo come regola generale dell’azione amministrativa<sup>30</sup>.

---

*partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 8, 888; G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino, 2011; M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 1201; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, Torino, 2011; A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012.

<sup>27</sup> M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, cit., 3, il quale sottolinea come il partenariato venga comunemente inteso come “uno degli antidoti per superare i fallimenti del mercato”.

<sup>28</sup> S. AMOROSINO, *Modernizzazione del paese e principi europei per la riforma delle pubbliche amministrazioni italiane*, Relazione al VII congresso Giuridico Forense, Roma, 15–17 marzo 2012.

<sup>29</sup> A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., 1213–1214, laddove l’A. osserva che “ogni intervento dell’autorità pubblica sul mercato dei contratti pubblici ... comporta una nuova allocazione di risorse, configurando un riallineamento della dialettica intercorrente tra la (relativa) autonomia delle decisioni politiche e il (relativo) determinismo dei meccanismi del mercato. In particolare, la pregiudiziale preconcorsuale ed antidiscriminatrice insita nel diritto europeo degli appalti pubblici potrà essere scalfita dall’utilizzo delle forme pure di partenariato (che inevitabilmente un qualche affievolimento di quella pregiudiziale producono) solo se alla base della scelta pubblica vi sarà una delibera (di contrarre) adeguatamente argomentata con riguardo ai vari profili, che sappia dare ragione della proporzionalità della scelta stessa rispetto alle esigenze della collettività e nello stesso tempo possa anche essere valutata dall’operatore economico al fine del vaglio dell’eventuale lesione dei propri interessi”.

<sup>30</sup> Per una enunciazione dei tanti ambiti dell’agire amministrativo nei quali è rintracciabile “una qualche componente o valenza collaborativa”, G. SCIULLO, *Le dinamiche collaborative tra pubblico e privato ed i principi generali di riferimento*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 24–25. In argomento, nello stesso volume si veda anche il contributo di G. PIPERATA, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell’ordinamento comunitario e nazionale*, 7, che per descrivere i modelli di collaborazione tra pubblico e privato, immagina “una scala articolata su tre livelli che cambiano a seconda dell’intensità della collaborazione che si instaura tra il pubblico ed il privato e a seconda del contesto che caratterizza il rapporto e che può essere di separazione, scambio o cooperazione”. Il dato per cui la nascita dei nuovi strumenti di partenariato sia intimamente connessa al progressivo maggior coinvolgimento del privato nell’ambito delle attività amministrative è evidenziato anche da R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., 55. Dello stesso autore, in argomento, si veda anche *I contratti alternativi all’appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, in

È stato infatti rilevato come la collaborazione tra pubblico e privato si proponga come “obiettivo di natura in primo luogo politica”, tale da rappresentare “fattore ideale di convergenza sostanziale per l’elaborazione, prima, e per l’interpretazione, poi, di numerose riforme, di significative politiche pubbliche e di non meno rilevanti ricostruzioni giurisprudenziali”<sup>31</sup>.

L’impulso forte, in questa direzione, arriva ancora una volta dal diritto europeo<sup>32</sup>, perché è in quell’ambito che il partenariato è assunto al rango di “vero e proprio principio che condiziona l’assetto organizzativo e le azioni delle istituzioni europee e delle Pubbliche Amministrazioni che con esse si relazionano”<sup>33</sup>. Un principio che fonda su di un pluralità di ragioni giustificatrici, che possono essere sinteticamente schematizzabili<sup>34</sup> e che vanno dalla riduzione della sfera pubblica<sup>35</sup> alla ricerca di utilità, in termini di risorse economiche e conoscenze, rintracciabili solo nel settore privato, passando per la necessaria vigilanza sugli assetti concorrenziali, che postula una regolazione delle attività di partenariato, onde scongiurare il rischio di condotte distorsive del canone della competitività.

La varietà delle ispirazioni alla base dell’opzione per i modelli di partenariato diventa poi varietà e differenze delle soluzioni che vengono in concreto sperimentate.

---

*www.giustamm.it*, laddove si sottolinea che “fattore di impulso alla costruzione di una categoria autonoma del partenariato pubblico privato è dato dal percorso di modernizzazione organizzativa e gestionale intrapreso negli ultimi anni dalle pubbliche amministrazioni. Questa evoluzione, tra l’altro, ha portato al lento ma progressivo inserimento, in ambito pubblicistico, di principi e criteri economico aziendali, opportunamente adattati (il c.d. *new public management*) nonché all’affermarsi della concezione della amministrazione di risultato. Per quanto concerne l’attività delle pubbliche amministrazioni, il merito di questa nuova concezione è stato di porre in evidenza che il coinvolgimento del privato nella produzione e gestione del servizio pubblico è indispensabile per rendere efficiente ed efficace l’erogazione dello stesso e per realizzare consistenti risparmi economici”. Sul tema, si veda anche F. LIGUORI, *Notazioni sulla presunta fine del dualismo tra pubblico e privato*, in *www.giustamm.it*, 2014, 3, il quale sottolinea come “in un contesto ideologico tipico di una stagione di innovazioni in senso partecipativo, consensuale, collaborativo” si riconoscano la privato nuove “capacità di azione” per la soddisfazione di interessi collettivi.

<sup>31</sup> Gli ultimi due virgolettati recuperano considerazioni di F. CORTESE, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato*, cit., 35–36.

<sup>32</sup> M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, cit., 2, secondo il quale “in Europa il Partenariato esercita una forte attrazione, politica prima che giuridica. Evoca infatti principi generali della costituzione economica quali l’economia sociale di mercato”.

<sup>33</sup> G. PIPERATA, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato*, cit., 9.

<sup>34</sup> *Ibidem*, 11–12.

<sup>35</sup> M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000; S. CASSESE, *La fine della sovranità economica dello Stato*, in ID., *La crisi dello Stato*, Roma–Bari, 2002; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, spec. 9ss.

Un quadro multiforme di possibilità applicative che, come evidenzia l'art. 3 comma 15 *ter* del ccp, spazia da forme contrattuali connesse alle diverse attività del ciclo di realizzazione delle opere pubbliche e di pubblica utilità (progettazione, costruzione, gestione, manutenzione) fino alla fornitura di servizi anche per il tramite di società miste.

Un ventaglio di opportunità e strumenti che consente di sostenere che il PPP “non è un istituto giuridico, ma una *policy* che il legislatore italiano, sulla scorta di indirizzi europei e, prima, di una tendenza generale dei paesi avanzati, ha fatto propria ed istituzionalizzato in varie figure”<sup>36</sup>. Una *policy* che si traduce in strumenti molteplici e differenti, che pur tuttavia condividono un minimo comune denominatore nella “convergente funzione, di attrarre, ed utilizzare, risorse finanziarie ed organizzative private nel compimento di attività complesse, pubbliche o di interesse pubblico, in stretta collaborazione con le amministrazioni”<sup>37</sup>.

Del partenariato non può allora non offrirsi una nozione di tipo puramente descrittivo<sup>38</sup>, nell'ambito di un percorso ricostruttivo che mira a mettere insieme istituti che nascono separatamente e che finiscono per condividere una matrice e principi regolatori comuni.

Nell'ambito di questo percorso di progressiva emersione dei caratteri essenziali del partenariato pubblico-privato una tappa fondamentale è rappresentata dai punti fermi offerti dal Libro Verde del 30 aprile 2004 della Commissione europea (COM(2004)327)<sup>39</sup>, relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, nel quale non troviamo un definizione giuridica di cosa sia il partenariato, ma dal quale emerge un quadro definitorio complessivo conseguente alla ricognizione dei caratteri fondamentali dei differenti modelli partenariali.

Ne viene fuori un'insieme di requisiti, il cui positivo riscontro permette di inquadrare una determinata attività nelle forme del partenariato pubblico-privato. Queste “invarianti”<sup>40</sup> possono essere così sinteticamente riducibili: a) la durata

<sup>36</sup> S. AMOROSINO, *Profili sistematici del partenariato pubblico-privato*, cit., 383. L'A. peraltro, in via di premessa, inquadra il partenariato pubblico-privato nell'ambito della tendenza alla privatizzazione del diritto amministrativo (381).

<sup>37</sup> *Ibidem*, 383. In argomento, G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato*, cit., 888, evidenzia che “il fenomeno dei PPP deve riferirsi all'esperienza proprio dello Stato regolatore che, dismessi i panni interventisti, si appropria delle funzioni tipiche dell'organizzatore e del controllore”.

<sup>38</sup> M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, cit., 4.

<sup>39</sup> Per una lettura critica delle disposizioni contenute nel Libro Verde si rinvia a A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., 1201ss.

<sup>40</sup> S. AMOROSINO, *Profili sistematici del partenariato pubblico-privato*, cit., 385.

relativamente lunga della collaborazione, che comporta una cooperazione stabile tra pubblico e privato; b) la modalità di finanziamento del progetto, a carico del *partner* privato; c) il ruolo “forte” dell’operatore economico privato, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, esecuzione), laddove l’amministrazione pubblica concentra i suoi sforzi principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini di interesse pubblico<sup>41</sup>, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, garantendone anche il relativo controllo; d) la ripartizione dei rischi tra *partner* pubblico e privato, con trasferimento a quest’ultimo di rischi operativi solitamente a carico del settore pubblico.

Tipologie di intervento differenti che, nel loro insieme, disegnano dunque “un modello d’organizzazione e d’azione amministrativa” basato sul “fare insieme di soggetti pubblici e privati, pur se con funzioni, interessi e ruoli differenti e variabili secondo il tipo di collaborazione”<sup>42</sup>.

Un modello che, come già chiarito, si articola in una serie di strumenti che il citato Libro Verde cataloga nelle due differenti declinazioni dei partenariati istituzionali e contrattuali, a seconda che l’esito della collaborazione consista nella creazione di un soggetto istituzionale cui venga demandato un compito (l’esempio classico è quello delle società miste nella gestione dei servizi pubblici locali<sup>43</sup>), oppure dia luogo a relazioni negoziali funzionali alla realizzazione di interventi di pubblica utilità (qui il panorama è vario e spazia dalla concessione di lavori pubblici alla finanza di progetto<sup>44</sup>, fino ai più recenti approdi quali, per l’appunto, il contratto di disponibilità). Un’insieme di modelli applicativi che dunque trae linfa dal diritto europeo<sup>45</sup> e che, per l’effetto, è soggetto al rispetto dei principi

<sup>41</sup> M. RICCHI, *La regolazione di un’operazione di partenariato pubblico-privato*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 2007, 2, 149.

<sup>42</sup> Gli ultimi due virgolettati riportano espressioni di M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell’istituto e sua evoluzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato*, cit., 55–57, cui si rinvia anche per la descrizione storica dell’origine e dell’evoluzione del partenariato nell’esperienza pre-unitaria.

<sup>43</sup> M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell’evoluzione normativa*, in *www.federalismi.it*, 2012, 3.

<sup>44</sup> Per un inquadramento dell’istituto, ex multis, si rinvia a G.F. FERRARI – F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche: problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2004; E. PICOZZA, *La finanza di progetto (project financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, Torino, 2005; G.F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariati pubblico-privati: profili critici*, in ID. (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008, 219.

<sup>45</sup> Strumenti che trovano impulso per effetto del diritto dell’Unione europea che punta sui modelli partenariati nell’ambito di un processo di emersione di una serie di istituti giuridici che, nei diversi paesi dell’Unione, conoscono morfologie e prassi applicative differenti. Basti pensare all’istituto della locazione finanziaria per la realizzazione di opere pubbliche che, nel nostro ordinamento trova riconoscimento e disciplina nell’art. 160 *bis* del ccp e che, in altri paesi dell’Unione, conosce declinazioni

fondamentali che in quell'ordinamento di sono sviluppati<sup>46</sup>, a partire dalle regole di trasparenza, concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione<sup>47</sup>.

Quando si parla di procedure trasparenti e concorrenziali non bisogna però immaginare necessariamente procedure che si sviluppino nella dimensione della cd. doppia gara. A tal riguardo, è stato evidenziato infatti come, accanto ai principi che il partenariato condivide con la tradizionale attività contrattuale della pubblica amministrazione, sia altresì enucleabile un principio che caratterizza in modo peculiare i modelli partenariali e che possiamo sintetizzare nella formula della “non necessità della doppia gara”<sup>48</sup>. La regola si è venuta sviluppando,

---

in parte differenti. Se, infatti, il *leasing* finanziario funziona secondo uno schema per cui un soggetto–conduttore “si procura la disponibilità di un bene da lui stesso scelto, ma che viene acquistato o fatto costruire per suo conto da una società che poi lo concede in leasing per un determinato periodo di tempo” (G. FIDONE, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico*, in *Foro amministrativo – T.A.R.*, 2012, 1040), questo impianto trova connotazioni applicative diverse nei vari ordinamenti europei. In Gran Bretagna, ad esempio, lo strumento utilizzato è il LIFT (*Local Improvement Finance Trust*) che comporta la costituzione di una società mista pubblico–privata, nella quale il *partner* privato è selezionato con procedura di gara pubblica. Tale società è detta Liftco e con essa l'amministrazione conclude un contratto per la realizzazione di un'opera. A carico della società resta la proprietà dell'opera, nonché la sua manutenzione e la prestazione dei servizi correlati. In Francia, invece, il modello di riferimento è il BEA (*Baux Emphytéotiques administratifs*), ovvero un particolare tipo di contratto di locazione d'immobile per cui il locatario gode di un diritto di occupazione su di un terreno pubblico e dei diritti reali sull'immobile che verrà realizzato su quel terreno per tutto il tempo di durata del rapporto contrattuale. Il locatario è, in buona sostanza, un proprietario temporaneo dell'opera, la cui gestione è affidata all'ente territoriale pubblico, il quale effettua pagamenti periodici a ristoro dell'investimento del privato. In Spagna poi il modello partenariale trova declinazione nell'ambito di un contratto flessibile, cui si può fare ricorso peraltro solo in via residuale, quindi soltanto quando, in relazione all'interesse pubblico da soddisfare, non siano disponibili altre tipologie contrattuali pubbliche previste dalla legge. Il riferimento è al *Contrato del colaboración entre el sector público y el sector privado*, per effetto del quale l'amministrazione affida ad un privato una missione globale e integrata che comprende il finanziamento di un investimento pubblico cui viene associata un'attività che, a seconda della definizione contrattuale, può consistere alternativamente nella costruzione di un'opera, nella gestione della stessa, nella produzione di beni o servizi. Sul piano della realizzazione dell'opera, questa può essere affidata dunque in toto al privato oppure soltanto parzialmente, mentre sulla parte pubblica grava l'onere della corresponsione del prezzo (per l'opera o il servizio), rateizzato per tutta la durata del contratto (ancora G. FIDONE, *op. ult. cit.*, 1048, il quale definisce tale contratto come “un modo, aperto e flessibile per procedere alla realizzazione di un bisogno della pubblica amministrazione, qualora la complessità dell'oggetto sia tale da non consentire all'amministrazione stessa di identificare autonomamente e previamente lo strumento necessario per la realizzazione”).

<sup>46</sup> In argomento si rinvia ampiamente a M.P. CHITI, *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici diretto* da M.A. SANDULLI, ROSANNA DE NICTOLIS, ROBERTO GAROFOLI, vol. I, Milano, 2008, 159ss.

<sup>47</sup> Per un approfondimento sul tema, G. SCIULLO, *Le dinamiche collaborative tra pubblico e privato*, cit., 29–32, G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico–privato*, cit., 888.

<sup>48</sup> G. SCIULLO, *Le dinamiche collaborative tra pubblico e privato*, cit., 32. Sul punto si veda anche, G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico–privato*, cit., 890.

come noto, nell'ambito della giurisprudenza europea che ha ragionato sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali, raggiungendo un approdo fondamentale nella sentenza "Acoset" della Corte di Giustizia del 15 ottobre 2009<sup>49</sup>. In quella decisione, il giudice comunitario ha chiarito che quando il socio privato di una s.p.a. mista è selezionato mediante procedura concorrenziale a evidenza pubblica, attraverso una "verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire", il diritto europeo non è di ostacolo ad affidamenti diretti, purché a beneficio di una compagine societaria "costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo"<sup>50</sup>.

Dalla panoramica dei tratti fondamentali dei modelli di partenariato, discende poi la possibilità di individuare le linee differenziali tra gli schemi appena ricostruiti e altri strumenti dell'esperienza amministrativa nei quali pure è possibile individuare una relazione tra pubblico e privato, nel senso che attività di cura del pubblico interesse vengano svolte facendo leva sul coinvolgimento diretto di soggetti privati.

Il primo riferimento è alla categoria delle esternalizzazioni<sup>51</sup> e, sul nostro terreno d'indagine, torna d'attualità il richiamo al partenariato come modello d'azione fondato sul "fare insieme", nell'ambito di un processo per cui parte pubblica e parte privata lavorano in comune per la realizzazione di un risultato. Un dato non rintracciabile, a ben vedere, nei fenomeni di esternalizzazione in senso tecnico, che si caratterizzano in realtà per l'attribuzione a soggetti privati di un compito

<sup>49</sup> CGCE, sez. III, 15 ottobre 2009 (causa C-196/08), in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, 5, 1194, con nota di R. CARANTA, *La Corte di Giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblico-privati*. In argomento anche F. LUCIANI, "Pubblico" e "Privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2012, 4, 719.

<sup>50</sup> I virgolettati fanno riferimento al punto 63 della decisione e alle conclusioni.

<sup>51</sup> F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, 100; A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione amministrativa fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, 179; F. TRIMARCHI, *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell' "outsourcing" nella pubblica amministrazione (prime riflessioni)*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 1; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005 (dello stesso autore anche *Brevi considerazioni in tema di esternalizzazione di attività strumentali e di funzioni amministrative*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2004, 1, 276); G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Diritto amministrativo*, 2005, 4, 963; C. MIGNONE, G. PERICU, F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le esternalizzazioni*, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo spagnoli (Genova 25-27 maggio 2006), Bologna, 2007. Sulla tendenziale emersione di soggettività private a rilevanza pubblica, si rinvia a M.R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti*, Napoli, 1996, spec. 55ss..

tradizionalmente proprio dell'amministrazione pubblica: l'amministrazione attribuisce il compito, il privato svolge il compito. I ruoli sono ben distinti anche in questo caso, ma non c'è un lavoro comune per il raggiungimento del risultato. Nei processi di *outsourcing* la delega è totale e passa per il riconoscimento al privato di "ampi margini di autonomia"<sup>52</sup>. Sinteticamente si può sostenere che "l'esternalizzazione, anche quando coinvolge frazioni o settori di funzione amministrativa, sembra esigere che lo scopo organizzativo ultimo del programma di collaborazione avviato dal pubblico sia la piena ed autonoma responsabilizzazione, organizzativa e gestionale, del privato, con finale attribuzione allo stesso, e sia pure solo in parte, dei compiti originariamente svolti dall'autorità"<sup>53</sup>.

Diversamente, il partenariato "esige sempre il mantenimento di una relazione di coalizione tra pubblico e privato"<sup>54</sup>, seppure nell'ambito di una precisa delimitazione di compiti, responsabilità e rischio tra le parti della relazione contrattuale<sup>55</sup>.

Il partenariato pubblico-privato appare poi distinguersi anche rispetto ai modelli di organizzazione e azione amministrativa fondati sulla sussidiarietà orizzontale. Per quanto infatti il partenariato pubblico-privato possa essere inteso come il risvolto giuridico del principio di sussidiarietà sociale ed amministrativa di cui all'art. 118 della Costituzione<sup>56</sup>, sul piano tecnico-operativo, la sussidiarietà non descrive un fenomeno di cooperazione, come quello proprio del partenariato, ma trova solitamente espressione in meccanismi di sostituzione dell'intervento privato rispetto all'intervento pubblico<sup>57</sup>.

La nozione di partenariato alla quale si intende aderire fa dunque perno sul momento collaborativo tra pubblico e privato come tratto distintivo di tutti gli strumenti partenariali, un tratto che ovviamente appare scaturigine e applicazione di quel principio di collaborazione (e, a monte, partecipazione), che caratterizza, a dosi sempre più massicce, le dinamiche di sviluppo dell'azione amministrativa. Sotto questo profilo, lungi dallo stabilire un'equazione tra le categorie della partecipazione e del partenariato, appare più corretto individuare tra i due concetti una relazione di genere (la

<sup>52</sup> S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>53</sup> F. CORTESE, *Tipologie e regime*, cit., 36.

<sup>54</sup> *Ibidem*, 36.

<sup>55</sup> G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato*, cit., 893.

<sup>56</sup> M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, cit., 6.

<sup>57</sup> F. CORTESE, *op. ult. cit.*, 37, il quale comunque sottolinea come, in tema di sussidiarietà, non manchino autorevoli linee di pensiero "per le quali la sussidiarietà non comporterebbe mai la sostituzione, tra pubblico e privato, di rapporti di reciproca esclusione, bensì potrebbe concepirsi, nel quadro costituzionale italiano, solo come formula di collaborazione e di condivisione delle strategie volte alla tutela o alla promozione di beni definibili come comuni". Il rinvio è alle riflessioni di G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006.

partecipazione) a specie (il partenariato), avendo ben chiaro il confine tra le categorie che passa per il dato per cui mentre la partecipazione “è principio prevalentemente, anche se non esclusivamente, metodologico ... il secondo è sintesi o risultato di un assetto organizzativo o gestionale”<sup>58</sup>. Se la partecipazione è metodo, questo metodo può allora trovare una delle sue applicazioni negli strumenti del partenariato<sup>59</sup>.

### 3. *Il contratto di disponibilità e il partenariato pubblico-privato: l'aderenza al modello concessorio.*

Nell'ambito di questa traccia, si inserisce, per quanto attiene al nostro diritto dei contratti pubblici, il nuovo istituto del “contratto di disponibilità”<sup>60</sup>, da intendersi quale strumento negoziale mediante il quale, a fronte di un corrispettivo, sono affidate a un privato la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata ma destinata all'esercizio di un pubblico servizio.

Nel lessico del legislatore la “messa a disposizione” dell'opera comporta una serie di oneri a carico dell'affidatario, il quale assume il rischio economico della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per tutto il periodo di vigenza del contratto, al fine di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal congegno negoziale e garantendo, allo scopo, la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti.

L'affidatario, come detto, è a sua volta retribuito attraverso un canone di disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza della effettiva disponibilità dell'opera,

<sup>58</sup> F. CORTESE, *op.ult.cit.*, 38.

<sup>59</sup> È stato inoltre rilevato che “tale tipo di operazioni e la posizione che l'amministrazione assume nelle stesse, peraltro, devono essere inquadrati nel più generale fenomeno dell'evoluzione del ruolo dello Stato nella sfera economica, che passa da un ruolo di operatore diretto ad un ruolo d'organizzazione, di regolatore e di controllore”. Cfr. G. FIDONE, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità*, cit., 1058.

<sup>60</sup> Tra i primi commenti sull'argomento, segnaliamo: G. ZARRO, *Il contratto di disponibilità: un nuovo modello contrattuale a sostegno dell'opportunità di equilibri congiunturali*, in *Munus*, 2014, 1, 113; G.D. COMPORI, *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, cit., 575; S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, cit.; S. FANTINI, *Contratti pubblici. Il contratto di disponibilità*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2013, Treccani; G. FIDONE, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità*, cit., 1039; R. GALLIA, *Il contratto di disponibilità*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2013, 3, 441; L. R. PERFETTI, *160-ter. Contratto di disponibilità*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013; R. MANGANI, *Il contratto di disponibilità: una nuova forma di partenariato pubblico privato. Prime riflessioni a seguito del decreto “liberalizzazioni”*, in *www.giustamm.it*, 2012; F. TUFARELLI, *Il contratto di disponibilità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 6, 604.

e che viene proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice. La disciplina, che oggi è prevista nell'art. 160 *ter* del Codice dei contratti pubblici, prevede inoltre: l'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera, comunque non superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione della stessa, nell'ipotesi di trasferimento della proprietà all'amministrazione aggiudicatrice al termine del contratto; un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato al valore di mercato residuo dell'opera e tenuto conto dei canoni già versati e dell'eventuale contributo in corso d'opera già prestato.

Fin qui per quanto attiene ai profili di disciplina, che lasciano tuttavia una serie di questioni aperte connesse all'inquadramento e alla funzionalità del dispositivo. Sotto il primo profilo, posta l'aderenza agli istituti del partenariato pubblico privato sancita all'art. 3 comma 15 *ter* del ccp, è stato evidenziato come il contratto di disponibilità presenti evidenti analogie con il regime concessorio, come del resto sembra svelare lo stesso legislatore nel momento in cui collega il congegno negoziale a una procedura di "affidamento, con terminologia che è tipica delle concessioni"<sup>61</sup>.

Al di là delle indicazioni terminologiche, altri indizi in questa direzione sembrano poi emergere dal meccanismo di operatività dello strumento<sup>62</sup>, come descritto dal codice, nell'ambito di una disciplina che vede il privato assumersi i rischi connessi alla realizzazione e gestione dell'opera, ma non il rischio di disponibilità, quello legato alla successiva messa sul mercato del bene, stante il rilievo per cui l'opera è già destinata a essere assorbita nella disponibilità dell'amministrazione pubblica.

<sup>61</sup> L. R. PERFETTI, *160-ter. Contratto di disponibilità*, cit., 1785. L'A. peraltro sottolinea come in relazione a innovative fattispecie contrattuali, come il contratto di disponibilità, "vengano sottolineati spesso la novità e la peculiarità, lasciando troppo spesso in ombra gli elementi di comunanza con moduli convenzionali dei quali l'amministrazione ha molta maggiore esperienza e capacità d'intendere gli snodi fondamentali da negoziare (com'è del grande giacimento di esperienza e conoscenza dato dalle concessioni amministrative); non di rado ciò avviene anche per ragioni teoriche: è piuttosto evidente che queste nuove tipologie contrattuali mostrano una più che evidente qualificazione privatistica ed il mostrare le profonde analogie con negozi tradizionali (come la concessione di beni o servizi) finisce per mettere in evidenza la natura puramente contrattuale anche di questi ultimi per i quali, invece, si vorrebbe da molti conservare l'enfasi del momento pubblicistico per come consegnata dalla tradizione."

<sup>62</sup> Non mancano tuttavia profili differenziali rispetto al tradizionale meccanismo della concessione di costruzione e gestione di opere destinate all'espletamento di servizi pubblici in quanto, a ben vedere, con il contratto di disponibilità "si assiste a una significativa modificazione dell'alea contrattuale, che appare maggiormente concentrata nella fase della progettazione e costruzione rispetto alla gestione: infatti, meglio l'opera sarà progettata e costruita e minori saranno i successivi costi per la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti vizi, anche sopravvenuti, posti a carico dell'affidatario". Così, G.D. COMPORI, *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, cit., 595-596, il quale sul punto recupera le riflessioni di F. ROMANENGGI, *Breve analisi di alcune modifiche introdotte dal D.L. Liberalizzazioni al codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 5, 503.

In quest'ottica, è stato sottolineato come “dal punto di vista economico, il privato si comporta come il concessionario, che a fronte della garanzia di un diritto speciale ed esclusivo ... assume su di sé il rischio imprenditoriale della realizzazione dell'opera”<sup>63</sup>.

Del resto, l'art. 143 del codice dei contratti pubblici, nel descrivere le caratteristiche delle concessioni di lavori pubblici, al comma 9, descrive una modalità operativa che presenta evidenti analogie strutturali rispetto al contratto di disponibilità. La norma infatti chiarisce che “le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera” e descrive pertanto uno schema nel quale manca un “rapporto con terzi utenti”<sup>64</sup> e si permette un utilizzo diretto dell'opera da parte dell'amministrazione. Né più e né meno di quanto accade con il contratto di disponibilità che, per questa via, sembra configurarsi come specie nel genere concessorio, tipizzata dal legislatore al fine di disciplinarne regole peculiari per il suo funzionamento<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> L. R. PERFETTI, *160-ter. Contratto di disponibilità*, cit., 1786, il quale sottolinea inoltre come, sul piano del finanziamento dell'opera, il privato “si comporta come una società di *leasing*, che assume la proprietà di un fabbricato per vedersi restituire il prezzo in rate periodiche, all'ultima delle quali corrisponderà anche l'acquisto dell'immobile”. L'analogia con il modello del *leasing* operativo è evidenziata dalla Corte dei conti sezione regionale di controllo per la Puglia, che, nella deliberazione n. 66/PAR/2012, ha osservato al riguardo che “il contratto di disponibilità potrebbe confondersi con il *leasing* operativo o di godimento, il quale ha ad oggetto la messa a disposizione del conduttore di un bene che di solito è nella disponibilità del locatore, il quale si obbliga a fornire altresì i servizi connessi alla perfetta efficienza del bene stesso (...) dietro pagamento dei canoni; i quali, diversamente dal *leasing* finanziario, non contengono alcuna porzione di prezzo ma sono ragguagliati al valore di utilizzazione del bene”.

<sup>64</sup> F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. Amm.*, 2011, 4, 704. Per l'individuazione dei caratteri essenziali delle concessioni di lavori pubblici, AVCP, determinazione n. 2 dell'11 febbraio 2011. In tema, G.F. CARTEI, *Il rischio di costruzione del concessionario segue la disciplina generale del contratto di appalto*, in *www.giustamm.it*, 2012: “nella disciplina tratteggiata dall'art. 3, comma 11, del Codice dei contratti pubblici le “concessioni di lavori pubblici” costituiscono contratti aventi le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori «ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice». Del pari, anche l'art. 143, comma 3, prevede che la controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati”.

<sup>65</sup> Del resto strumenti negoziali del tutto analoghi al contratto di disponibilità venivano già sperimentati nella prassi delle amministrazioni. Cfr. T.R.G.A., sez. Trento, 11 luglio 2008, n. 165, in *www.giustamm.it*: “integra un appalto pubblico di natura mista, lo schema contrattuale in cui non sia ravvisabile un soggetto (concedente) che consegue un finale risultato, conseguendo, da una parte, la disponibilità ai propri fini delle strutture e, dall'altra, il pagamento di un corrispettivo da parte del gestore, ma, all'opposto, un soggetto (appaltante) che consegue un risultato (fornitura,

L'elemento del rischio, e della sua allocazione tra le parti, è, in ogni caso, quello che restituisce l'aderenza rispetto alla categoria del partenariato pubblico privato e la cui analisi può offrire argomenti in senso favorevole o contrario alla tesi della riconducibilità del contratto di disponibilità al modello concessorio.

Sotto questo profilo, determinanti appaiono le acquisizioni maturate in ambito europeo. Il riferimento è alla decisione Eurostat dell'11 febbraio 2014, secondo la quale gli *assets* realizzati nell'ambito di operazioni di partenariato pubblico-privato non vadano classificati come attivi pubblici (e pertanto non siano registrati nel bilancio dello Stato), ma considerati *off-balance* quando vi sia un effettivo trasferimento al privato dei rischi e, in particolare, quando il privato assuma in via prioritaria e fondamentale il rischio di costruzione e, in aggiunta, almeno uno tra i rischi di disponibilità e di domanda<sup>66</sup>.

Ne viene fuori un quadro definitorio delle operazioni di partenariato tutto fondato sulla verifica della ripartizione concreta dei rischi tra parte pubblica e parte privata nelle previsioni legislative relative ai vari modelli operativi. Una verifica che, nel caso della disciplina del contratto di disponibilità descritta dal codice dei contratti pubblici milita senza dubbio, sul piano generale e come più volte evidenziato, nel senso della riconducibilità dello stesso ai modelli partenariali, stante il rilievo per cui, unitamente al rischio di costruzione, la parte privata si fa carico anche della gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria dell'opera al fine di offrire alla disponibilità dell'amministrazione un prodotto pronto all'uso e senza costi di realizzazione e gestione. Analogamente, all'amministrazione è consentita

---

lavoro e servizi) a fronte di un corrispettivo in denaro (il Collegio trentino esclude la qualificazione di concessione di costruzione e gestione in una fattispecie in cui il contraente privato si obbliga alla progettazione, fornitura, costruzione ed installazione delle apparecchiature di protonterapia; alla fornitura dell'infrastruttura clinica (*imaging* e diagnostica collegati alla terapia); alla progettazione e costruzione dell'edificio di contenimento (aree cliniche, tecnologiche e logistiche) e delle relative infrastrutture tecniche (cabine elettriche di trasformazione, sistema di raffreddamento); alla manutenzione ed operatività tecnica giornaliera per 15 anni dal positivo collaudo – con espressa esclusione dell'applicazione terapeutica, demandata alla struttura sanitaria pubblica –, verso il pagamento differito di un corrispettivo e nel quadro di una serie contrattuale strettamente connessa, che prevede anche la cessione in godimento e/o in disponibilità (noleggio e locazione) e, in un secondo tempo, l'esercizio dell'opzione d'acquisto ovvero la ritenzione dei beni realizzati sull'area di proprietà dell'appaltante)".

<sup>66</sup> Sull'argomento, si rinvia a F. GOISIS, *op.ult.cit.*, spec. 710–711. L'A. definisce il rischio di disponibilità come "relativo alla qualità e al volume dei servizi che il *partner* privato durante la fase di utilizzazione dell'opera" e incide sul privato in quei meccanismi nei quali l'amministrazione, "nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione non vengano raggiunti", possa ridurre o sospendere i pagamenti a favore del privato. Diversamente, il rischio di domanda "riguarda i volumi di domanda del servizio che il *partner* privato finisce per soddisfare" e incide sul privato quando "sono correlati all'effettiva quantità domandata per quel servizio di utenza". Per rischio di costruzione, invece, si intende "quello relativo, nella fase di realizzazione dell'infrastruttura, per esempio ai ritardi nella consegna, ai costi addizionali, a *standard* inadeguati, a deficienze tecniche".

la sospensione o la riduzione dei pagamenti in caso di indisponibilità dell'opera, non imputabile alla parte pubblica, in linea quindi con le istruzioni di Eurostat in punto di verifica del rischio di disponibilità.

Quello che invece non incide sulla parte privata, nel congegno del contratto di disponibilità, è il rischio di domanda. Il *partner* privato, a fronte della disponibilità (e, a monte, della funzionalità) dell'opera, ha al suo cospetto un solutore certo e individuato, dal quale può ricavare un profitto fisso, indipendente dai flussi di domanda che possa generare il mercato<sup>67</sup>.

Viene a tal proposito da chiedersi se un sistema di dislocazione dei rischi strutturato nel senso che sul privato gravino i rischi di costruzione e gestione, nonché il rischio di disponibilità, ma non il rischio di domanda, non sia di ostacolo alla riconducibilità del contratto di disponibilità al modello concessorio<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Non grava quindi sulla parte privata il cd. rischio di mercato che, nell'ambito dei modelli partenariali, caratterizza invece lo strumento del *project financing* nel suo modello puro, e rispetto al quale evidentemente dovrebbe segnare un profilo differenziale, in quanto, nel contratto di disponibilità, il privato "potrà contare su un cliente sicuro e permanente e non su una platea indistinta di utenti (come avviene nella più parte dei casi di cosiddetto *project financing* pubblico – in realtà non altro che concessioni di costruzione e gestione)" (Cosi L. R. PERFETTI, *160-ter. Contratto di disponibilità*, cit., 1787)

<sup>68</sup> Del contratto di disponibilità è stata suggerita l'assimilazione allo schema della "locazione di cosa futura a prestazioni aggravate per il locatore", facendo leva sul dato per cui l'opera arriva nella disponibilità dell'amministrazione pronta all'uso e senza che la parte pubblica abbia dovuto sostenere oneri connessi alla sua realizzazione. In realtà, una simile ricostruzione "può destare qualche difficoltà concettuale, ove si consideri che la locazione di cosa futura non è espressamente contemplata dal codice civile, il quale, anzi, secondo la lettura prevalente, prevede, tra le obbligazioni principali del locatore, quella dell'immediata consegna dell'immobile locato (cfr. artt. 1575, c. 1, n. 1, c.c. ed anche 1587, c. 1, n. 1, c.c.)" (così S. FANTINI, *Contratti pubblici. Il contratto di disponibilità*, cit., il quale rinvia a C. Conti, sez. contr., 24.11.1995, n. 150, in *Foro amm.*, 1996, 2089). Sul punto va chiarito che l'ammissibilità di una locazione di cosa futura, con particolare riguardo alla materia delle commesse pubbliche, trova conferma nella giurisprudenza recente del Consiglio di Stato (sez. V) che, con la sentenza 3 dicembre 2010, n. 8420 (in *www.giustizia-amministrativa.it*), ne ha sottolineato la praticabilità, evidenziandone le differenze rispetto alla vendita di cosa futura, all'opposto ritenuta non utilizzabile. Chiarisce la decisione che "sono di palmare evidenza, invero, le differenze intercorrenti tra la vendita di cosa futura – di cui può temersi l'utilizzazione allo scopo di dissimulare l'appalto di lavori e la locazione di cosa futura, utilizzata dall'amministrazione, nel quadro di una generale politica di dismissione del patrimonio immobiliare, per fronteggiare la mancanza di risorse finanziarie necessarie per l'appalto e per la necessità di beni dotati di ben individuate caratteristiche strutturali e topografiche". In realtà, la disciplina del contratto di disponibilità evidenzia profili di analogia, sul piano dello schema funzionale, sia con la locazione che con la vendita di cosa futura. Tale contratto infatti può qualificarsi sia come contratto di godimento che come contratto traslativo. È di godimento nei casi in cui non vi sia alcuna pattuizione relativa all'ipotesi di trasferimento finale della proprietà del bene all'amministrazione, per cui la parte pubblica si limiterà a pagare periodicamente il canone connesso al godimento del bene. In questo caso, la fattispecie è assimilabile a una locazione. Ma la vicenda può altresì assumere una connotazione traslativa tutte le volte in cui il contratto preveda l'acquisto del bene da parte dell'amministrazione al termine del

Se, infatti, “nella visione di Eurostat, perché il rischio economico possa dirsi allocato al concessionario, esso deve essere significativo (ossia tale da mettere in discussione l’equilibrio economico della operazione)”<sup>69</sup> e può consistere, alternativamente, nel rischio di disponibilità come nel rischio di domanda, tale posizione tuttavia non trova completo riscontro nella giurisprudenza comunitaria, anche successiva alla decisione. La Corte di giustizia europea infatti si è occupata del tema soprattutto in materia di concessioni di servizi, giungendo alla conclusione che il rischio qualificante il meccanismo concessorio sia solo il rischio di domanda, capace di esporre l’operatore economico all’alea del mercato, e quindi a tutti i rischi connessi, come la concorrenza tra gli operatori, gli squilibri tra domanda e offerta di servizi, l’insolvenza delle controparti<sup>70</sup>.

---

periodo di godimento in disponibilità (G. FIDONE, *op.ult.cit.*, 1056). In questa seconda declinazione, pertanto, il contratto assumerebbe una fisionomia sovrapponibile a quella della vendita di cosa futura. Sempre sulla locazione di cosa futura si veda, di recente, Cons. St., sez. V, 10 aprile 2014, n. 1962, in *Foro Amm. CDS*, 2013, 4, 944: “ai sensi dell’art. 267 del trattato Ce e in relazione all’art. 23 statuto della Corte di giustizia, dell’art. 3 l. 13 marzo 1958 n. 204 e della Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali, diramata dalla Corte di giustizia dell’Unione europea, vanno rimesse ad essa le seguenti questioni: se lo stipulando contratto di locazione di cosa futura, anche sotto la forma di atto di impegno a locare, equivale ad un appalto di lavori, sia pure con alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione e, quindi, non può essere compreso fra i contratti esclusi dall’applicazione della disciplina di evidenza pubblica secondo l’art. 16 direttiva 2004/18/Ce; se, in caso di pronunciamento positivo sul primo quesito, può il giudice nazionale e, segnatamente, quello remittente, ritenere inefficace il giudicato eventualmente formatosi sulla vicenda in oggetto, in quanto abbia consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto comunitario degli appalti pubblici e se sia quindi possibile eseguire un giudicato in contrasto con il diritto comunitario”. Sulla vendita di cosa futura: Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2005, n. 816, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 3, I, 827, “l’acquisto di cosa futura è un istituto che non solo opera in deroga alla normativa generale in materia di appalti pubblici, ma, addirittura, si pone in alternativa all’appalto di opera pubblica, che resta il sistema ordinario per l’acquisizione di opere di pertinenza pubblica. Sicché l’esperibilità della vendita di cosa futura da parte della p.a., pur essendo ammissibile in astratto, in concreto è condizionata dalla ricorrenza di situazioni eccezionalissime e dalla necessità – dettata dalla finalità di evitare intenti elusivi del principio tendenziale e generale del procedimento d’appalto – che l’amministrazione valuti preventivamente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche”.

<sup>69</sup> F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività*, cit., 711. Sulla scia della posizione assunta da Eurostat si colloca peraltro l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, secondo la quale una concessione di lavori è tale anche laddove ricorra solo rischio di disponibilità e di costruzione. Anzi, secondo l’Autorità, tale conclusione sarebbe altresì imposta dall’art. 143, c. 9: “le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l’alea economico-finanziaria della gestione dell’opera”.

<sup>70</sup> Ancora F. GOISIS, *op.ult.cit.*, 711, al quale si rinvia diffusamente per gli opportuni riferimenti della giurisprudenza comunitaria, a partire da: Corte di Giustizia Europea, sez. III, 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, laddove si sottolinea che “rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell’ope-

L'orientamento del giudice europeo trova peraltro parziali conferme nella recente direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 in tema di aggiudicazione dei contratti di concessione, nella quale si offre una nozione di concessione fondata sulla nozione di “rischio operativo”<sup>71</sup>, tale da comportare la possibilità per il privato di non recuperare investimenti e costi sostenuti. Un rischio del genere, secondo la direttiva, non ricorrerebbe allora tutte le volte in cui il *partner* pubblico garantisca al privato “un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi” (considerando n. 18).

La nozione di rischio operativo cui aderisce la direttiva è tuttavia qualcosa di diverso dalla nozione di rischio di domanda che la giurisprudenza comunitaria assumeva come tratto caratterizzante il modello concessorio. Il considerando n. 20 infatti chiarisce che “il rischio operativo dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell’offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell’offerta. Per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio sul lato dell’offerta si intende il rischio associato all’offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda”.

Perché insista sul privato il rischio operativo può essere allora sufficiente l’alea connessa al possibile mancato recupero di spese e investimenti in conseguenza di vizi sul piano dell’offerta, tali da determinare che la stessa non corrisponda alla domanda. Un rischio di tal genere appare strutturale nella dinamica del contratto di disponibilità, per come descritto dalla sua previsione normativa. Quella disciplina, infatti, fa perno sulla possibilità da parte dell’amministrazione di ridurre o sospendere il pagamento dei canoni di disponibilità per vizi della prestazione sul piano dell’offerta e della sua funzionalità, ma anche, come vedremo più avanti, sulla rilevanza della sede del collaudo come momento di “accettazione” della disponibilità del bene da parte della pubblica amministrazione. Un quadro di possibilità operative per il *partner* pubblico di incidere sull’*an* e sul *quantum* della corresponsione al privato alle quali corrispondono puntuali rischi espositivi per l’operatore economico<sup>72</sup> cui, per utilizzare nuovamente il

---

ratore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest’ultimo sia riconducibile alla tipologia dell’appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi”.

<sup>71</sup> Sul punto, M. RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l’impatto sul codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 7, 741.

<sup>72</sup> Del resto, rileva M. RICCHI, *op.utl.cit.*, 746, sembra che, nel linguaggio della direttiva, “il rischio operativo dal lato dell’offerta coincida con il rischio di disponibilità, anche se viene da domandarsi perché la Direttiva non l’abbia esplicitato almeno nei *consideranda*, quando il rischio

lessico della direttiva, non viene garantito “un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi”.

Né appare, in questa direzione, di ostacolo la previsione di cui al comma 2 dell'art. 160 *ter* del ccp che, dopo aver gravato, in via ordinaria, l'affidatario dei rischi connessi alla costruzione e gestione tecnica dell'opera, sembra esprimere una relativa flessibilità della relativa ripartizione quando ammette che le modalità della stessa possano essere oggetto di determinazione nel contratto. In realtà la flessibilità è più apparente che reale, perché la norma è al tempo stesso chiara nel descrivere il contratto come luogo di una diversa collocazione dei rischi in relazione a sole due evenienze: quella del rischio regolatorio sopraggiunto, derivante dal “soppravvenire di norme o provvedimento cogenti di pubbliche autorità”; quella del rischio amministrativo, connesso al “mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa. Rischi che dunque, nel difetto di una specifica pattuizione contrattuale, risultano a carico del *partner* privato, aggravandone il peso della relativa posizione. Diversamente opinando, del resto, e ipotizzando una più ampia discrezionalità contrattuale nella determinazione di differenti modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, verrebbe meno la stessa aderenza del contratto di disponibilità non già al regime concessorio ma, più a monte, al modello del partenariato pubblico-privato che, come evidenziato, passa per una chiara e solo relativamente alterabile articolazione di rischi e competenze tra le parti.

#### 4. *Le regole dell'evidenza pubblica per la realizzazione di opere di proprietà privata.*

Ai sensi dell'art. 160 *ter* del ccp, oggetto del contratto di disponibilità è la costruzione e messa a disposizione di un'opera di proprietà privata, escludendo in radice che il contratto possa riferirsi alla realizzazione di opere pubbliche.

Del resto, anche a voler prescindere dalla espressa dizione del legislatore, i meccanismi descritti dalla norma appaiono in contrasto con la possibilità di realizzare un'opera *ab origine* pubblica. Basti pensare che “la stessa dazione in disponibilità con assunzione del relativo rischio da parte del privato, a fronte della quale l'amministrazione paga una canone, sembra presupporre la proprietà privata del soggetto che deve garantirla”<sup>73</sup>. Su di un piano diverso, poi, la previsione di un meccanismo di trasferimento della proprietà alla parte pubblica alla scadenza del periodo di disponibilità lascia immaginare che, sino al momento del trasferimento, la proprietà dell'opera non possa essere che privata<sup>74</sup>.

---

di disponibilità ha già un'ampia casistica definitoria ed è espressamente richiamato da documenti comunitari di contabilità Eurostat”.

<sup>73</sup> G. FIDONE, *op.ult.cit.*, 1059.

<sup>74</sup> *Ibidem*, 1059.

La circostanza potrebbe evidenziare peraltro la particolarità del contratto di disponibilità nell'ambito degli strumenti del partenariato pubblico-privato e potrebbe segnare un distinguo rispetto a figure che abbiamo visto essere contigue. Il riferimento è innanzitutto all'istituto della locazione finanziaria *ex art. 160 bis*, rispetto al quale pure manca una previsione espressa sulla proprietà pubblica o privata dell'opera da realizzare. Anzi, il legislatore sembra inviare indizi non in piena sintonia tra di loro se, da un lato, descrive lo strumento come funzionale alla realizzazione di "opere pubbliche o di pubblica utilità" e, dall'altro, prevede che "l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario" (art. 160 *bis*, comma 4 *quater*, ccp, introdotto dal d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152), descrivendo quella che sembrerebbe configurarsi come una mera facoltà.

La norma sulla locazione finanziaria sembra dunque immaginare che lo strumento sia funzionale alla realizzazione di un'opera che possa essere di proprietà pubblica, per quanto "se l'opera fosse già di proprietà dell'amministrazione, sarebbe incomprendibile la stipula del contratto di locazione ed il pagamento dei canoni da parte della stessa"<sup>75</sup>.

Ma vi è di più, perché la stessa previsione normativa di un patto di riscatto a favore della pubblica amministrazione, come possibile modalità della locazione finanziaria, sembra non giustificabile nella prospettiva della originaria proprietà pubblica dell'opera<sup>76</sup>.

Indizi dai quali emerge come, pur nel difetto di una espressa previsione normativa in tal senso, anche il meccanismo del *leasing* finanziario presupponga il carattere privato dell'opera da realizzare, che non appare pertanto tratto distintivo del solo contratto di disponibilità.

<sup>75</sup> *Ibidem*, cit., 1060. Sulla stessa linea si colloca la Corte dei Conti (sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 1139/2009/PRSE, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)), secondo la quale "se l'area fosse di proprietà della stazione appaltante, vale a dire dell'ente pubblico, verrebbe meno lo stesso impianto della locazione finanziaria, poiché non è concepibile che il proprietario dell'area concluda un contratto di locazione riferito alla stessa"

<sup>76</sup> Non manca peraltro chi legge nella norma per cui "l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario" l'ipotesi che il contratto di *leasing* possa riferirsi a un bene immobile di proprietà pubblica ma "con cessione del diritto di superficie al privato". Tale diritto verrebbe costituito col contratto di locazione e a favore della società di *leasing* e si estinguerrebbe nel caso in cui l'amministrazione eserciti il patto di riscatto, ma l'ipotesi appare comunque difficilmente praticabile sul piano operativo e della convenienza economica dell'intera operazione. Così, A. BOTTO, *Il leasing in costruendo nella "giurisprudenza" dell'Autorità di vigilanza e nell'evoluzione normativa*, in D. CROCCO, L.E. MANDRACCHIA, G. RUSCONI (a cura di), *Leasing in costruendo*, Torino, 2009, laddove peraltro si sostiene che, se l'opera è realizzata su suolo di proprietà dell'amministrazione, questa, una volta scaduto il diritto reale di superficie, tornerebbe nella piena proprietà dell'opera, indipendentemente dal pagamento del corrispettivo pattuito per il riscatto. L'alternativa potrebbe consistere nel prevedere per il diritto di superficie una durata molto più lunga di quella pattuita per il contratto di *leasing*, in modo da far sì che il bene conservi, alla scadenza del contratto di *leasing*, un valore di mercato per l'amministrazione, tale da indurla a esercitare l'opzione di riscatto oneroso.

Ciò posto, con il contratto di disponibilità, siamo al cospetto di una fattispecie che contempla la “realizzazione di un bene privato con le modalità dell’evidenza pubblica”<sup>77</sup> come conseguenza del vincolo di destinazione alla messa a disposizione in favore della pubblica amministrazione e in considerazione del vantaggio economico che deriva al privato dall’operazione.

Alla base del contratto vi è dunque una procedura di aggiudicazione ma si tratta, in ogni caso, di una procedura di aggiudicazione “del tutto peculiare e atipica”<sup>78</sup>.

La peculiarità sta nella circostanza che a base della gara ci sia un mero elaborato che debba evidenziare “le caratteristiche tecniche e funzionali che deve assicurare l’opera costruita” (così l’art. 160 *ter* del ccp). Manca dunque un progetto preliminare, quale normalmente richiesto per le concessioni di lavori, come pure uno studio di fattibilità, previsto per la finanza di progetto *ex art.* 153 ccp.

Del resto, se l’obiettivo è la realizzazione di un’opera privata che debba essere messa a disposizione della pubblica amministrazione per una destinazione a pubblico servizio, la soluzione non può che essere per un elaborato che non indugi sugli elementi progettuali e costruttivi, quanto piuttosto sugli aspetti funzionali, gli unici determinanti per una scelta di aggiudicazione. La gara sarebbe allora calibrata sulla verifica da parte dell’amministrazione della funzionalità dell’opera, residuando totale libertà al privato sul piano dell’idea progettuale e della sua realizzazione.

Emerge quindi un quadro nell’ambito del quale l’amministrazione gode di un potere di aggiudicazione preventiva e di verifica successiva mediante lo strumento del collaudo (entrambi i momenti finalizzati alla verifica della funzionalità dell’opera per la quale si intende ottenere la messa a disposizione), mentre il privato è il *dominus* della progettazione e realizzazione dell’opera (che del resto è opera privata) e, in particolare, è tenuto a curare tutti i livelli della progettazione (preliminare, definitiva, esecutiva) e della realizzazione<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, cit.

<sup>78</sup> G. FIDONE, *op.ult.cit.*, 1060.

<sup>79</sup> Incide dunque sul privato la responsabilità per tutto il segmento creativo, che va dalla progettazione all’esecuzione nell’ambito di un meccanismo per cui “nessun livello progettuale è sottoposto all’approvazione dell’ente pubblico committente. Il privato si deve infatti limitare a inoltrare all’amministrazione una mera comunicazione in merito all’intervenuto completamento dell’attività progettuale. Ma l’approvazione del progetto in senso stretto resta un fatto interno al privato. La medesima comunicazione deve essere inviata, ove prescritto, alle altre autorità competenti. Peraltro, se queste ultime devono approvare il progetto, i rischi derivanti dalla mancata approvazione o da ritardi della stessa restano a carico del privato”. Così R. MANGANI, *Il contratto di disponibilità*, cit., il quale sottolinea, tra l’altro, che la previsione presenta elementi di criticità in quanto “impone al privato l’assunzione di rischi rispetto ad eventi che sono totalmente al di fuori della propria sfera di controllo e che, specie in relazione ai ritardi nell’approvazione, possono penalizzare sensibilmente le sue prestazioni e le sue attese di rendimento, senza che egli ne abbia colpa o possa in qualche modo intervenire. Si pensi all’ipotesi, tutt’altro che astratta, in cui a segui-

Un'interpretazione che, in ogni caso, non manca di sollevare perplessità su di una pluralità di piani. In primo luogo, "l'amministrazione potrebbe trovarsi a dovere confrontare opere assolutamente diverse tra loro e ciò potrebbe rendere particolarmente difficile anche la valutazione comparativa delle loro caratteristiche tecniche e funzionali"<sup>80</sup>. Inoltre, nell'ipotesi di contratto di disponibilità traslativo, l'acquisizione finale del bene da parte dell'amministrazione è caratteristica che dà sostanza all'intera vicenda negoziale, fino a "qualificare la causa del contratto"<sup>81</sup>. Per questa via sembra difficile ipotizzare che "l'amministrazione non possa esercitare alcuna forma di controllo sulla progettazione dell'opera"<sup>82</sup>.

Emerge pertanto un'intima incoerenza tra la previsione dell'art. 160 *ter* sul contratto di disponibilità e quella dell'art. 153, comma 3, lett. a), relativa alla finanza di progetto, laddove invece si prevede che il progetto preliminare del promotore sia sottoposto a dettagliata sub-procedura di approvazione, stante peraltro il comune esito traslativo dei pur diversi congegni contrattuali per cui, alla fine del periodo contrattuale, "l'amministrazione comunque si troverà nella piena proprietà e disponibilità dell'opera costruita"<sup>83</sup>.

Per quanto concerne poi la gara per la scelta dell'affidatario<sup>84</sup> del contratto e, quindi, della realizzazione e gestione dell'opera, la normativa prevede che la gara

---

to di ritardi nell'approvazione del progetto da parte delle autorità preposte slitti la messa a disposizione dell'opera all'ente committente, esponendo il privato alle relative penali. È evidente che una previsione di questo tipo può costituire un oggettivo elemento di disincentivo per il privato e, di conseguenza, un fattore di criticità per la diffusione dell'istituto. Il privato può anche introdurre in corso d'opera, in totale autonomia, varianti progettuali che, evidentemente a suo giudizio, siano finalizzate a una maggiore economicità di costruzione e gestione, ovvero che siano dovute a norme e provvedimenti delle autorità pubbliche. Le varianti ricevono il medesimo trattamento del progetto originario quanto alla relativa approvazione e agli eventuali ritardi della stessa. In sostanza, nello schema del contratto di disponibilità l'ente pubblico committente resta totalmente estraneo all'attività di progettazione, i cui oneri e rischi sono di esclusiva e totale competenza del privato".

<sup>80</sup> G. FIDONE, *op.ult.cit.*, 1065–1066.

<sup>81</sup> *Ibidem*, 1066.

<sup>82</sup> *Ibidem*, 1066.

<sup>83</sup> *Ibidem*, 1066.

<sup>84</sup> Per quanto riguarda il profilo del soggetto affidatario, per quanto "la legge implicitamente alluda alla figura dell'affidatario quale impresa privata da individuare con procedure selettive adeguate, non sembra pregiudizialmente esclusa la possibilità che il contratto di disponibilità veda come controparte un'impresa pubblica partecipata dall'affidante, purché essa assuma interamente il rischio delle attività oggetto del contratto". Così, L. R. PERFETTI, *160-ter. Contratto di disponibilità*, cit., 1791. Contro un'interpretazione del genere milita l'inserimento del contratto di disponibilità nell'ambito dei modelli di PPP, che fanno perno sulla relazione pubblico-privato, ma va anche detto che la norma dell'art. 160 *ter* "non qualifica l'affidatario se non in ragione delle sue prestazioni e la normativa Eurostat legittima la possibilità che una società – interamente o parzialmente – partecipata dall'ente affidante e che svolga attività commerciale o industriale assumendone il relativo rischio veda i suoi

avvenga sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>85</sup>. Posto che, come evidenziato, la valutazione dell'amministrazione guarda alla funzionalità, convenienza e affidabilità dell'operazione, in sede di gara "la stazione appaltante dovrà mostrarsi in grado di valutare elementi variabili come la durata del contratto, la qualità delle prestazioni gestionali, l'adeguatezza delle garanzie, la coerenza della progettazione con il capitolato"<sup>86</sup>. Aspetti che, in ogni caso, non riguardano il momento progettuale e realizzativo che resta nella dominabilità del soggetto affidatario, come conferma la disciplina delle varianti, che possono essere introdotte in corso d'opera dall'affidatario senza che siano richieste autorizzazioni o approvazioni di sorta da parte dell'amministrazione<sup>87</sup>.

Ovviamente lo strumento di tutela per l'amministrazione, in questo caso, è dato dal collaudo, sede di ogni verifica sulla proficua utilizzabilità dell'opera, ma c'è da chiedersi se sia utile, sia per la parte pubblica che per quella privata, declinare uno schema nel quale non c'è dialogo sulle modalità esecutive dell'opera e residua invece all'amministrazione un potere di accettare o meno, a seguito del collaudo, un'opera. La non accettazione all'esito del collaudo infatti frustra le aspettative del privato confidente nel rientro dell'investimento attraverso i canoni in corrispettivo, ma frustra anche l'interesse pubblico che evidentemente postula la realizzazione, anche celere, dell'opera. Considerazioni che valgono, a maggior ragione, per quelle ipotesi in cui il privato abbia realizzato l'opera sulla base di un contributo pubblico in corso d'opera. L'esistenza di una dotazione economica pubblica alla base della realizzazione dovrebbe comportare una possibilità di dialogo per la pubblica amministrazione nel momento esecutivo, appunto per ovviare al rischio della introduzione di varianti che cambino radicalmente le condizioni rispetto al momento dell'aggiudicazione.

La disciplina delle varianti, per come strutturata, rivela pertanto limiti derivanti dalla circostanza per cui il legislatore, con il contratto di disponibilità, ha disegnato un procedura rigida, nella quale la preoccupazione appare piuttosto quella di sol-

---

investimenti ed il ricorso al debito separato e distinto dall'ente socio" (ancora L. R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, 1791). A tal proposito però bisogna chiedersi se, anche in questo caso, l'operazione possa ritenersi *off balance* per le casse pubbliche e abbiamo visto che tale caratteristica è essenziale per la qualificazione di strumenti giuridici come PPP.

<sup>85</sup> Sul punto, va segnalata la posizione espressa dall'AVCP nella determinazione n. 4 del 22 maggio 2013, secondo cui l'art. 160 *ter* "non individua la procedura di gara da seguire, ma, essendo il criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (comma 3), si tratterà di preferenza di una procedura ristretta. Nonostante il silenzio della norma sul punto, si ritiene che, attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, debbano essere valutati sia l'offerta tecnica, ossia il progetto preliminare presentato dai concorrenti, sia l'offerta economica relativa al canone di disponibilità. Ciò anche in considerazione del rinvio espresso all'art. 83 del Codice, che annovera il prezzo tra le componenti da valutare in sede di aggiudicazione".

<sup>86</sup> L. R. PERFETTI, *160-ter. Contratto di disponibilità*, cit., 1793.

<sup>87</sup> *Ibidem*, 1792.

levare l'amministrazione da compiti e rischi connessi alla costruzione e gestione, ma che, nel non articolare momenti di dialogo sulla fase di realizzazione dell'opera, e sulle varianti in particolare, mina potenzialmente la buona riuscita complessiva dell'operazione, a detrimento del pubblico interesse, come di quello privato.

5 *L'affidatario del contratto di disponibilità come autorità espropriante. Il conferimento di funzioni espropriative per delega amministrativa.*

Anche per quanto riguarda la problematica della proprietà delle aree di intervento, la norma di cui all'art. 160 *ter* lascia sul campo un serie di opzioni. La disposizione non chiarisce infatti se le aree sulle quali inciderà l'intervento debbano, al momento della gara per l'aggiudicazione del contratto, essere di proprietà privata, ovvero di proprietà dell'ente aggiudicatore, con conseguente, successiva cessione all'aggiudicatario per la realizzazione dell'intervento. Altra opzione è che "possano essere acquistate o espropriate eventualmente dopo la gara e, quindi, dopo aver valutato il progetto preliminare, dal quale dovrebbe almeno desumersi quale sia l'area interessata dall'opera"<sup>88</sup>. Un indizio in questo senso potrebbe essere ricavato dall'inciso contenuto nella parte finale del comma 5 dell'art. 160 *ter*, laddove si chiarisce che "l'amministrazione aggiudicatrice può attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante ai sensi del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327", ma la norma appare troppo sbrigativa sul punto per offrire argomenti conclusivi<sup>89</sup>.

Connessa appare poi la questione che riguarda l'eventuale utilizzabilità di aree demaniali<sup>90</sup> che, se interessate dall'operazione, costituirebbero aree di sedime per la realizzazione di opere che abbiamo visto essere a tutti gli effetti di proprietà privata. Se ciò fosse possibile, alla scadenza del contratto di disponibilità, il privato si troverebbe a occupare un'area demaniale senza titolo, in violazione della

<sup>88</sup> F. ROMANENGGI, *Breve analisi*, cit., 504.

<sup>89</sup> *Ibidem*, 504.

<sup>90</sup> Al riguardo è chiara la posizione assunta dall'AVCP nella determinazione n. 4 del 22 maggio 2013: "si pone, al riguardo, la questione delle aree demaniali, se, cioè, esse possano o meno essere destinate a costituire il sedime di opere che, pur destinate ad un pubblico servizio, rimangono di proprietà del privato. Tale aspetto va valutato in relazione al fatto che, al termine del contratto di disponibilità, il privato si troverebbe ad occupare un'area demaniale senza titolo. Si deve, pertanto, ritenere che, stante il carattere privato dell'opera, il contratto di disponibilità non possa riguardare opere demaniali o da realizzarsi sul demanio pubblico, quali, ad esempio, strade, cimiteri, porti, carceri, mentre risulta compatibile con la realizzazione di aree immobiliari per collocarvi uffici pubblici, complessi direzionali, spazi espositivi, edilizia economica e popolare. Nella fattispecie in cui non è prevista l'acquisizione della proprietà dell'opera da parte dell'amministrazione, il contratto di disponibilità trova la sua ideale applicazione a quei contesti in cui effettivamente il servizio sia svolto per un periodo di tempo limitato. Viceversa, qualora sia previsto il riscatto finale, lo schema negoziale presenterà diverse analogie con il *leasing in costruendo* e risulterà particolarmente adatto alla realizzazione di opere finalizzate allo svolgimento di servizi essenziali e continuativi".

previsione di cui all'art. 823 c.c., e comunque nella condizione di proprietario di un immobile da destinarsi, con ogni probabilità, ad utilizzo diverso rispetto a quello individuato nel contratto.<sup>91</sup>

In ogni caso, posto che il contratto di disponibilità ha ad oggetto la costruzione e gestione di un'opera di proprietà privata, questa “in virtù del principio civilistico dell'accessione, dovrà sorgere su terreno privato”<sup>92</sup>. Ferma la non contestabilità di questo principio di fondo, la lettura dell'art. 160 *ter* lascia allora immaginare due ipotesi. La prima è che l'opera venga realizzata su area già di proprietà dell'aggiudicatario, la seconda che l'area sulla quale realizzare l'opera debba essere espropriata a terzi.

Per quanto concerne la prima ipotesi, è stato sottolineato come essa possa determinare una “restrizione della concorrenza, tagliando fuori tutti quei soggetti che non siano in grado di offrire il bene immobile di proprietà privata”<sup>93</sup> e finendo per condizionare la decisione dell'amministrazione che fatalmente opererà una scelta anche tenendo conto del fattore determinante connesso al luogo di realizzazione dell'opera. Preoccupazioni in ogni caso sementite dalla prassi. Nelle poche applicazioni<sup>94</sup> del contratto di disponibilità che finora hanno visto la luce, si è proceduto nel senso di intervenire sopra aree in proprietà della pubblica amministrazione e sulle quali costituire diritti di superficie in favore dei privati, in linea di continuità con la soluzione resa praticabile dalla Corte dei Conti con riguardo alla contigua fattispecie del *leasing in costruendo*<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> F. ROMANENGI, *op.ult.cit.*, 504.

<sup>92</sup> G. FIDONE, *op.ult.cit.*, cit., 1063.

<sup>93</sup> *Ibidem*, 1063.

<sup>94</sup> A partire dall'esperienza-pilota del comune toscano di Massarosa per la “costruzione e messa a disposizione a favore del comune del complesso scolastico Piano di Conca”, il cui bando e schema di contratto di disponibilità sono reperibili sul sito istituzionale dell'ente: <http://www.comune.massarosa.lu.gov.it/it/home.html>. In ogni caso le applicazioni riguardano esclusivamente le cosiddette “opere fredde” (quelle insuscettibili di produrre ritorni diretti, oppure quelle in cui la funzione sociale è assolutamente predominante, e che non consentono per questo l'applicazione di tariffe e non consentono di generare flussi di cassa in grado di permettere il rimborso dei fondi impiegati per realizzarle) e principalmente coinvolgono i settori dell'edilizia scolastica e della realizzazione di impianti fotovoltaici.

<sup>95</sup> Vedi Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 49/CONTR/11: “potrebbe ammettersi l'utilizzo di questo strumento purché il diritto reale sia concesso per un periodo considerevolmente più lungo rispetto a quello previsto per il contratto di locazione finanziaria, cosicché nel momento in cui spira il termine del contratto di *leasing* il bene conservi un apprezzabile valore di mercato che, al contrario, verrebbe meno ove vi fosse coincidenza tra scadenza del contratto di locazione finanziaria e diritto di superficie. Infatti, in quest'ultimo caso, nel momento in cui cessa il diritto di superficie l'ente pubblico non solo riacquista la piena proprietà dell'area ma anche quella dell'opera realizzata sulla stessa, indipendentemente dall'esercizio del diritto di opzione e, addirittura, anche nel caso in cui non intendesse esercitare l'opzione”.

In relazione alla seconda possibilità, il quadro normativo di riferimento si compone del già riferito inciso del comma 5 dell'art. 160 *ter* ("l'amministrazione aggiudicatrice può attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante ai sensi del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327"), quant'anche del comma 3 della stessa norma che, nella parte finale, sottolinea che "gli oneri connessi agli eventuali espropri sono considerati nel quadro economico degli investimenti e finanziati nell'ambito del contratto di disponibilità"<sup>96</sup>.

La norma rinvia dunque all'art. 6 del d.p.r. n. 327/2001, secondo cui "se l'opera pubblica o di pubblica utilità va realizzata da un concessionario o contraente generale, l'amministrazione titolare del potere espropriativo può delegare, in tutto o in parte, l'esercizio dei propri poteri espropriativi, determinando chiaramente l'ambito della delega nella concessione o nell'atto di affidamento, i cui estremi vanno specificati in ogni atto del procedimento espropriativo". La disposizione, per l'effetto, equipara la posizione dell'aggiudicatario del contratto di disponibilità a quella del concessionario e del contraente generale<sup>97</sup> nell'ambito di un meccanismo di conferimento di funzioni espropriative mediante delega. Un meccanismo diverso rispetto all'ipotesi di conferimento *ex lege* di potestà espropriative ai privati<sup>98</sup>. L'art. 3, comma 1, lett. b), del Testo Unico in materia di espropriazione è infatti chiaro nel definire "autorità espropriante": "l'autorità amministrativa titolare del potere di espropriare e che cura il relativo procedimento, ovvero il soggetto privato, al quale sia stato attribuito tale potere, in base ad una norma".

Nel nostro caso di specie, non sembra ricorrere questa ipotesi: la norma riconosce infatti all'amministrazione la facoltà di attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante, postulando un momento formale di conferimento dei poteri pubblicistici connessi al procedimento ablatorio, che evidentemente può trovare collocazione nello stesso contratto di disponibilità, come pure in un momento successivo (magari in conseguenza di varianti al progetto iniziale).

<sup>96</sup> Sul punto, è stato però sottolineato come tale disposizione ponga a carico dell'amministrazione "gli oneri legati agli eventuali espropri da effettuarsi per la realizzazione dell'opera. Peraltro, dal momento che l'opera, per espressa previsione del Legislatore, sarà di proprietà privata (almeno fino all'eventuale trasferimento finale all'amministrazione), tali espropri saranno finalizzati a fare acquisire la proprietà delle aree al privato – costruttore. Pertanto, appare dubbia la coerenza della norma che pone a carico dell'amministrazione gli oneri di esproprio e che, di fatto, potrebbe fare pagare due volte all'amministrazione lo stesso bene, la prima volta al momento dell'esproprio e la seconda volta al momento del trasferimento finale della proprietà dell'opera". Così, G. FIDONE, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità*, cit., 1056–57.

<sup>97</sup> Per un approfondimento: R. DE NICOLIS, *La progettazione e l'espropriazione del general contractor*, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, 5–6, 1259.

<sup>98</sup> Per una ricognizione delle categorie dei soggetti privati investiti *ex lege* di potestà espropriative: A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, 169–170.

Le fattispecie sarebbero dunque diverse, stante il rilievo per cui, nel caso di conferimento di funzioni espropriative per delega, l'amministrazione pubblica non ne dismette la titolarità<sup>99</sup>. Nondimeno, è stato evidenziato come il combinato disposto degli artt. 3, comma 1, lett. b) e 6, comma 1, del Testo Unico sull'espropriazione, lasci emergere chiaramente "il carattere strumentale del procedimento espropriativo rispetto alla realizzazione dell'opera pubblica o di pubblica utilità. Pertanto, se l'esercizio della potestà espropriativa è connesso alla realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità dovrebbe supporre che anche il concessionario e il contraente generale possano divenire 'autorità esproprianti' in virtù del conferimento mediante delega"<sup>100</sup>. Per questa via diventa allora immaginabile una "assimilazione funzionale"<sup>101</sup> al ruolo di autorità espropriante anche per tutti quei soggetti rispetto ai quali il conferimento di funzioni espropriative avvenga per delega amministrativa, fermo tuttavia il requisito discriminante per cui il meccanismo di conferimento determini l'integrale sostituzione del privato all'amministrazione nell'esercizio della potestà espropriativa come conseguenza di un completo mutamento dell'ordine delle competenze<sup>102</sup>.

Tornando alla disciplina particolare del contratto di disponibilità, il fatto che la norma contempli la mera possibilità per l'amministrazione di attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante non sembra configurare un'ipotesi di conferimento *ex lege* di potestà espropriative, stante la necessità di una mediazione amministrativa perché il conferimento si perfezioni. In ogni caso, la fattispecie di legge descrive un meccanismo nell'ambito del quale i costi dell'esproprio sono

<sup>99</sup> Di recente, CGA Sicilia, sez. giurisd., 8 aprile 2014, n. 189, in *Il Foro amministrativo*, 2014, 4, 1134: "nell'ipotesi di trasferimento di funzioni pubbliche dal concedente al concessionario, l'amministrazione concedente non si spoglia della responsabilità relativa allo svolgimento della procedura espropriativa, secondo i suoi parametri legali, in particolare per quanto riguarda la tempistica rigorosamente prefissata, permanendo il suo obbligo di sorvegliarne il corretto svolgimento: obbligo che, oltre che dai principi generali, può derivare altresì dalla convenzione, la quale, a fronte di gravi inadempienze della concessionaria agli impegni assunti, può prevedere la decadenza dalla concessione".

<sup>100</sup> A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., 168, il quale sul punto propone gli spunti di: R. DE NICCOLIS, *Art. 3*, in *L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della repubblica 8 giugno 2001, n. 327 come modificato dal d.lgs. 302/2002*, Milano, 2003, 24; M. CONTICELLI, *La nuova disciplina del procedimento espropriativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, 464.

<sup>101</sup> A. MALTONI, *op.ult.cit.*, 168.

<sup>102</sup> *Ibidem*, 169, il quale evidenzia trattarsi di ipotesi difficilmente configurabile in concreto, in quanto dovrebbe ammettersi che l'amministrazione concedente o affidante (nelle diverse ipotesi del concessionario e del contraente generale) sia legittimata a delegare tutti i poteri inerenti al procedimento espropriativo di cui è titolare. Pertanto, allorché si ritenga che non possa affermarsi una piena coincidenza tra le funzioni esercitate dai concessionari o contraenti generali delegati e quelle dei privati conferitari *ex lege*, a norma dell'art. 3, comma 1, lett. b), T.U. 'autorità espropriante' appare soltanto l'amministrazione pubblica delegante, quand'anche la stessa abbia delegato una parte dei suoi poteri a soggetti privati

comunque a carico dell'amministrazione. Un punto che, come abbiamo visto, viene chiarito nell'ultimo alinea del comma 3 dell'art 160 *ter* ccp. Una soluzione che appare coerente con gli indirizzi giurisprudenziali<sup>103</sup> che si sono formati in ordine alle modalità di trasferimento di funzioni e potestà espropriative nei confronti del concessionario e che appare adeguata nella prospettiva della realizzazione di un'opera pubblica (o comunque funzionale al pubblico interesse) e destinata, in un secondo momento, a diventare opera pubblica anche sul piano della appartenenza proprietaria.

Da tutto ciò sembrerebbe allora potersi dedurre, pur nel silenzio del legislatore sul punto, che la facoltà di attribuire al privato la qualifica di autorità espropriante possa essere utilizzata dall'amministrazione in sede di contratto di disponibilità soltanto in tutti quei casi in cui il congegno negoziale preveda un patto di riscatto obbligatorio in capo all'amministrazione, con conseguente trasferimento del bene nella proprietà dell'amministrazione alla scadenza del periodo di messa a disposizione del bene, questo torni nella sfera di utilizzo del privato, la stessa sarebbe arricchita per effetto di una procedura ablatoria i cui oneri sono stati sostenuti dal *partner* pubblico.

---

<sup>103</sup> Vedi Cass. civ., sez. I., 21 maggio 2003, n. 7950, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, I, 155: "nell'ipotesi di concorso di più enti nell'attuazione dell'opera pubblica, deve aversi riguardo al soggetto che nel provvedimento ablatorio risulta beneficiario dell'espropriazione, salvo che dal decreto stesso non emerga che ad altro ente, in virtù di legge o di atti amministrativi e mediante figure sostitutive a rilevanza esterna (delegazione amministrativa, affidamento improprio, concessione traslativa), sia stato conferito il potere ed il compito di procedere all'acquisizione delle aree occorrenti e di promuovere e curare direttamente, agendo in nome proprio, le necessarie procedure espropriative, ed addossarsi i relativi oneri; solo in questi ultimi casi, infatti, si verifica una situazione in cui, legittimato a compiere l'attività con competenza propria, sia un ente diverso da quello cui l'opera spetta, e, come in ipotesi di provvedimento di concessione di un'opera pubblica e delle relative espropriazioni mediante delega dei relativi poteri, si verifica il trasferimento di funzioni e potestà proprie dell'espropriante al concessionario. Sicché quest'ultimo diviene, in veste di soggetto attivo del rapporto espropriativo, l'unico titolare di tutte le obbligazioni che ad esso si ricollegano ed il solo legittimato passivo nell'eventuale giudizio di opposizione alla determinazione delle corrispondenti indennità". Più di recente il Consiglio di Stato (sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4229, in *Il Foro amministrativo CdS*, 2013, 7-8, 2043) ha sottolineato come il ricorso a una concessione traslativa per l'attribuzione al concessionario della titolarità di poteri espropriativi, non possa comportare l'esclusione di ogni responsabilità al riguardo del concedente. Perché ciò avvenga, il principio di legalità dell'azione amministrativa impone che l'attribuzione all'affidatario dei poteri espropriativi e l'accollo da parte sua degli obblighi indennitari siano previsti da una legge che espressamente li autorizzi. D'altra parte, sottolinea la decisione "ove detta legge non lo preveda o non lo consenta, l'accollo degli obblighi indennitari e risarcitori può essere utilmente invocato purché non sia rimasto fatto interno tra espropriante ed affidatario e quest'ultimo, nell'attività che lo abbia portato in contatto con il soggetto passivo dell'esproprio, si sia correttamente manifestato come titolare delle relative obbligazioni, oltre che investito dell'esercizio del potere espropriativo".

Una soluzione che peraltro si riflette anche sulla connessa problematica relativa all'individuazione dello strumento giuridico attraverso il quale avvenga il conferimento dei poteri espropriativi.

A tal proposito, come visto, l'art. 6 del T.U. sull'espropriazione parla di amministrazione che "può delegare" l'esercizio dei poteri espropriativi, ma viene da chiedersi se il richiamo al meccanismo della delega sia fatto dal legislatore nel suo significato tecnico ovvero atecnico.

È stato al riguardo segnalato che "la fattispecie in esame potrebbe qualificarsi o come delegazione amministrativa intersoggettiva o come concessione traslativa di funzioni pubbliche"<sup>104</sup>. In entrambi i modelli, il conferimento non determina il trasferimento della titolarità del relativo potere, ma riguarda il mero esercizio del potere amministrativo. Ne consegue pertanto la permanenza in capo al soggetto delegante di rilevanti poteri che possono incidere sull'esercizio del potere, sotto i diversi profili della direzione, del controllo e della revoca.

Fermo il perseguimento di finalità di pubblico interesse, altro elemento che accomuna le fattispecie è che tanto il concessionario quanto il delegato agiscono in nome proprio. Tuttavia, mentre il concessionario, oltre alla cura dell'interesse pubblico, soddisfa anche interessi propri, diversa è la condizione del delegato, che persegue per definizione il solo interesse del delegante, quindi dell'amministrazione, perché "la delegazione intersoggettiva è istituto, almeno secondo la concezione generalmente accolta, la cui portata non travalica l'ambito dei rapporti organizzativi intercorrenti tra amministrazioni pubbliche" e realizza "una deroga dell'ordine delle competenze amministrative"<sup>105</sup>.

Poste queste premesse, la fattispecie di cui al T.U. sull'espropriazione appare preferibilmente accostabile al modello della concessione traslativa, sia con riferimento al concessionario di opera pubblica, sia con riferimento al contraente generale. Lo stesso potrebbe peraltro dirsi per l'aggiudicatario del contratto di disponibilità, il quale, attraverso l'esercizio di poteri espropriativi, persegue sicuramente un interesse proprio, stante la funzionalità/strumentalità dell'espropriazione alla realizzazione dell'opera oggetto del contratto.

Se il conferimento di potestà espropriative passa dunque per un momento concessorio, resta da individuare la collocazione giuridica di tale momento. In particolare resta da chiedersi se siano a tal proposito ripetibili per il contratto di disponibilità le riflessioni maturate in relazione al caso del concessionario di opera pubblica e del contraente generale. In entrambi i casi, infatti, il momento del conferimento viene individuato nel contratto che regola la fattispecie: quello di concessione per la prima ipotesi, quello di affidamento a contraente

<sup>104</sup> A. MALTONI, *op.ult.cit.*, 172-173, cui si rinvia anche per i riferimenti di dottrina sull'argomento.

<sup>105</sup> Gli ultimi due virgolettati recuperano ancora espressioni di A. MALTONI, *op.ult.cit.*, 173.

generale per la seconda. Segnatamente “il veicolo del conferimento sembrerebbe doversi individuare in una clausola contrattuale ad oggetto pubblico”<sup>106</sup>.

Considerazioni che possono sicuramente ripetersi per il contratto di disponibilità, immaginando il conferimento di potestà espropriative come clausola dello stesso, apponibile quando le necessità espropriative siano evidenti già dal momento della stipula, e al contempo perfezionando il meccanismo con il riferito patto di riscatto obbligatorio. Sennonché va comunque sottolineata la peculiarità del contratto di disponibilità rispetto ai meccanismi concessori tradizionali. Infatti, come abbiamo avuto modo di vedere, concessioni di opera pubblica e affidamento a contraente generale descrivono modelli operativi nei quali il grado di progettazione dell'intervento è definito. Non è così, come sappiamo, per il contratto di disponibilità, come conferma la già descritta disciplina delle varianti. Siamo al cospetto di una fattispecie che, sul piano della definizione dell'intervento, è a formazione progressiva e tutta nella dominabilità dell'operatore privato. Le necessità espropriative ben possono pertanto emergere in corso di realizzazione, postulando allora un nuovo momento provvedimentale/concessorio da parte della pubblica amministrazione, inteso al conferimento delle potestà espropriative, ma più probabilmente immaginando una rinegoziazione del contratto finalizzata, da un lato, all'individuazione della possibilità, misura e finanziamento dell'intervento ablatorio<sup>107</sup>, dall'altro alla previsione di una clausola di riscatto dell'opera da parte della pubblica amministrazione alla scadenza del periodo di messa a disposizione.

#### 6. *La pubblica amministrazione come contraente forte. La revisione degli impegni tra risoluzione automatica e potere di revoca.*

La disciplina del contratto di disponibilità riserva alla pubblica amministrazione una pluralità di strumenti per tutelare l'interesse pubblico finale e rimettere in discussione l'assetto degli interessi cristallizzato attraverso il congegno negoziale.

Il primo di questi è rappresentato dall'istituto del collaudo, la cui attività è disciplinata dal comma 6 dell'art. 160 *ter*, norma che, nell'ambito di una previsione all'apparenza unitaria, in realtà contempla una serie di opzioni per la verifica e revisione degli impegni concordati.

<sup>106</sup> *Ibidem*, 175.

<sup>107</sup> Del resto non manca chi sottolinea che “più agevolmente potrebbe ... sostenersi che ai privati le funzioni espropriative debbano essere conferite con apposito atto di delega – del resto è la legge a richiedere che sia specificato l'ambito delega – e che nel contratto di concessione o in quello che disciplina la realizzazione delle opere da parte di un contraente generale sia semplicemente indicata la ‘misura’ delle funzioni espropriative conferite”. Vedi ancora A. MALTONI, *op.ult.cit.*, 175.

L'attività di collaudo, come già accennato, assume una rilevanza centrale nella disciplina del contratto di disponibilità, perché interviene a opera conclusa e serve per verificare l'utilizzabilità della stessa in funzione di cura dell'interesse pubblico sotteso alla stipula del contratto di disponibilità. Sotto questo profilo la norma non ammette fraintendimenti e lascia un ampio margine di manovra all'amministrazione nel sottolineare come l'adempimento degli obblighi contrattuali da parte dell'amministrazione resti condizionato al "positivo controllo della realizzazione dell'opera ed alla messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste dal contratto di disponibilità", quindi al superamento del collaudo.

Dagli esiti dell'attività di collaudo può derivare poi la "prescrizione" della riduzione del canone di disponibilità. A tal riguardo, emergono due questioni principali. Innanzitutto la norma sembra configurare l'ipotesi della riduzione del canone di disponibilità come una sorta di *extrema ratio*. Il legislatore si preoccupa infatti di stabilire previamente tutta una serie di prescrizioni possibili, per così dire "naturali", dell'attività di collaudo stabilendo che in quella sede possano essere ordinate dall'amministrazione "modificazioni, varianti e rifacimento di lavori eseguiti". Da ultimo, poi, la norma fa riferimento alla riduzione del canone di disponibilità, nell'ambito di una previsione che appare mal posta. Se l'intento della legislatore è, per l'appunto, quello che l'amministrazione possa attingere allo strumento della riduzione del canone solo dopo il vano ricorso a modificazioni e varianti, lo si poteva dire meglio perché, posta in questi termini, la norma sembra mettere sullo stesso piano tutta una serie di opzioni, finendo per lasciare un margine di discrezionalità troppo ampio all'amministrazione all'esito del collaudo. Margine di discrezionalità che stona rispetto alla precedenti previsioni sulla dominabilità assoluta da parte dell'affidatario di tutto il ciclo progettuale e realizzativo e, soprattutto, può rappresentare un *vulnus* nella prospettiva di attrattività dell'istituto del contratto di disponibilità, non in linea con l'ambizione del modello classico del partenariato che delimita gli spazi di attività tra pubblico e privato senza però lasciare il privato in scacco dell'amministrazione.

La seconda questione rappresenta poi una conseguenza della prima. La norma dice che l'attività di collaudo "può prescrivere" una serie di misure tra cui, abbiamo visto, la riduzione del canone di disponibilità. Sorvolando sulla non felice forma letterale, viene da chiedersi se il privato abbia possibilità di dialogo su queste misure o debba essere solo destinatario delle stesse.

Milita in questa seconda direzione la previsione secondo cui "il contratto individua, anche a salvaguardia degli enti finanziatori, il limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto"<sup>108</sup>. La previsione stabilisce pertanto che sia il contratto a determinare uno strumento automatico di risoluzione nel caso in cui l'amministrazione preveda una riduzione del canone

<sup>108</sup> Ancora art. 160 *ter* ccp, comma 6, alinea 2.

al di sotto della soglia stabilita nel congegno negoziale. Posto che la soglia è stata pattuita dalle parti in sede di negoziazione del contratto, evidentemente questo è l'unico luogo di dialogo sul punto per il privato. Successivamente resiederà spazio di decisione solo per la pubblica amministrazione, che sarà libera di scegliere, all'esito del collaudo, se e quale strumento di protezione dell'interesse pubblico attivare in un ventaglio ampio che muove dalla richiesta di modificazioni progettuali e varianti, passa per l'ordine di rifacimento di lavori già eseguiti, approda alla riduzione del canone, opzione attingibile almeno nella misura in cui non si vada al di sotto della soglia pattiziamente determinata come soglia di risoluzione.

A ben riflettere, sembra che la previsione possa sfuggire di mano allo stesso legislatore, posto che, nella norma, l'opzione della risoluzione in caso di riduzione del canone sotto soglia viene prospettata "anche a salvaguardia degli enti finanziatori"<sup>109</sup>. In realtà può diventare agevolmente uno strumento per l'amministrazione<sup>110</sup> per tornare sui suoi passi e non ottemperare agli impegni contrat-

<sup>109</sup> Non è chiaro a cosa voglia alludere la norma quando parla di opzione a tutela anche dei soggetti finanziatori: "forse, si è voluto considerare che l'immobile diviene disponibile per altro uso, con possibilità di una rendita più alta e, quindi, con beneficio dei soggetti che hanno diritto ai rimborsi dei finanziamenti concessi". Cfr. F. ROMANENGI, *Breve analisi*, cit., 504.

<sup>110</sup> Che la norma sia iper-garantista per l'amministrazione è peraltro dato che emerge anche dalla già citata determinazione dell'AVCP n. 4 del 22 maggio 2013, laddove si legge che "la circostanza che la soglia di risoluzione del contratto sia citata nella parte relativa alle operazioni di collaudo non deve far ritenere che il contratto possa essere risolto solo in caso di difetti emersi in tale sede: la norma deve essere intesa nel senso di fornire le più ampie garanzie alla stazione appaltante, per cui si deve concludere che la soglia sia vincolante anche dopo il collaudo, in fase di gestione tecnica, nel corso della quale l'affidatario deve garantire la piena fruibilità dell'opera realizzata. In ogni caso, l'individuazione della soglia di risoluzione risulta cruciale per le sorti del rapporto contrattuale. In linea di principio, la stazione appaltante deve trovare il giusto equilibrio tra due esigenze contrapposte: da un lato, avere la garanzia di una gestione efficiente dell'opera e, dall'altro, evitare che si giunga alla risoluzione del contratto per malfunzionamenti o criticità di lieve entità. Poiché la soglia costituisce lo spartiacque tra la prosecuzione del rapporto tra le parti e la sua cessazione, la stazione appaltante deve chiaramente indicarla nel contratto, come previsto dall'art. 160-ter, comma 6, anche al fine di consentire ai potenziali concorrenti la formulazione di un'offerta economica in funzione dei rischi effettivi di gestione dell'opera". L'interpretazione dell'Autorità è dunque nel senso ritenere che la risoluzione scatti all'esito di riduzione scelta dall'amministrazione dopo il collaudo, quindi per il mancato rispetto del capitolato prestazionale, ma anche nell'ipotesi prevista dal comma 1, lett. a) dell'art. 160-ter, secondo cui "il canone è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice ai sensi del comma 3". In questo caso, chiarisce ancora l'Autorità nella stessa determinazione, "la riduzione del canone risponde a precise esigenze di tutela delle parti interessate e degli utenti finali del servizio che viene erogato mediante l'opera realizzata. Considerato che il contratto non avrà una durata limitata, bensì impegnerà le parti per un periodo medio-lungo, al fine di ottenere le più ampie garanzie circa il rispetto degli *standard* fissati nel contratto, nonché di prevenire possibili controversie con l'affidatario, prima della stipula del contratto, la stazione appaltante dovrà effettuare un'attenta e puntuale

tuali assunti in sede di stipula individuando, all'esito del collaudo, una riduzione del canone in misura tale da far scattare la risoluzione automatica.

L'indagine sugli strumenti nella disponibilità della pubblica amministrazione per tutelare l'interesse pubblico anche successivamente alla stipula del contratto di disponibilità passa poi per la considerazione dello stesso quale contratto di durata, nel quale il termine finale è determinato dalla scadenza del congegno negoziale<sup>111</sup>. È un tratto che peraltro caratterizza tutti gli strumenti del partenariato pubblico-privato e dal quale discendono conseguenze su due piani. Sul primo piano, la conseguenza sta nell'applicazione dei "principi civilistici generali: la possibilità di recesso dopo che il contratto ha avuto un principio di esecuzione; la risoluzione (o – invece – la modifica) per eccessiva onerosità sopravvenuta; la non ripetibilità dei corrispettivi per le prestazioni già eseguite, anche nei casi di inefficacia retroattiva del contratto"<sup>112</sup>.

Il secondo piano riguarda invece il potere di revoca conseguente alla vicenda a effetti durevoli che si instaura con l'aggiudicazione definitiva<sup>113</sup> del contratto di disponibilità. Tale potere è ovviamente sperimentabile alle condizioni e nelle circostanze descritte dall'art. 21 *quinquies* della l. n. 241 del 1990<sup>114</sup> e postula l'obbligo

---

analisi di tutti i rischi connessi alla gestione dell'opera. Tale analisi servirà a tenere ben distinti i rischi che possono essere controllati direttamente dal contraente e che, quindi, dovrebbero tradursi in fattispecie da associare alla riduzione del canone, da quelli che invece sfuggono alla sua sfera di controllo. Ad esempio, eventuali criticità connesse all'erogazione dei servizi idrico-energetici possono essere attribuite a difetti o malfunzionamenti sia delle opere e degli allacci realizzati dall'affidatario sia degli impianti e delle strutture che fanno capo al soggetto gestore della rete. Solo la prima circostanza appare idonea a costituire un'ipotesi di riduzione del canone, in quanto associata ad elementi che rientrano nel pieno controllo dell'affidatario".

<sup>111</sup> S. AMOROSINO, *Profili sistematici*, cit., 390.

<sup>112</sup> S. AMOROSINO, *Profili sistematici*, cit., 390.

<sup>113</sup> Per un quadro degli indirizzi giurisprudenziali sull'argomento: F. CORTESE, *La revoca negli appalti pubblici tra danno precontrattuale e indennizzo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, 2, 169.

<sup>114</sup> La prima ipotesi che al riguardo emerge è quella della revoca per sopravvenienza, collegata all'emergere di nuove situazioni di fatto (non prevedibili al momento dell'adozione del provvedimento, per effetto delle previsioni dell'articolo 25, comma 1, lettera b-ter, del D.L. 12 settembre 2014, n. 133, che ha riformato sul punto l'art. 21 *quinquies* della l. n. 241 del 1990) o di nuovi interessi che impongono all'amministrazione l'adozione del provvedimento eliminatorio. L'altra ipotesi di revoca può riguardare poi il modello del cd. *jus poenitendi*, ovvero la revoca per ripensamento, che sappiamo essere praticabile solo a fronte di nuove circostanze che legittimino il ripensamento, come l'emergere, in un momento successivo, di un dato esistente al tempo della stipula ma conosciuto dall'amministrazione solo dopo la stessa e che, se conosciuto per tempo, avrebbe fatto mutare orientamento all'amministrazione, scoraggiandola rispetto alla conclusione dell'operazione. Rispetto a ipotesi del genere, il rimedio per la parte privata sta ovviamente nel ricorso al giudice amministrativo perché annulli la revoca non fondata su presupposti obbiettivi, ma a monte sta "nell'inserimento nei contratti o convenzioni di sostanziose clausole penali per le ipotesi di 'ripensamenti' puramente politici; clausole assistite da clausole arbitrali molto ampie, nel senso che il collegio arbi-

di indennizzo a favore del privato per i pregiudizi sofferti. In punto di commisurazione dell'indennizzo è stata peraltro suggerita l'estensione in via analogica "a tutte le figure di PPP ad oggetto infrastrutturale ed urbanistico"<sup>115</sup>, compreso dunque il contratto di disponibilità, della disciplina dettata dall'art. 158 del Codice dei contratti pubblici per l'ipotesi di revoca della concessione<sup>116</sup>. Secondo la norma, infatti, qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del soggetto concedente ovvero quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse, sono rimborsati al concessionario: a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione; c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario. Una soluzione che appare adeguata alla dimensione concessoria cui abbiamo visto ascrivere il contratto di disponibilità ma che, al tempo stesso, è sostanzialmente sovrapponibile alla disciplina della revoca (per sopravvenienza) dell'aggiudicazione incidente sul contratto di appalto di lavori pubblici, per la quale l'autorevole e recente giurisprudenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>117</sup> invoca l'uti-

---

trale viene chiamato a decidere secondo diritto ed equità". Così, S. AMOROSINO, *Profili sistematici del partenariato pubblico-privato per le infrastrutture e le trasformazioni urbanistiche*, cit., 392.

<sup>115</sup> *Ibidem*, 391.

<sup>116</sup> Sull'applicazione della disposizione in materia di finanza di progetto, in giurisprudenza, di recente: Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2013, n. 1315, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 3, 766; T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 8 febbraio 2011, n. 210, in *Foro Amm. TAR*, 2011, 2, 390: "in caso di revoca della procedura di "project financing", per le questioni patrimoniali sovviene l'art. 158 del d. lg. n. 163 del 2006, che va applicato in ragione della specificità dell'istituto citato, non potendosi aderire a quella giurisprudenza che ha, invece, individuato la fonte regolamentare dell'indennizzo nell'art. 21 *quinquies*, comma 1 bis della l. n. 241 del 1990: l'art. 158 cit., riproponendo pedissequamente l'art. 37 *septies* della l. n. 109 del 1994, detta i criteri di calcolo di quanto spettante al concessionario – la disposizione è chiaramente tesa a porre il concessionario al riparo degli effetti conseguenti ad una possibile rivalutazione dell'interesse pubblico, prevedendo a suo favore un obbligo di tipo strettamente indennitario (nel senso che a questa espressione è comunemente assegnato dalla dottrina civilistica, di "responsabilità da atto lecito") – per l'ipotesi in cui l'Amministrazione "revochi la concessione per motivi di pubblico interesse". Per un commento all'art. 37 *septies* della legge quadro sui lavori pubblici n. 104 del 1994: M. PROTTO, *Art. 37-septies (risoluzione)*, in AA.VV., *La riforma dei lavori pubblici*, commentario diretto da A. ANGELETTI, Torino, 2000, 797; A. TULLIO, *La concessione di costruzione e gestione*, cit., 323ss.

<sup>117</sup> Cons. St., ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, in *Il Foro amministrativo*, 2014, 6, 1671. Per un'applicazione successiva: Cons. St., sez. V, 30 luglio 2014, n. 4025, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sui limiti che incontra la pubblica amministrazione nell'utilizzo del diritto potestativo di recesso negli appalti pubblici, S. VINI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 560ss.

lizzo dello strumento del recesso come disciplinato dall'art. 134 del ccp e a tenore del quale “la stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite”.

### 7. *Considerazioni conclusive.*

La disciplina del contratto di disponibilità, ma ancor più la sua applicazione, lasciano evidentemente parecchi punti oscuri. In primo luogo, la prassi descrive uno strumento che non presenta apprezzabili differenze rispetto al modello del *leasing in costruendo* di cui all'art. 160 *bis* del codice dei contratti pubblici. Le differenze strutturali ovviamente esistono nella disciplina normativa e attengono prevalentemente a profili operativi e procedurali, ma le amministrazioni sembrano ritenere i due modelli fungibili, o meglio l'uno, il contratto di disponibilità, capace di superare le criticità emerse nella metodica applicativa dell'altro.

La locazione finanziaria di opere pubbliche, nel modello di maggiore utilizzo del *leasing* traslativo, è infatti quel contratto mediante il quale la pubblica amministrazione si impegna al pagamento di un canone periodico al locatore, a fronte del godimento di un bene del quale acquisterà la proprietà alla scadenza naturale del contratto e dietro pagamento di un importo a conguaglio. Il pagamento del canone, in questo caso, non è dunque il corrispettivo per la disponibilità del bene in locazione, quanto piuttosto una modalità pattizia per restituire il finanziamento. La causa negoziale è dunque il finanziamento funzionale alla realizzazione del bene. Rispetto al modello del contratto di disponibilità, l'oggetto della locazione è sicuramente più ridotto, perché circoscritto alla sola costruzione di un'opera e/o messa a disposizione della stessa nella direzione privato-amministrazione.

Nondimeno le pur scarse applicazioni del contratto di disponibilità ne svelano un utilizzo coincidente con quello del *leasing* finanziario. Gli schemi di contratto di disponibilità predisposti dalle amministrazioni per solito descrivono una fattispecie nell'ambito della quale, al termine del periodo di messa in disponibilità del bene, l'amministrazione ne acquisisce la proprietà attraverso clausole di riscatto che non postulano l'esborso di somme ulteriori rispetto a quelle già corrisposte con il pagamento dei canoni periodici. Su di un piano diverso, ma pur sempre relativo al concreto funzionamento dell'istituto, come abbiamo visto, le amministrazioni “risolvono” la questione della proprietà delle aree d'intervento utilizzando suoli pubblici e costituendo su di essi diritti di superficie in favore dei privati, in linea con la prassi sviluppatasi per la locazione finanziaria<sup>118</sup>.

Le amministrazioni sembrano dunque utilizzare il contratto di disponibilità come sistema di finanziamento privato nella realizzazione di opere pubbliche,

<sup>118</sup> *Supra*, note 95 e 96.

nell'ambito di una prassi che evidenzia un uso del congegno contrattuale del tutto sovrapponibile, sul piano della "concreta" causa del negozio (non quella immaginata dal legislatore e consistente nella costruzione e messa a disposizione dell'amministrazione di un bene del privato a fonte del pagamento di una canone periodico di utilizzo), rispetto alla locazione finanziaria, ma al tempo stesso più attrattivo per le pubbliche amministrazioni.

La maggiore attrattività per il *partner* pubblico deriva dalla circostanza per cui, nella sottoscrizione del contratto di disponibilità, non è previsto l'intervento di un soggetto finanziatore, com'è invece prassi nel meccanismo di *leasing*, laddove gli istituti bancari, impegnati in prima linea nel finanziamento dell'operazione, svolgono accurate indagini sul *rating* delle amministrazioni, per saggiarne la solvibilità e quindi la sicurezza del finanziamento. Nel contratto di disponibilità, che non presenta struttura trilaterale ma bilaterale, il rischio economico finisce per incidere tutto e solo sul privato, il quale dovrà ottenere autonomamente l'eventuale (solitamente indispensabile) finanziamento, accollandosi anche il relativo *screening* sull'affidabilità dell'impresa come garanzia dell'investimento.

Ma vi è di più, perché la maggiore attrattività del contratto di disponibilità rispetto alla locazione, sul fronte degli interessi delle amministrazioni, riguarda anche gli aspetti di contabilizzazione delle attività. La Ragioneria Generale dello Stato, nei Principi allegati al D.P.C.M. del 28 dicembre 2011 sull'armonizzazione dei sistemi contabili di Regioni e enti locali (ai sensi del D.L. n. 118 del 2011) ha infatti chiarito che il *leasing in costruendo* debba essere contabilizzato nel Patto di stabilità degli enti locali<sup>119</sup>, dovendosi pertanto prendere in considerazione l'intero investimento e non soltanto i canoni annuali. L'effetto è dunque, sul piano della contabilità, quello di una sostanziale equiparazione alle operazioni di mutuo, e una conseguenziale perdita di appetibilità dello strumento dal punto di vista delle amministrazioni<sup>120</sup>.

<sup>119</sup> Cfr. punto 3.25 dell'allegato 2, laddove si legge che "per il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, come previsto dal SEC 95, dallo IAS 17 e dalla giurisprudenza consolidata, il *leasing* finanziario ed i contratti assimilati costituiscono debito che finanzia l'investimento. Nel corso della sperimentazione di cui all'articolo 35 del decreto 118 del 2011, in attesa dell'aggiornamento della definizione dell'indebitamento di cui all'art. 3, comma 17 della legge 350/2003 ad opera dei decreti legislativi integrativi e correttivi previsti dall'articolo 2, comma 7, della legge n. 42 del 2009, il *leasing* finanziario e le operazioni assimilate sono registrate con le medesime scritture utilizzate per gli investimenti finanziati da debito. Le operazioni di *leasing* finanziario sono contabilizzate secondo il cd. metodo finanziario al fine di rilevare sostanzialmente che l'ente si sta indebitando per acquisire un bene".

<sup>120</sup> Che il contratto di disponibilità invece non costituisca indebitamento per gli enti locali è evidenziato dalla Corte dei Conti, sez. controllo Emilia Romagna, deliberazione n. 432/2012/PAR, fermo il limite per cui "il regolamento negoziale, concretamente predisposto, sia rispettoso della disciplina dettata dal legislatore, in particolare per quanto concerne i rischi di costruzione e di disponibilità. Nel caso in cui, infatti, l'operazione si allontanasse dal tipo legale, accollando all'amministrazione parte dei citati rischi, la stessa avrebbe il solo nome di contratto di disponibilità, ma non la sostanza, dovendo di

A fronte dei descritti, evidenti vantaggi per le amministrazioni, non sembrano riscontabili vantaggi reciproci, quanto meno sul piano della pari intensità, per la parte privata. Su di essa infatti, come visto gravano rischi e incognite.

I primi sono paesi nella disciplina normativa che svela una singolare concentrazione di rischi sul *partner* privato (costruzione, gestione, manutenzione, disponibilità), singolare rispetto agli altri strumenti del partenariato che si segnalano per un maggiore equilibrio nell'allocazione degli stessi tra le parti del rapporto.

Le seconde non sono evidenti nella disciplina normativa, ma emergono dai suoi silenzi. Il silenzio in punto di delimitazione dei poteri di autotutela dell'amministrazione, allo stato troppo ampi, tali da esporre il privato a rischi eccessivi sul piano della possibile riconsiderazione degli accordi e quindi inidonei a restituire l'idea dell'amministrazione come "contraente credibile"<sup>121</sup>. Il silenzio sulla sorte della proprietà delle aree espropriate una volta scaduto il periodo di vigenza del contratto e che porta a immaginare l'utilizzabilità dello strumento negoziale, qualora sussistano necessità espropriative, solo per fattispecie che prevedano l'obbligatorio riscatto da parte dell'amministrazione.

Una miscela di rischi e incognite che peraltro sembra tradire la stessa aderenza ai modelli partenariali, il cui tratto caratterizzante, in via di premessa, abbiamo individuato nella realizzazione di attività in collaborazione tra pubblico e privato. In questa prospettiva, viene allora da chiedersi se l'istituto del contratto di disponibilità possa concretamente contribuire all'ambizioso e non facile obiettivo della legislazione emergenziale di questi anni, che ha come principale aspirazione il rilancio dell'economia in un periodo di stagnazione.

Nel secolo scorso, il superamento della "Grande depressione" degli anni Trenta passò, come è noto, per politiche espansive della sfera pubblica. Una tipologia di intervento che, pur con molteplici sfumature e non senza difficoltà, derivanti dai nuovi assetti dell'economia globalizzata e dal freno delle istituzioni sovranazionali, ha sicuramente caratterizzato anche la prima fase della risposta alla crisi attuale<sup>122</sup>.

---

conseguenza essere considerata elusiva. L'ente locale, infatti, finirebbe per ottenere la disponibilità di un immobile, mediante un'operazione non rappresentata nelle scritture contabili come indebitamento, pur in assenza di una decisiva assunzione di rischi da parte dell'affidatario".

<sup>121</sup> G. PERICU, *Verso nuovi modelli giuridici nel rapporto pubblico-privato*, ora in ID., *Scritti scelti*, Milano, 2009, 627.

<sup>122</sup> G. NAPOLITANO, *Espansione o riduzione dello Stato? I Poteri pubblici di fronte alla crisi*, in ID. (a cura di), *Uscire dalla crisi*, cit., 481. Che l'andamento della crisi economica abbia determinato una riscoperta del ruolo dello Stato e la sollecitazione dell'intervento dei pubblici poteri è dato ricorrente nella recente letteratura che sottolinea, tra l'altro, anche il ritorno all'utilizzo degli strumenti tradizionali del diritto amministrativo. Si veda, F. MERUSI, *La crisi e il diritto amministrativo*, cit., 483; A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 957; G. ROSSI, *Pubblico*

Si è trattato tuttavia di una “stagione breve”<sup>123</sup>, non risolutiva in termini di obiettivi raggiunti, e alla quale ha fatto seguito una nuova oscillazione verso il privato, il cui avanzamento nell’economia viene favorito dal legislatore attraverso la riduzione della burocrazia e il potenziamento dei modelli partenariali.

Siamo partiti infatti dal sottolineare la collocazione della previsione sul contratto di disponibilità nell’ambito del cd. decreto Liberalizzazioni e dal cercare di evidenziare, nell’ambito della nozione atecnica di liberalizzazione, tracce che consentissero di immaginarne applicazioni nel diritto degli appalti. Quelle tracce sono state individuate nell’ambizione di offrire strumenti capaci di migliorare, sul piano quantitativo e qualitativo, l’apporto del privato nel mercato delle commesse pubbliche, nella direzione di riconoscere agli operatori economici nuovi e più qualificati spazi di manovra “secondo criteri di dialogo e di flessibilità”<sup>124</sup>. Se questa doveva essere dunque l’ambizione, essa appare tradita dalla disciplina del contratto di disponibilità. L’arricchimento del quadro di possibilità operative del partenariato pubblico privato doveva infatti passare necessariamente per la creazione di strumenti più sofisticati, di più evoluto dialogo tra amministrazioni e imprese, e non per timide varianti di strumenti già noti.

Quella del contratto di disponibilità appare piuttosto una procedura ingessata<sup>125</sup> che, nel poggiarsi su schemi preconfezionati dall’amministrazione, a dispetto del nome, di realmente contrattuale ha ben poco. Le modalità di aggiudicazione ricalcano pedissequamente quelle dell’appalto di lavori e la fisiologia del rapporto soffre di una troppo marcata divisione dei ruoli tra pubblico e privato, nella quale viene a mancare ogni confronto sulle concrete modalità di realizzazione dell’intervento, obiettivo non trascurabile se l’intento finale è quello di rilanciare il partenariato pubblico-privato<sup>126</sup> attraverso l’implementazione di modelli più raffinati ed efficaci.

---

e privato nell’economia semiglobalizzata, cit., 63; F. LIGUORI, *Notazioni sulla presunta fine del dualismo tra pubblico e privato*, cit.

<sup>123</sup> G. NAPOLITANO, *Espansione o riduzione dello Stato?*, cit., 483, il quale ne spiega le ragioni: “la disciplina del mercato non ha risparmiato gli Stati, sottoposti all’impetuoso giudizio delle agenzie di rating e all’andamento, talora schizofrenico, di titoli e borse. La riduzione dell’intervento pubblico in alcuni paesi è stata resa necessaria dalle condizioni imposte nell’ambito dei programmi di assistenza finanziaria ... Analoghe strategie sono state adottate in altri Stati membri per recuperare credibilità sui mercati internazionali e per aderire ai più stringenti requisiti di sostenibilità fiscale fissati a livello europeo”.

<sup>124</sup> G.F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati*, cit., 246.

<sup>125</sup> G. FIDONE, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità*, cit., 1069–70, il quale sottolinea i rischi connessi alla “tendenza del Legislatore alla iper-regolazione e alla tipizzazione di molteplici modelli contrattuali, ciascuno con proprie peculiarità, sia per l’affidamento del contratto che per la sua esecuzione”.

<sup>126</sup> A. TONETTI, *Gli aiuti alle imprese e il rilancio dell’economia*, cit., 228, sottolinea come a livello europeo “l’Italia risulta ancora in coda, sia per numero che per valore, nella classifica delle operazioni di partenariato pubblico-privato effettivamente realizzate”.

PUBLIC PROCUREMENT AND POLICY  
OF LIBERALIZATION: THE CONTRACT  
OF AVAILABILITY

by Fortunato Gambardella

In the last years, the lawmaker develops processes of liberalization not only in construction and trade but also in the public procurement market to get a greater opening to the competition. The recent normative provisions want to achieve an engagement of the private operators that exceeds the traditional model of realization of public works, through the most advanced instruments that draw the resources of the private operators for the ownership of the areas and for the means to achieve them. In this field fits the contract of availability (art. 44, d.l. n. 1/2014), it represents a contractual deed through which is given the task to a private operator to build and manage a work of private ownership to make available to the public administration upon payment of a periodic rent.



## La disciplina dell'autorizzazione paesaggistica tra esigenze di semplificazione e garanzie costituzionali

di Enrico Zampetti

SOMMARIO: 1. Premessa. La *ratio* di semplificazione alla base dell'ultima modifica dell'articolo 146 del d.lgs. n. 42 del 2004. – 2. Il quadro normativo di riferimento e gli orientamenti della giurisprudenza. – 3. *Ratio* semplificatrice e garanzie costituzionali. – 4. Osservazioni conclusive. Interpretazione costituzionalmente orientata dell'attuale disciplina.

### 1. *Premessa. La ratio di semplificazione alla base dell'ultima modifica dell'articolo 146 del d.lgs. n. 42 del 2004.*

La recente modifica dell'articolo 146 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, a opera del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, offre l'occasione per svolgere alcune riflessioni sulla disciplina generale del procedimento di autorizzazione paesaggistica, con particolare riferimento agli aspetti relativi all'acquisizione del parere della Soprintendenza<sup>1</sup>. Sebbene la modifica si limiti a ribadire quanto essenzialmente già previsto dalla previgente disciplina<sup>2</sup>, il nuovo intervento tende a valorizzare ulteriormente

---

<sup>1</sup> L'articolo 25 del d.l. 13.09.2014 n. 133 così dispone testualmente “all'articolo 146, comma 9, del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004 n. 42, e successive modificazioni, il primo e il secondo periodo sono soppressi e il terzo periodo è sostituito dal seguente: decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione”.

<sup>2</sup> La previgente disciplina dell'articolo 146, co. 9, d.lgs. n. 42/2004, nella formulazione introdotta dal d.lgs. 26.3.2008 n. 63, prevedeva che “decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo del comma 8 senza che il soprintendente abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente può indire una conferenza di servizi, alla quale il soprintendente partecipa o fa pervenire il parere scritto. La conferenza si pronuncia entro il termine perentorio di quindici giorni. In ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione”. Come si può constatare, l'ultima modifica del d.l. n. 133/2014 concerne l'eliminazione del passaggio procedimentale della conferenza di servizi

le esigenze di semplificazione procedimentale, con la pretesa di eliminare ogni residua incertezza sulle sorti del procedimento nelle ipotesi in cui la Soprintendenza ometta di rilasciare nei termini il parere di sua competenza<sup>3</sup>. La *ratio* che ispira l'attuale modifica, come del resto alcuni progetti di legge attualmente in discussione<sup>4</sup>, è esplicitata nella relazione illustrativa al disegno di legge di conver-

---

nonché l'inserimento dell'avverbio rafforzativo "comunque" rispetto alla precedente formulazione che si limitava a prevedere, senza l'avverbio "comunque", che "in ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione". Per completezza, di segnala che l'attuale modifica, nella formulazione attuale, già era stata prevista dal d.l. 21.06.2013 n. 69, ma non confermata dalla legge di conversione 9.8.2013 n. 69. Successivamente, la medesima modifica è stata ancora riproposta dal d.l. 31.5.2014 n. 83, ma, anche in tal caso, non è stata confermata dalla legge di conversione 29.7.2014 n. 106.

<sup>3</sup> Sempre in un'ottica di semplificazione, l'articolo 25 del d.l. n. 133/2014 prefigura anche l'eliminazione dell'autorizzazione paesaggistica per alcune tipologie d'interventi di lieve entità da individuarsi con regolamento, nonché interviene sulla disciplina generale della conferenza di servizi di cui alla legge 7 agosto 1990 n. 241, prevedendo, ad esempio, che "i termini di validità di tutti i pareri, autorizzazioni, concessioni, nulla osta o atti di assenso comunque denominati acquisiti nell'ambito della Conferenza di Servizi, decorrono a far data dall'adozione del provvedimento finale" (la modifica interviene direttamente sull'articolo 14 *ter* della l. n. 241/1990). Un'altra modifica, sempre in ambito di conferenza di servizi, riguarda l'espressa attribuzione alla deliberazione del Consiglio dei Ministri prevista in caso di dissenso da parte di un'amministrazione preposta alla tutela ambientale – paesaggistica della natura di atto di alta amministrazione (con riferimento all'articolo 14 *quater* l. n. 241/1990, l'articolo 25 d.l. n. 133/2014 dispone che "al primo periodo, dopo le parole: "rimessa dall'amministrazione procedente alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, che" sono inserite le seguenti: "ha natura di atto di alta amministrazione"). Come noto, queste modifiche hanno suscitato un vivace dibattito pubblico, non confinato agli aspetti soltanto giuridici, di cui ha dato ampiamente conto la stampa nazionale ospitando sul tema numerosi interventi. Tra le posizioni critiche che, tra le altre, hanno alimentato questo dibattito, si segnalano i contributi raccolti nella pubblicazione collettanea *Rottama Italia. Perché il decreto Sblocca - Italia è una minaccia per la democrazia e per il nostro futuro*, Altreconomia edizioni, Milano, 2014, dove figurano interventi di Paolo Maddalena, Tommaso Montanari, Salvatore Settis, Massimo Bray, Paolo Berdini, Edoardo Salzano, Vezio De Lucia, Giovanni Losavio e altri.

<sup>4</sup> Ci si riferisce al disegno di legge (Atto Senato n. 1577) recante "Riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche" che, tra le varie previsioni, contiene anche l'articolo in materia di "silenzio tra amministrazioni", che così dispone introducendo l'articolo 17 *bis* alla l. n. 241/1990: "nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti, o nulla osta comunque denominati di amministrazioni statali, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni statali, le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento del provvedimento, compiutamente istruito, da parte dell'amministrazione procedente (...) Decorsi i termini di cui al comma 12 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei Ministri decide sulle modifiche da apportare. Le disposizioni del comma 1 si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di

sione del d.l. n. 133/2014, dalla quale emerge con chiarezza l'esigenza di superare l'inerzia della Soprintendenza consentendo all'amministrazione procedente di rilasciare comunque l'autorizzazione paesaggistica pur in assenza delle valutazioni dell'organo ministeriale. L'obiettivo dichiarato è quello di adeguare la disciplina del procedimento ordinario a quella del procedimento semplificato recata nel decreto del Presidente della Repubblica 9 luglio 2010, n. 139, secondo la quale, in caso d'inerzia nel rilascio del parere, l'amministrazione procedente è espressamente autorizzata a rilasciare l'autorizzazione paesaggistica<sup>5</sup>.

Nonostante la *ratio* della modifica sia così chiaramente indicata, la nuova formulazione della norma non pare tuttavia avere recepito fedelmente le intenzioni del legislatore considerando che, nel caso d'inerzia della Soprintendenza, l'amministrazione procedente è in realtà pur sempre autorizzata soltanto a "provvedere"

---

competenza di amministrazioni statali o di altre amministrazioni pubbliche. In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di sessanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. Le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione richiedano l'adozione di provvedimenti espressi". Come è agevole constatare, il disegno di legge attualmente in discussione generalizza il silenzio assenso con riferimento ai pareri, nulla osta, assensi di amministrazioni statali da rendere ai fini dell'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni statali. L'istituto del silenzio assenso è esteso anche alla materia ambientale e paesaggistica, anche nell'ipotesi in cui le amministrazioni competenti all'adozione del provvedimento finale non siano amministrazioni statali (come si è evidenziato, il comma 3 dell'articolo 3 si riferisce infatti alle amministrazioni statali o ad "altre amministrazioni pubbliche"). Sotto questo profilo, la previsione attualmente in discussione verrebbe pertanto ad interessare anche il parere della Soprintendenza nell'ambito del procedimento di autorizzazione paesaggistica, configurando espressamente un'ipotesi di silenzio assenso che, nell'attuale formulazione dell'articolo 146 d.lgs. n. 42/2004, non sembra in realtà altrettanto chiaramente potersi configurare, e ciò anche volendo prescindere dai dubbi di costituzionalità riscontrati nella norma e sui quali si dirà più ampiamente *infra*.

<sup>5</sup> A proposito dell'articolo 25 del d.l. n. 133/2014, la relazione che accompagna il disegno di legge di conversione del decreto segnala infatti che "il comma 3 interviene in materia di autorizzazione paesaggistica, fornendo un'opportuna chiarificazione circa la prescindibilità del parere del soprintendente, al fine di evitare rallentamenti nella conclusione dei procedimenti e superare gli orientamenti spesso contrastanti della recente giurisprudenza. Viene infatti previsto che, qualora il Soprintendente abbia omesso di rendere il suo parere nel termine di legge, l'autorità preposta alla gestione del vincolo paesaggistico (regione o comune subdelegato) provvede comunque sulla domanda di autorizzazione. Tale indirizzo interpretativo appare del resto già accolto nel vigente regolamento in materia di interventi di di lieve entità di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 139 del 2010. Si è ritenuto inoltre di eliminare il passaggio intermedio costituito dall'indizione di una conferenza di servizi, che nella prassi si è spesso rivelato un inutile e non risolutivo appesantimento procedurale".

ma non anche a rilasciare il provvedimento favorevole<sup>6</sup>, come invece previsto per il procedimento semplificato<sup>7</sup>.

Prescindendo per il momento da questi aspetti, preme subito sottolineare che gli interventi normativi nella materia ambientale o paesaggistica devono necessariamente misurarsi con la specifica tutela costituzionale accordata al bene ambiente–paesaggio e che, di conseguenza, anche ogni eventuale sottesa esigenza di semplificazione deve rispettare e non pregiudicare le garanzie costituzionali.

Scopo di queste osservazioni è quello di verificare, anche alla luce delle più recenti modifiche normative, se e in che termini l'attuale disciplina in materia di autorizzazione paesaggistica possa ritenersi o meno compatibile con la richiamata tutela costituzionale. Come già anticipato, particolare attenzione sarà rivolta agli aspetti procedurali di acquisizione del parere, poiché è lì che si annidano gli aspetti di criticità che meritano di essere sottolineati.

## 2. *Il quadro normativo di riferimento e gli orientamenti della giurisprudenza.*

L'attuale disciplina del procedimento ordinario di autorizzazione paesaggistica prevede che l'amministrazione procedente richieda alla Soprintendenza il parere di compatibilità<sup>8</sup>, attribuendo a tale parere una natura generalmente vinco-

<sup>6</sup> Come si è già sottolineato, la nuova formulazione dell'articolo 146, co. 9, d.lgs. n. 42/2004 prevede che “decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione”. Si tratta di una formulazione che, a parte l'eliminazione del passaggio procedimentale in conferenza di servizi, riecheggia la versione anteriore della norma che, come già evidenziato, prevedeva anch'essa che “decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione”, con l'unica differenza che il verbo “provvedere” non era affiancato dall'avverbio rafforzativo “comunque” attualmente previsto.

<sup>7</sup> L'articolo 4, co. 6, del d.P.R. n. 139/2010 dispone che “in caso di mancata espressione del parere vincolante entro il termine sopra indicato l'amministrazione competente ne prescinde e rilascia l'autorizzazione, senza indire la conferenza di servizi di cui all'articolo 146, comma 9, del Codice”. La differenza nella formulazione delle due norme è chiara: l'articolo 146 si limita a prevedere che, in caso di inerzia della Soprintendenza, l'amministrazione procedente “provvede comunque sulla domanda”; l'articolo 4 del d.P.R. n. 139/2010, nel caso di inerzia della Soprintendenza, autorizza espressamente l'amministrazione procedente a “rilasciare l'autorizzazione paesaggistica”.

<sup>8</sup> Sulla disciplina del procedimento di autorizzazione paesaggistica recata nell'articolo 146 d.lgs. n. 42/2004, anche con riferimento alle previgenti formulazioni, v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Commento all'articolo 146*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Bologna 2004, 570 ss.; R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, Milano, 2004, 145 ss.; A. ANGIULI, *Prefazione alla parte III del codice Beni paesaggistici e codificazione*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiuli e V. Caputi Jambrenghi, Torino, 2005, 325 ss.; V. MAZZARELLI, *La disciplina del paesaggio dopo il d.lgs. n. 157/2006*, 1080 ss.; A. PAGANO, *Commento all'articolo 146*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del*

lante che si tramuta in obbligatoria soltanto nelle ipotesi in cui siano approvate le prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici<sup>9</sup>. Nel caso d'inerzia della Soprintendenza, la stessa amministrazione procedente è autorizzata a provvedere sulla domanda anche in assenza del parere dell'organo ministeriale. Come si è già osservato, l'attuale disciplina ribadisce sostanzialmente quanto già previsto dalla previgente normativa, ma accentua e valorizza le esigenze di semplificazione eliminando, ad esempio, il passaggio procedimentale in conferenza di servizi, previsto dalla precedente normativa per l'acquisizione del parere a fronte di una prima inerzia della Soprintendenza<sup>10</sup>. È importante ancora ribadire che, nell'attuale formulazio-

---

*paesaggio*, a cura di G. Leone e A.L. Tarasco, Padova, 2006, 897 ss.; S. CASU, *L'autorizzazione paesaggistica tra disciplina a regime e disciplina transitoria (verso un equilibrio nel riparto di competenze)*, in *www.giustamm.it*, 4/2009; R. ZANINO, *Il ruolo della Soprintendenza nel rilascio dell'autorizzazione paesaggistica e tentativi di semplificazione*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2010; P. CARPENTIERI, *Il secondo "correttivo" del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Urb. app.*, 2008, 692 ss.; F. CANGELLI, *La disciplina procedimentale dell'autorizzazione paesaggistica: l'impatto delle modifiche introdotte dal decreto legislativo 26 marzo 2008 n. 63*, *Riv. giur. urb.*, 2009, 175 ss.; S. AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Roma-Bari, 2010; D. LOGOZZO, *La "nuova" disciplina in materia di autorizzazione paesaggistica*, in *Urb. app.*, 2010, 907 ss.; P. MARZARO, *L'amministrazione del paesaggio. Profili ricostruttivi di un sistema complesso*, Torino, 2011, 75 ss.; M. SPASIANO, *Commento all'articolo 146*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, 1116 ss.;

<sup>9</sup> L'articolo 146, co. 5, prevede che "sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del soprintendente in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposte a tutela dalla legge o in base alla legge", precisando che "il parere del Soprintende, all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelate, predisposte ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141 bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero, su richiesta della regione interessata, dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, assume natura obbligatoria non vincolante ed è reso nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti, decorsi i quali l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione". La norma rivela uno dei principi generali che permeano la disciplina del Codice e che mirano a garantire un sempre maggiore coinvolgimento dell'ente territoriale nella gestione del vincolo anche attraverso la pianificazione paesaggistica congiunta ex articolo 143 d.lgs. n. 42/2004. Su questi aspetti v. in particolare P. MARZARO, *L'amministrazione del paesaggio*, cit., 88 ss., che sottolinea come, nelle ipotesi di approvazione delle prescrizioni paesaggistiche, "il parere pronunciato dalla Soprintendenza nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione degraderà da vincolante a meramente obbligatoria, con un evidente avanzamento del ruolo decisionale del soggetto chiamato ad esercitare il potere autorizzatorio, sul quale graverà il solo onere di motivare adeguatamente sulle ragioni per le quali avrà ritenuto eventualmente di discostarsi dalla valutazione espressa dall'organo statale"; in argomento v. anche M.A. SANDULLI, *La pianificazione paesaggistica: prospettive di riforma*, in *Nuova rassegna*, 2006, 600 ss.

<sup>10</sup> Come si è più volte sottolineato, la precedente formulazione dell'articolo 146, co. 9, prevedeva che "decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo del comma 8 senza che il soprintendente abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente può indire una conferenza di servizi, alla quale il soprintendente partecipa o fa pervenire il parere scritto. La conferenza si

ne, la norma non autorizza espressamente l'amministrazione procedente a rilasciare l'autorizzazione paesaggistica ma soltanto a "provvedere" sulla domanda, utilizzando un'espressione generica e non univoca che non necessariamente si identifica con l'adozione del provvedimento finale<sup>11</sup>. Se l'assenza di un esplicito riferimento al rilascio del provvedimento finale non sembra perfettamente coerente con la *ratio* dichiarata nella relazione d'accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l.n. 133/2014, nel suo complesso la disciplina parrebbe configurare comunque un'ipotesi di silenzio devolutivo, laddove l'amministrazione procedente sarebbe autorizzata a "provvedere comunque" e l'avverbio "comunque" indicherebbe la prescindibilità del parere con conseguente mutamento della relativa natura giuridica da vincolante a irrilevante (sul punto v. *amplius infra*).

Una disciplina parzialmente analoga è prevista anche per il procedimento di sanatoria, nella misura in cui l'articolo 167 del d.lgs. n. 42/2004 stabilisce che l'amministrazione procedente debba richiedere il parere vincolante alla Soprintendenza e quest'ultima rilasciarlo nel termine perentorio di novanta giorni.<sup>12</sup> A

---

pronuncia entro il termine perentorio di quindici giorni. In ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione"

<sup>11</sup> Sebbene l'espressione "provvedere" evochi la nozione di "provvedimento", che nella ricostruzione ormai consolidata indica l'atto che conclude il procedimento disponendo degli interessi (v., per tutti, M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1957, 157 ss.; cfr. anche F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 ss.; R.VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 10; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 152 ss.), non sembra che in questo caso il suo utilizzo da parte del legislatore debba necessariamente ricondursi o correlarsi alla figura del provvedimento, soprattutto ove si voglia tentare di prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina (sul punto v. *amplius infra*). Del resto quando, nel caso di inerzia della Soprintendenza, si è voluto attribuire all'amministrazione procedente il potere di rilasciare l'autorizzazione paesaggistica, lo si è fatto espressamente, come nel caso del procedimento semplificato la cui disciplina – lo si è sottolineato – prevede testualmente che "in caso di mancata espressione del parere vincolante entro il termine sopra indicato l'amministrazione competente ne prescinde e rilascia l'autorizzazione" (così articolo 4, co. 6, d.P.R. n. 139/2010).

<sup>12</sup> L'articolo 167, co.5, d.lgs. n. 42/2014 prevede che "l'autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parer vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni". Sulla disciplina dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria v. P. CERBO, *Commento all'articolo 167*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, cit., 653 ss.; A. TRAVI, *Premessa articoli 160-168*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, cit., 615 ss.; R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, Milano, 2004, 305 ss.; G. MASTRODONATO, *Commento all'articolo 167*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiuli e V. Caputi Jambrenghi, cit., 424 ss.; M.A. SANDULLI, *Commento all'articolo 167*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di G. Leone e A.L. Tarasco, cit., 970 ss.; Id, *Commento all'articolo 167*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., 123 ss.;

differenza della disciplina ordinaria, manca in questo caso un'esplicita previsione che autorizzi l'amministrazione procedente a provvedere pur in assenza del parere della Soprintendenza, sebbene la *ratio* semplificatrice sia esattamente la stessa e sia di conseguenza possibile ipotizzare un'assimilazione delle due discipline<sup>13</sup>.

L'acquisizione del parere della Soprintendenza è prevista infine nel procedimento semplificato, disciplinato dal d.P.R. n. 139/2010 e applicabile esclusivamente agli interventi di lieve entità<sup>14</sup>. Tuttavia, nell'ipotesi d'inerzia dell'organo ministeriale, l'amministrazione procedente viene questa volta autorizzata a rilasciare il provvedimento favorevole e non soltanto a provvedere sulla domanda, come invece previsto per il procedimento ordinario. Trattasi di una disciplina di natura regolamentare che, nonostante un'applicazione piuttosto residuale e limitata, rincorre più delle altre l'urgenza semplificatrice, e non è un caso che proprio ad essa si sia ispirato il recente intervento riformatore<sup>15</sup>. Laddove si prevede che, in assenza del parere, l'amministrazione procedente debba rilasciare comunque l'autorizzazione paesaggistica, l'inerzia della Soprintendenza sembra configurare una vera e propria ipotesi di silenzio assenso, nella misura in cui all'amministrazione non è lasciata altra strada se non quella di adottare il provvedimento d'accoglimento<sup>16</sup>. Come se la mancata adozione nei termini del parere equivalesse a un'implicita pronuncia favorevole della Soprintendenza che, in ragione del suo carattere vincolante, non potesse che imporre il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Al di là dei tratti differenziali delle rispettive discipline procedurali, due elementi meritano di essere adeguatamente sottolineati. Il primo riguarda la natura ge-

<sup>13</sup> Come anche evidenziato dalla giurisprudenza (per riferimenti v. *infra*).

<sup>14</sup> Sulla disciplina del procedimento semplificato prevista dal d.P.R. n. 139/2010, v. in particolare P. MARZARO, *L'amministrazione del paesaggio*, cit., 108 ss.

<sup>15</sup> Come si è già rilevato, dopo avere precisato che "il comma 3 interviene in materia di autorizzazione paesaggistica, fornendo un'opportuna chiarificazione circa la prescindibilità del parere del soprintendente, al fine di evitare rallentamenti nella conclusione dei procedimenti e superare gli orientamenti spesso contrastanti della recente giurisprudenza", la relazione che accompagna il disegno di legge di conversione del d.l. n. 133/2014 sottolinea testualmente che "tale indirizzo interpretativo appare del resto già accolto nel vigente regolamento in materia di interventi di lieve entità di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 139 del 2010".

<sup>16</sup> Non esattamente così P. MARZARO, *L'amministrazione del paesaggio*, cit., 125, che ritiene piuttosto configurabile un'ipotesi di silenzio devolutivo: "al tempo stesso, però, il regolamento sceglie di chiudere anticipatamente il procedimento con un provvedimento di diniego nel caso in cui l'amministrazione statale ritenga incompatibile l'intervento, e, al contempo di conferire un effetto devolutivo al silenzio da questa serbato oltre il termine dei venticinque giorni, con il ritorno alla prima sede istituzionale" (...) la rilevanza riconosciuta al silenzio protrattosi oltre il termine non è, dunque, in grado di far venire meno il dovere di procedere nell'esercizio del potere decisorio di cui si sta trattando, ma dovrebbe porsi come una misura volta ad alleggerire la Soprintendenza nell'ultima fase dell'esercizio delle sue funzioni, sollevandola dall'onere di emettere il "parere" favorevole, quando si sia comunque arrivati alla valutazione positiva dell'intervento".

neralmente vincolante del parere, atta a conferire alle valutazioni della Soprintendenza una rilevanza decisiva ai fini della scelta finale. Il secondo concerne la superabilità del parere in caso d'inerzia dell'organo ministeriale, unitamente alla correlata possibilità riconosciuta all'amministrazione procedente di provvedere comunque sulla domanda. Sebbene non risulti sempre chiaro se e quando l'amministrazione procedente sia anche autorizzata ad adottare il provvedimento conclusivo, la combinazione dei due elementi rivela una palese contraddizione insita nel relegare a una potenziale irrilevanza un parere che pure è essenziale per la decisione finale, come del resto confermato dalla natura vincolante che gli viene espressamente riconosciuta.

È proprio al fine di colmare questa contraddizione che una parte della giurisprudenza, formatasi prevalentemente sulla disciplina primaria ma non anche su quella regolamentare del procedimento semplificato, ha tentato di offrire un'interpretazione della normativa idonea a preservare quanto più possibile la rilevanza giuridica del parere, anche nel caso d'inerzia imputabile alla Soprintendenza. Secondo alcune pronunce del giudice amministrativo, la Soprintendenza manterrebbe comunque il potere di rilasciare il parere anche nell'ipotesi in cui sia decorso il termine, non ravvisandosi elementi per derogare al principio generale che esclude la consumazione del potere oltre il termine di conclusione del procedimento<sup>17</sup>. L'inapplicabilità alla materia paesaggistica degli istituti del silenzio

<sup>17</sup> V., ad esempio, T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 24.01.2013 n. 142, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui “nonostante l'art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42 del 2004, qualifichi come perentori i termini assegnati alla Soprintendenza ed alla Regione rispettivamente per rendere il parere e per concludere il procedimento di autorizzazione paesaggistica in sanatoria, l'inutile decorso non comporta la perdita, in capo all'amministrazione, del potere di provvedere sull'istanza ad essa rivolta; conseguentemente l'inerzia dell'una e dell'altra è qualificabile come silenzio-inadempimento, lasciando inalterato il loro potere-dovere di provvedere, ancorché tardivamente”; in termini v. anche T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 16.04.2012 n. 382, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si rimarca in linea generale che “come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, il silenzio-rifiuto postula, sul piano strutturale, la sopravvivenza del potere al decorso del tempo fissato per la definizione del procedimento amministrativo e, quindi, la natura ordinatoria e acceleratoria del termine di conclusione dello stesso” sottolineando che “nel silenzio – inadempimento, infatti, lo spirare del termine di legge non conclude il procedimento, ma accentua il dovere della p.a. di porre fine all'illecito comportamentale permanente”; Cons. St., Sez. VI, 04.10.2013 n. 4914, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, con riferimento alla disciplina di cui all'articolo 146 d.lgs. n. 42/2004, sottolinea che “nel caso di mancato rispetto del termine fissato dall'articolo 146, comma 5, così come del termine fissato dall'articolo 167, comma 5, il potere della Soprintendenza continua a sussistere (tanto che un suo parere tardivo resta comunque disciplinato dai richiamati commi 5 e mantiene la sua natura vincolante), ma l'interessato può proporre ricorso al giudice amministrativo, per contestare l'illegittimo silenzio-inadempimento dell'organo statale: la perentorietà del termine riguarda non la sussistenza del potere o la legittimità del parere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento (...) Poiché nel caso di superamento del termine in questione il Codice non ha determinato né la perdita del relativo potere, né alcuna ipotesi di silenzio qualificato o significativo, va riformata la sentenza con cui il TAR ha rilevato la tardività del parere, senza nemmeno occuparsi delle conseguenze della constatata tardività”; T.A.R.

assenso e del silenzio devolutivo, appositamente prevista dagli articoli 20 e 16–17 della legge 7 agosto 1990, n. 241, confermerebbe ulteriormente la sussistenza del potere anche oltre il termine<sup>18</sup>, laddove l'operatività del silenzio significativo ne determina generalmente la consumazione, lasciando eventualmente soltanto spazio per l'esercizio dei poteri di autotutela<sup>19</sup>. In un quadro così delineato, la

---

Lazio, Roma, Sez. II, 20.05.2014 n. 5278, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Anche la circolare del Ministero dei beni culturali n. 27 del 7 dicembre 2011, recante “chiarimenti sul parere tardivo della Soprintendenza e autorizzazione paesaggistica”, assume che “allo stato attuale della pianificazione paesaggistica congiunta, l'ufficio legislativo con l'avviso sopraccitato ha ulteriormente ribadito come il silenzio della Soprintendenza non si configuri quale silenzio assenso, ma semplicemente consenta all'Autorità preposta alla tutela di assumere le proprie decisioni ed ha esplicitamente chiarito come nulla vieti che il Soprintendente si pronunci tardivamente oltre il termine assegnato dalla norma”. Tuttavia, la stessa circolare ritiene altresì che, nel caso in cui, stante l'inerzia della, il Comune abbia già concluso il procedimento, il “parere tardivamente pronunciato dal competente Soprintendente è da considerarsi inutiliter datum; laddove, ove il Comune non abbia ancora concluso il procedimento, “il parere della Soprintendenza conserva la su efficacia vincolante”. Trattasi di chiarimenti invero non troppo lineari che, se anche consentono alla Soprintendenza di rilasciare tardivamente il parere, di fatto lo relegano all'irrelevanza nel caso in cui il Comune nelle more abbia adottato il provvedimento finale. Si deve anche segnalare la conferma da parte della circolare del fatto che l'amministrazione precedente possa adottare il provvedimento finale prescindendo dal parere tardivamente rilasciato. Si avallano in tal modo gli aspetti di criticità di una disciplina che, se così intesa e interpretata, non pare perfettamente compatibile sotto il profilo costituzionale (su questi aspetti si tornerà *infra* sia nel testo che in nota); in dottrina, sul tema v. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo: certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, 293 ss.; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 251 ss.; S. S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2005; M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, Napoli, 2010, 57 ss.

<sup>18</sup> T.A.R. Calabria, n. 382/2012, cit.: “dall'altro lato, il decorso del tempo non potrebbe produrre neanche un esito positivo della procedura, sotto il profilo dell'accoglimento dell'istanza del privato. Ed invero, l'art. 16 della legge n. 241 del 1990 esclude che l'amministrazione, nel caso in cui sia decorso il termine senza che sia reso il parere obbligatorio, possa procedere indipendentemente da esso, quando detto parere deve essere rilasciato da amministrazioni preposte, tra l'altro, alla tutela del paesaggio (...). L'articolo 20 della medesima legge, inoltre, esclude l'operatività dell'istituto del silenzio assenso in materia di atti e procedimenti riguardanti il patrimonio paesaggistico”; v. anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 9.2.2012 n. 685, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo il quale l'applicabilità degli artt. 16 e 17 della l. n. 241/1990 andrebbe comunque escluso in quanto si riferirebbero ad una funzione meramente consultiva laddove il parere della Soprintendenza sarebbe piuttosto inquadrabile in un potere di amministrazione attiva: “né al riguardo soccorre il richiamo alla disciplina di cui agli artt. 16 e 17 l. n. 241 del 1990, relativa all'esercizio della funzione consultiva, in quanto nella specie viene in rilievo non un potere meramente consultivo, ma, come detto, un potere di amministrazione attiva”.

<sup>19</sup> Il principio pacificamente affermato, maturato ad esempio con riferimento alla disciplina del condono edilizio, vuole che “una volta maturato il silenzio assenso sulla domanda di condono edilizio, il provvedimento tacitamente formatosi può essere oggetto solo di atti di autotutela in presenza

previsione di un termine avrebbe una funzione meramente sollecitatoria, preordinata ad assicurare una rapida e certa conclusione del procedimento<sup>20</sup>. Conseguentemente, la scadenza del termine potrebbe soltanto rendere attuale l'indebitamento della Soprintendenza, ma, almeno secondo alcune delle pronunce di riferimento, non avrebbe né l'effetto di precludere il tardivo rilascio del parere né di consentirne il suo superamento in applicazione di meccanismi assimilabili al silenzio assenso o al silenzio devolutivo<sup>21</sup>. Secondo questa ricostruzione, l'amministrazione procedente non potrebbe dunque rilasciare l'autorizzazione paesaggistica in assenza del parere della Soprintendenza<sup>22</sup>, sebbene non venga

---

delle condizioni di legge, essendo invece illegittimo il diniego di condono edilizio adottato successivamente alla formazione del silenzio assenso nel termine di ventiquattro mesi dalla presentazione della domanda” (così, *ex multis*, T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 4.12.2009 n. 3022, in *Corriere del merito*, n. 5/2010, 575 ss., con nota di E. ZAMPETTI, *Silenzio assenso, diniego, prescrizione del diritto al conguaglio*); in argomento v. in particolare A. SCOGNAMIGLIO, *Silenzio assenso e interesse pubblico all'annullamento*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 416 ss.

<sup>20</sup> T.A.R. Calabria, n. 382/2012, cit.: “nel caso di specie, deve dunque ritenersi che la fissazione di un termine, sia per il parere della Soprintendenza sia per l'autorizzazione della Regione, abbia una funzione meramente sollecitatoria e sia volta a far concludere il procedimento e a far pronunciare l'amministrazione preposta alla gestione del vincolo paesaggistico entro un breve termine. Il legislatore, insomma, ha mostrato un evidente favor verso la conclusione del procedimento, mercé l'emissione di un provvedimento espresso, tempestivo, di natura positiva e autorizzatoria. La perentorietà dei termini di cui all'articolo 167 d.lgs. n. 42 del 2004 sta, insomma, ad evidenziare che essi sono stati ritenuti adeguati dal legislatore per le pronunce delle amministrazioni che partecipano alla procedura, fermo restando che l'Autorità preposta al vincolo conserva sempre la potestà di valutare la compatibilità paesaggistica”.

<sup>21</sup> Tuttavia, se, con riferimento al procedimento in sanatoria disciplinato dall'articolo 167 d.lgs. n. 42/2004, la giurisprudenza prevalente tende ad escludere la configurabilità di un'ipotesi di silenzio devolutivo, non altrettanto può dirsi per il procedimento ordinario disciplinato dall'articolo 146 d.lgs. n. 42/2004, in relazione al quale si registrano posizioni non perfettamente coincidenti. Alcune decisioni sembrano infatti escludere la riconducibilità dell'inerzia al silenzio devolutivo (v., ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, n. 5278/2014, cit.), altre sostengono invece espressamente la superabilità dell'inerzia in virtù di un silenzio devolutivo: “il termine perentorio assegnato alla Soprintendenza per il rilascio del parere obbligatorio e vincolante di cui all'art. 167 comma 5, d.lgs. n. 42 del 2004 non vale a connotare il potere esercitato come esauribile né a configurare un silenzio devolutivo, con conseguente necessità per la regione o per l'Ente subdelegato di pronunciarsi sull'autorizzazione a prescindere dal parere della Soprintendenza. Ciò si evince chiaramente dal confronto tra il tenore letterale del citato art. 167 comma 5 e quello dell'art. 146 comma 9, relativo all'autorizzazione paesaggistica preventiva, ove per contro viene contemplato detto silenzio devolutivo alla scadenza del termine di sessanta giorni dalla ricezione degli atti ad opera della Soprintendenza” (v. anche T.A.R. Campania, Sez. VII, 01.2014 n. 701, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

<sup>22</sup> Sembra esattamente questa la posizione assunta di recente dal T.A.R. Lazio, Roma, n. 527/72014, cit., nella parte in cui si affermato che, nonostante il decorso del termine, “la Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici per il Comune di Roma è tenuta a procedere al rilascio dell'autorizzazione e che fino a quando la predetta autorizzazione non è acquisita al procedimento, questi non può essere concluso”

ancora chiarito in quale attività debba identificarsi il “provvedere” al quale si riferisce l'articolo 146 quando sancisce il proseguimento del procedimento pur in assenza del parere<sup>23</sup> (sul punto v. ancora *infra*). Sul versante della tutela giurisdizionale, la giurisprudenza esaminata ritiene che l'interessato possa contestare l'inerzia nel rilascio del parere, e quindi il più generale ritardo nella conclusione del procedimento, rivolgendosi al giudice amministrativo per vedere accertato l'inadempimento e le amministrazioni resistenti condannate ad adottare le determinazioni di competenza<sup>24</sup>.

Una posizione minoritaria assume invece che, decorso il termine di legge, il potere di rilasciare il parere dovrebbe intendersi ormai esaurito e il parere tardivamente rilasciato privo di efficacia obbligatoria e vincolante<sup>25</sup>. In una più accentuata valorizzazione della *ratio* semplificatrice, la posizione in questione reputa implicitamente applicabile anche alla materia paesaggistica l'istituto del silenzio devolutivo, nonostante la generale preclusione posta dagli articoli 16–17 della l. n. 241/1990. Conseguenza di questa impostazione è che l'amministrazione precedente sarebbe in condizione di rilasciare l'autorizzazione anche in assenza del parere della Soprintendenza. Sul versante della tutela giurisdizionale, l'operatività del silenzio devolutivo dovrebbe escludere la possibilità di contestare il ritardo nel rilascio del parere attraverso il rimedio appositamente previsto dal codice del processo amministrativo.

Sebbene una parte della giurisprudenza tenda a conservare giuridica rilevanza al parere della Soprintendenza, anche ove non venga tempestivamente rilasciato,

<sup>23</sup> Anche la recente sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, n. 527/2014, cit., si limita a rilevare la necessità della valutazione della Soprintendenza ai fini del rilascio dell'autorizzazione, senza tuttavia chiarire in cosa si identifichi o possa identificarsi l'attività dell'amministrazione precedente successiva all'inutile decorso del termine.

<sup>24</sup> In tal senso v. in particolare T.A.R. Calabria, n. 3827/2012, cit.; T.A.R. Lazio, Roma, n. 5278/2014, cit. Sotto questo profilo, merita sottolineare che, secondo la giurisprudenza prevalente, l'obbligo di provvedere si configura anche con riferimento ad atti di natura endoprocedimentale: “l'obbligo di provvedere non deve essere inteso come sussistente nei confronti della sola autorità competente all'adozione del provvedimento finale, ben configurandosi anche rispetto a soggetti investiti di compiti istruttori e, quindi, di natura endoprocedimentale la cui inerzia tuttavia può dare adito a ritardi ed a fenomeni di ingiustificato arresto procedimentale, con inevitabili ricadute sulla speditezza dell'azione amministrativa a cui il ricorso al rito sul silenzio intende proprio porre rimedio” (T.A.R. Campania, Sez. I, n. 9921/2005, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); v. anche Cons. St., Sez. IV, 09.05.2013 n. 2511, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>25</sup> Cons. St., Sez. VI, 15.03.2013 n. 1561, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che, con riferimento ad un caso disciplinato dall'articolo 146 d.lgs. n. 42/2004, sottolinea che “l'amministrazione non poteva assumere una simile decisione perché il parere della Soprintendenza era pervenuto con ritardo e, quindi, in relazione al carattere perentorio del termine entro il quale doveva essere espresso, affermato dalla consolidata giurisprudenza di questo Consesso, era da considerarsi privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge e cioè privo di valenza obbligatoria e vincolante”.

le argomentazioni a tal fine utilizzate si esauriscono essenzialmente nel richiamo agli articoli della legge sul procedimento che escludono l'applicazione del silenzio assenso e del silenzio devolutivo alla materia paesaggistica. Si tratta di argomentazioni non pienamente soddisfacenti e persuasive, alle quali potrebbe peraltro replicarsi che le norme della legge sul procedimento dettano pur sempre una disciplina generale destinata a recedere rispetto alla disciplina speciale dell'autorizzazione paesaggistica.

La questione merita pertanto di essere approfondita direttamente dal punto di vista costituzionale, al fine di verificare se e in che termini l'insuperabilità del parere sia sostenibile con argomentazioni più solide e convincenti di quelle basate esclusivamente sulla legislazione ordinaria. L'esigenza di tale approfondimento è tanto più attuale proprio alla luce della *ratio* semplificatrice che ispira con maggiore urgenza le recenti modifiche e alcuni progetti di legge attualmente in discussione<sup>26</sup>, dichiaratamente orientata a eliminare ogni residua incertezza sulla prescindibilità del parere ai fini del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

### 3. *Ratio semplificatrice e garanzie costituzionali.*

La superabilità del parere della Soprintendenza in applicazione di meccanismi assimilabili al silenzio assenso o al silenzio devolutivo deve essere indagata direttamente sul piano costituzionale, anche oltre le norme della legge sul procedimento che escludono la materia paesaggistica dall'operatività del silenzio assenso e del silenzio devolutivo. L'indagine è tanto più necessaria se si muove dal concreto presupposto, desumibile in via generale anche dalla *ratio* ispiratrice dell'ultima modifica, secondo cui l'attuale disciplina ricondurrebbe l'inerzia della Soprintendenza proprio agli istituti del silenzio assenso e/o del silenzio devolutivo.

Sebbene non sia questa la sede per esaminare compiutamente il tema, si può osservare in linea generale che l'operatività del silenzio assenso viene di fatto a stravolgere le ordinarie dinamiche dell'azione amministrativa, consentendo il prodursi degli effetti dispositivi pur in assenza di un procedimento vero e proprio e in mancanza della concreta valutazione dell'interesse pubblico in comparazione con gli interessi secondari. In ragione di tali peculiarità, una parte della dottrina ha convintamente auspicato che le fattispecie di silenzio significativo siano contenute entro una rilevanza limitata, eventualmente confinata alle ipotesi, marginali ed eccezionali, in cui la compiuta predeterminazione normativa degli interessi

---

<sup>26</sup> Il riferimento è ancora una volta al disegno di legge (Atto Senato n. 1577) recante "Riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche" che, tra le varie previsioni, estende e generalizza l'istituto del silenzio assenso anche alla materia paesaggistica.

non renda necessario o quantomeno indispensabile il loro concreto apprezzamento<sup>27</sup>. Dal suo canto, anche una parte della giurisprudenza tende a valorizzare

<sup>27</sup> Sul punto v. in particolare A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, 249: “se si considera il significato della funzione amministrativa come strumento per l'acquisizione e il contemporamento d'interessi, l'atto amministrativo conserva sempre necessariamente un ruolo centrale, e figure come il silenzio assenso, che superando l'atto amministrativo implicano anche il superamento di una logica conformata alla valutazione degli interessi e comportamento così una frattura fra definizione del procedimento ed esercizio della funzione amministrativa, non possono non essere ricondotte a ruoli marginali. La loro stessa operatività va circoscritta a ruoli marginali (...) il risultato, evidentemente, sarebbe ben diverso, e tale da dover imporre una revisione dei principi sull'azione amministrativa e valori stessi del nostro diritto amministrativo, se il silenzio assenso venisse rappresentato come un esito generale e normale della domanda di provvedimento. In tale caso, infatti, non sarebbe più uno strumento previsto per ovviare a una anomalia della funzione amministrativa, ma costituirebbe uno strumento negativo di ridimensionamento o di preclusione per l'esercizio della funzione amministrativa”. Si è altresì ritenuto che, nel diritto amministrativo, la necessaria valutazione dell'interesse pubblico, in comparazione con gli altri interessi in gioco e nella considerazione dei fatti rilevanti per la soluzione del problema, impedisce di assumere in via aprioristica e generale che gli effetti che si pretendono derivare dall'inerzia siano effettivamente rispondenti all'interesse generale come concretamente apprezzato dall'amministrazione; in argomento v. F. G. COCCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 203: “la norma tipizzante rende possibile determinati effetti, anche in assenza dell'atto inteso a produrli, o meglio, in assenza di qualsiasi atto. Essa invece non determina altresì la legittimità degli effetti di cui prevede la produzione. Ognuno vede come sia strana questa vicenda, in cui effetti da una norma previsti possono poi risultare viziati da illegittimità. Tutto ciò si spiega però se si considera che altro è l'interesse che il provvedimento (non intervenuto) era destinato a soddisfare e altro è l'interesse cui soddisfa la norma tipizzante. Il primo è qualsiasi interesse specifico; il secondo è l'interesse alla rapidità del traffico giuridico. Sono ambedue interessi pubblici, ma possono, in concreto, risultare contrastanti”. Più recentemente, gli aspetti di criticità del silenzio significativo sotto i profili esaminati sono stati da quella posizione dottrina, già emersa in passato e recentemente riproposta sotto nuovi angoli d'indagine, secondo la quale “quel che il silenzio appronta è una mera legittimazione” (così A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 186; per la dottrina più risalente cui si è fatto riferimento cfr. A. DE ROBERTO, *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella legge Nicolazzi*, in *Dir. soc.*, 1983, 163 e ss). Si vuole con ciò significare che, poiché il silenzio assenso elimina l'apprezzamento dell'interesse pubblico e degli altri interessi ad esso correlati, l'assenso tacito non possiede “efficacia costitutiva di vantaggi individuali e definizione degli interessi primari” (così sempre A. CIOFFI, op. cit., 186; sui possibili aspetti di criticità del silenzio assenso cfr. anche A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della legge n. 24171990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 173 e ss). È in tale ottica che il silenzio assenso viene definito mero titolo di legittimazione, nel senso che rappresenta solo la “possibilità giuridica temporanea di sperimentare l'esercizio di una situazione lecita e non definitiva” (così sempre A. CIOFFI, op. cit., 186), consentendo al privato che intraprende l'attività tacitamente assentita (il limitato vantaggio) di evitare le sanzioni amministrative/penali che potrebbero essergli eventualmente comminate se esercitasse in difetto di autorizzazione. Conseguenza di tale ricostruzione è che il potere amministrativo non si esaurisce dopo la formazione del silenzio assenso, dovendo l'amministrazione consolidare (o meno) il tacito assenso mediante

l'ordinario modo di produzione giuridica del diritto amministrativo a discapito di un'indistinta operatività dell'istituto del silenzio significativo<sup>28</sup>. Il principio di fondo variamente affermato esclude infatti che il silenzio significativo (in particolare il silenzio assenso) possa essere legittimamente utilizzato in relazione a procedimenti complessi, caratterizzati da un elevato tasso di discrezionalità, in relazione ai quali è ritenuta necessaria un'espressa valutazione tale da garantire il pieno rispetto dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità<sup>29</sup>. Rilievi

---

l'adozione d'un provvedimento espresso che dia conto del concreto apprezzamento dell'interesse pubblico in comparazione con quello privato. Il silenzio significativo viene quindi inteso come istituto di semplificazione e celerità, ma comunque incapace di sostituire o equivalere all'esercizio della funzione amministrativa, nel senso di un esercizio del potere assistito dalle ordinarie garanzie procedurali e dalla concreta osservanza delle regole e principi della buona amministrazione. Su tali aspetti sia consentito rinviare anche a E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012, 139 ss.; Id., *Comportamenti amministrativi e principi di buona amministrazione*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, volume II, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, Napoli, 2010, 287 ss.; v. altresì M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, cit., 57 ss.

<sup>28</sup> Da questo punto di vista, presenterebbe aspetti di criticità anche l'articolo 3 del già citato disegno di legge (Atto Senato n. 1577) attualmente in discussione, recante "Riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche", nella parte in cui estende e generalizza l'istituto del silenzio assenso anche alla materia ambientale e paesaggistica.

<sup>29</sup> Sebbene la Corte costituzionale abbia in più d'un'occasione chiarito che il silenzio assenso deve reputarsi in linea generale istituto compatibile con i valori costituzionali, frutto di una scelta di politica legislativa nell'obiettivo di tempestività ed efficienza dell'azione amministrativa e quindi di buon andamento, la stessa Corte ha in più occasioni escluso che il silenzio assenso possa essere legittimamente utilizzato in relazione a procedimenti complessi, caratterizzati da un elevato tasso di discrezionalità e dall'inclusione di specifiche valutazioni in materia ambientale, per le quali è richiesto un pronunciamento espresso. In questo senso v. Corte costituzionale, 10.12.1997 n. 404, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), che ha sottolineato che, nella materia ambientale, "opera il principio fondamentale, risultante da una serie di norme in materia ambientale, della necessità di pronuncia esplicita, mentre il silenzio dell'amministrazione preposta a vincolo ambientale non può avere valore di assenso", precisando ulteriormente che "nella materia ambientale vige un principio fondamentale, ricavabile da una serie di disposizioni, da interpretarsi unitariamente nel sistema, secondo cui il silenzio dell'amministrazione preposta al vincolo ambientale non può avere valore di assenso (in argomento v. anche Corte costituzionale, 05.02.1996 n. 26 [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); Id., 02.11.1992 n. 437, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); Id., 19.4.1993 n. 194, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), che ha ritenuto incostituzionale le norme in materia di stoccaggio provvisorio di rifiuti tossici e nocivi che prevedevano la possibilità dell'autorizzazione tacita in luogo di quella espressa, argomentando che, così disponendo, le norme censurate introducevano "l'istituto del silenzio-assenso in una fattispecie nella quale, attesa la natura degli interessi protetti e le finalità da raggiungere, cioè la tutela della salute e dell'ambiente, che sono beni costituzionalmente protetti – artt. 9 e 32 della Costituzione – e stante l'obbligo dell'osservanza di direttive comunitarie, sono indispensabili per il rilascio dell'autorizzazione accurate indagini ed accertamenti tecnici, nonché controlli specifici per la determinazione delle misure e degli accorgimenti da osservarsi per evitare

analoghi a quelli svolti per il silenzio assenso valgono anche per il silenzio devolutivo nella misura in cui tale istituto, sebbene non equipari l'inerzia agli effetti di un provvedimento tacito, tende di fatto anch'esso ad eliminare una compiuta e adeguata istruttoria procedimentale<sup>30</sup>.

Le considerazioni addotte per limitare l'operatività del silenzio assenso (e di riflesso del silenzio devolutivo) con riferimento ai procedimenti complessi si atagliano perfettamente al procedimento di autorizzazione paesaggistica. Tuttavia, il dato che deve essere adeguatamente sottolineato è che il procedimento di autorizzazione paesaggistica afferisce e si colloca nell'ambito della materia ambiente-paesaggio, la quale a sua volta è oggetto di una specifica tutela costituzionale che più volte ha indotto la Corte costituzionale a definire il bene ambiente-paesaggio in termini di "valore primario" e "assoluto"<sup>31</sup>, nonché a escludere meccanismi di semplificazione tali da privare l'interesse tutelato anche delle più immediate ga-

---

danni facilmente possibili per la natura tossica e nociva dei rifiuti accumulati"); cfr. anche Cons. St., Sez. VI, 29.12.2008 n. 6591, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Negli stessi termini si è espressa anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che, in presenza di procedimenti complessi, ha sostenuto la necessità di un'espressa valutazione amministrativa, reputando in tali casi non compatibile con il diritto comunitario l'istituto del silenzio assenso. Per il giudice comunitario, solo un'espressa valutazione amministrativa, preceduta dalla necessaria attività di verifica ed istruttoria, sarebbe infatti idonea a garantire effettività agli interessi tutelati (Corte di Giustizia CE, 28 febbraio 1991, C-360/87 in materia di protezione di acque sotterranee).

<sup>30</sup> Come noto, l'istituto del silenzio devolutivo, disciplinato in via generale dagli artt. 16 e 17 della l. n. 241/1990, implica che "l'inutile decorso del termine consente al soggetto pubblico precedente di completare il procedimento pur in assenza di un parere obbligatorio, ovvero di rivolgersi ad un'altra amministrazione al fine di ottenere una valutazione tecnica non resa dall'amministrazione alla quale è stata inizialmente richiesta" (E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, XVI edizione, a cura di F. Fracchia, 493).

<sup>31</sup> Corte costituzionale, 24.6.1986 n. 151, in *www.cortecostituzionale.it*, secondo cui l'articolo 9 della Costituzione assume il valore estetico-culturale "come primario, cioè insuscettivo di essere subordinato a qualsiasi altro"; v. anche Corte costituzionale, 24.10.2007 n. 367, in *www.cortecostituzionale.it*: "come si è venuto progressivamente chiarendo già prima della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, il concetto di paesaggio indica, innanzitutto, la morfologia del territorio, riguarda cioè l'ambiente nel suo aspetto visivo. Ed è per questo che l'art. 9 della Costituzione ha sancito il principio fondamentale della tutela del paesaggio senza alcun'altra specificazione. In sostanza, è lo stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, che è di per sé un valore costituzionale. Si tratta peraltro di un valore primario, come ha già da tempo precisato questa Corte ed anche assoluto, se si tiene presente che il paesaggio indica essenzialmente l'ambiente (...) la tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso e unitario, considerato dalla giurisprudenza costituzionale un valore primario ed assoluto, e rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali, che sono affidati alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni"; v. ancora Corte costituzionale, 5.11.2007 n. 378, in *www.cortecostituzionale.it*.

ranzie di buona amministrazione<sup>32</sup>. In questo contesto, difficilmente può ritenersi rispettosa della protezione costituzionale una disciplina che, attingendo ai meccanismi del silenzio significativo o devolutivo, venga di fatto a privare il procedimento degli apporti istruttori dell'organo tecnicamente qualificato a esprimere la valutazione di compatibilità paesaggistica.

La dubbia coerenza costituzionale di una disciplina che tende a esautorare le competenze della Soprintendenza – ma il discorso non cambierebbe se quelle competenze fossero attribuite ad altro organo diverso dalla Soprintendenza – si apprezza anche sotto altri e distinti profili pur sempre riconducibili alla protezione accordata dalla Costituzione al bene ambiente–paesaggio. Nell'ammettere che l'autorizzazione paesaggistica possa essere rilasciata prescindendo dal parere della Soprintendenza, non soltanto si estende impropriamente l'istituto del silenzio assenso e/o devolutivo alla materia paesaggistica, ma si viene anche e soprattutto ad impedire che il soggetto dotato di adeguata capacità tecnica eserciti una competenza che gli è espressamente attribuita dalla legge e che, in virtù della protezione costituzionale, assume una precisa connotazione in termini di essenzialità e necessità.

Né potrebbe ritenersi che l'attuale disciplina attribuisca implicitamente all'amministrazione procedente quella stessa competenza in materia di compatibilità paesaggistica espressamente attribuita alla Soprintendenza. A escludere l'ipotesi basterebbe rilevare l'assenza di un'analoga adeguata (specifica) qualificazione tecnica in capo agli organi amministrativi della regione o del comune, che già di per sé impedirebbe di ritenere soddisfatto il più elevato standard di tutela richiesto dalla previsione costituzionale. A ciò deve aggiungersi che un'implicita attribuzione di competenza all'amministrazione procedente contrasterebbe anche con il principio di legalità<sup>33</sup>, secondo il quale l'ordine legale delle competenze non può

---

<sup>32</sup> Corte costituzionale, n. 404/1997, cit., che, come si è già precisato, reputa che “nella materia ambientale vige un principio fondamentale, ricavabile da una serie di disposizioni, da interpretarsi unitariamente nel sistema, secondo cui il silenzio dell'amministrazione preposta al vincolo ambientale non può avere valore di assenso”; Corte costituzionale, n. 194/1993, che esclude l'istituto del silenzio–assenso in fattispecie nelle quali “attesa la natura degli interessi protetti e le finalità da raggiungere, cioè la tutela della salute e dell'ambiente, che sono beni costituzionalmente protetti – artt. 9 e 32 della Costituzione – (...) sono indispensabili per il rilascio dell'autorizzazione accurate indagini ed accertamenti tecnici, nonché controlli specifici per la determinazione delle misure e degli accorgimenti da osservarsi”; Corte cost., n. 194/1993, cit.; Id. n. 26/1996, cit.; Id., n. 437/1992, cit.

<sup>33</sup> È appena il caso di sottolineare che il principio di legalità è pacificamente applicabile anche agli atti endoprocedimentali, quali ad esempio i c.d. arresti procedurali, destinati ad influenzare in maniera decisiva e vincolante il provvedimento finale: “l'arresto procedimentale che astrattamente giustifica e anzi impone l'immediata azione di annullamento in base all'equiparazione provvedimento quoad effectum, non può sfuggire al principio di legalità e ai suoi corollari di tipicità e tassatività, ed è pertanto configurabile ove tragga origine e fondamento dalla stessa dinamica contemplata dalla legge nell'esegesi che ne dà in chiave applicativa il giudice” (Cons. St., Sez. IV, 09.05.2013 n. 2511, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

essere tacitamente derogato assegnando la competenza a un'amministrazione diversa da quella che per legge ne è titolare<sup>34</sup>. Dal momento che l'attuale disciplina dell'autorizzazione paesaggistica non prevede la devoluzione agli organi regionali o comunali della competenza attribuita alla Soprintendenza, se ne deve dedurre, anche al di là di ogni considerazione sull'inadeguatezza tecnica, che l'amministrazione procedente non avrebbe comunque titolo per procedere alla valutazione di compatibilità paesaggistica in sostituzione della Soprintendenza<sup>35</sup>.

Si deve ancora sottolineare che un'ipotetica competenza in capo all'amministrazione procedente sarebbe peraltro individuabile solamente *ex post* in funzione del concreto andamento del procedimento sotto il profilo temporale, ma non anche *ex ante* come richiederebbe il principio di legalità in applicazione di ordinari criteri di predeterminazione<sup>36</sup>.

#### 4. Osservazioni conclusive. Interpretazione costituzionalmente orientata dell'attuale disciplina.

Quanto finora esposto consente di ipotizzare un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'attuale disciplina in materia di autorizzazione paesaggistica. Si avverte subito che, secondo gli ordinari canoni ermeneutici, una tale interpretazione in tanto è possibile in quanto ci si trovi di fronte a una formulazione normativa che lasci e consenta adeguati spazi interpretativi. Se questo può essere il caso della disciplina del procedimento ordinario e in sanatoria, non altrettanto può dirsi per la disciplina del procedimento semplificato

<sup>34</sup> Il principio dell'inderogabilità dell'ordine legale delle competenze è variamente affermato in giurisprudenza: *ex multis* v. Cons. St., Sez. VI, 29.11.2012 n. 6042, in *www.giustizia-amministrativa.it*: “dal principio di legalità dell'organizzazione e dell'azione amministrativa discende che l'ordine legale delle competenze è stabilito per legge. La delega di funzioni, trattandosi di una deroga all'ordine legale delle competenze, deve essere prevista dalla legge”.

<sup>35</sup> Sul punto v. le puntuali osservazioni di T.A.R. Campania, n. 685/2012, cit., secondo cui “il silenzio devolutivo, in quanto influente sulla ripartizione delle competenze, in relazione alla quale sussiste riserva, sua pur relativa, di legge, ex art. 97 Cost., deve essere espressamente preso in considerazione dal legislatore, non potendosi desumere in forza di una interpretazione sistematica od analogica. Né al riguardo soccorre il richiamo alla disciplina di cui agli artt. 16 e 17 l. n. 241 del 1990 relativa all'esercizio della funzione consultiva, in quanto nella specie viene in rilievo non un potere meramente consultivo, ma, come detto, un potere di amministrazione attiva”.

<sup>36</sup> Come noto, il principio di legalità richiede “non solo la indicazione dello scopo che l'autorità amministrativa deve perseguire ma anche la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell'esercizio dell'attività” (Cons. St., Sez. VI, 02.05.2012 n. 2521, in *www.giustizia-amministrativa.it*); sulla predeterminazione in generale nel diritto amministrativo, anche se da un'angolazione prevalentemente incentrata sul concreto esercizio dell'attività amministrativa, v. per tutti A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

di cui al d.P.R. n. 139/2010, la quale utilizza espressioni che riflettono un chiaro contenuto precettivo, sebbene non condivisibile e censurabile sotto il profilo costituzionale.

Con questa premessa, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'attuale disciplina porterebbe a escludere che il provvedimento finale possa essere adottato in assenza di una preventiva, esplicita, valutazione di compatibilità paesaggistica da parte della Soprintendenza. Diversamente, si determinerebbe un *vulnus* alla protezione costituzionalmente riconosciuta al bene paesaggio-ambiente in violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'attività amministrativa, specificamente intesi come dovere di apprezzare in maniera espressa il concreto interesse pubblico nelle materie particolarmente complesse, quale appunto la materia paesaggistico-ambientale. Se non è ipotizzabile il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in assenza di una previa valutazione di compatibilità, ciò dovrebbe impedire che il parere della Soprintendenza sia superabile in applicazione degli istituti del silenzio devolutivo o del silenzio assenso, i quali per definizione elidono la garanzia di un puntuale e compiuto apprezzamento dell'interesse tutelato. In questa prospettiva, come sostenuto da una parte della giurisprudenza, la decorrenza del termine entro il quale rendere il parere avrebbe soltanto l'effetto di cristallizzare e rendere attuale l'inadempimento della Soprintendenza rispetto all'obbligo di esprimere le valutazioni di competenza, ma non anche quello di equiparare l'inerzia a un parere tacito favorevole né di relegare all'irrelevanza giuridica un atto endoprocedimentale pur sempre qualificato come obbligatorio e vincolante.

Resta a questo punto da chiarire in quale attività si identifichi il "provvedere" richiamato dall'attuale disciplina del procedimento ordinario, nella parte in cui l'amministrazione procedente viene appunto autorizzata a "provvedere comunque" sulla domanda dell'interessato nel caso di mancato o tardivo rilascio del parere. La questione potrebbe anche apparire di scarso rilievo se si considera che l'espressione "provvedere" dovrebbe pur sempre evocare la nozione di provvedimento che, nell'ormai consolidata ricostruzione, identifica l'atto conclusivo del procedimento deputato a disporre degli interessi<sup>37</sup>. Tuttavia, se il "provvedere" di cui all'attuale disciplina dovesse identificarsi con il provvedimento, non parrebbero superabili i rilevati profili d'incostituzionalità insiti nella prefigurazione di una scelta finale in assenza del compiuto apprezzamento dell'interesse tutelato. Appare pertanto preferibile verificare se l'espressione "provvedere", che è pur sempre un'espressione generica e non perfettamente univoca, possa identificare un'attività

---

<sup>37</sup> M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, cit., 57 ss.; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 1 ss.; R.VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 10 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., 2000, 152 ss.

amministrativa non necessariamente riconducibile al provvedimento e il cui compimento preservi e non pregiudichi le garanzie costituzionali<sup>38</sup>. In quest'ottica, un'interpretazione compatibile con il contesto costituzionale suggerirebbe probabilmente di identificare nell'espressione "provvedere" l'adozione di un semplice atto interlocutorio dell'amministrazione procedente che, senza pronunciarsi sul merito dell'istanza, si limiti a rappresentare l'inerzia dell'organo ministeriale giustificando così il momentaneo ritardo nella conclusione del procedimento. Tutt'altro che priva di utilità (anche pratica), l'adozione di un tale atto consentirebbe all'interessato di venire immediatamente a conoscenza dell'inerzia, nonché di attivare altrettanto prontamente le eventuali iniziative di tutela amministrativa e giurisdizionale preordinate a contestare l'inadempimento rispetto all'obbligo di provvedere. Eliminarebbe anche il rischio che l'autorizzazione paesaggistica possa essere contestata dalla stessa Soprintendenza in rivendica della sua competenza pretermessa<sup>39</sup>. Secondo la ricostruzione proposta, la previsione del termine entro cui rendere il parere servirebbe pur sempre a presidiare le esigenze di semplificazione e accelerazione procedimentale, peraltro tutelate anche dalla disciplina in materia di conclusione del procedimento<sup>40</sup>, ma senza al contempo elidere la garanzia costituzionale attraverso il superamento o l'eliminazione di una valutazione necessaria e ineludibile.

Vero è che la *ratio* esclusivamente semplificatrice sarebbe probabilmente meglio garantita superando l'inerzia della Soprintendenza in applicazione di mecca-

<sup>38</sup>Quando del resto, nell'ipotesi di inerzia della Soprintendenza, si è voluto attribuire all'amministrazione procedente il potere di rilasciare l'autorizzazione paesaggistica, lo si è fatto espressamente, come nel caso del procedimento semplificato la cui disciplina – lo si è sottolineato – prevede testualmente che “in caso di mancata espressione del parere vincolante entro il termine sopra indicato l'amministrazione competente ne prescinde e rilascia l'autorizzazione” (così articolo 4, co. 6, d.P.R. n. 139/2010).

<sup>39</sup>È infatti appena il caso di segnalare che, stando alla *ratio* ispiratrice della riforma, ben potrebbe darsi l'ipotesi per cui la Soprintendenza non renda nei termini il parere e l'amministrazione procedente adotti il provvedimento conclusivo, salvo poi che l'organo ministeriale, ad autorizzazione ormai rilasciata, esprima tardivamente la valutazione di competenza rilevando l'incompatibilità dell'intervento sotto il profilo paesaggistico. Sebbene la circolare ministeriale 7 dicembre 2011 n. 27, recante “chiarimenti sul parere tardivo della Soprintendenza e autorizzazione paesaggistica”, risolve questa contraddizione reputando il parere tardivo “inutiliter datum”, potrebbe anche accadere che l'amministrazione statale, non del tutto persuasa dell'interpretazione desumibile dalla relazione illustrativa dell'intervento di modifica, decida di contestare la rilasciata autorizzazione paesaggistica proprio sotto il profilo della competenza violata e pretermessa. Accedendo alla ricostruzione proposta, un tale rischio non sarebbe evidentemente configurabile con un qualche vantaggio, forse, in termini di certezza dei rapporti giuridici.

<sup>40</sup>Oltre all'articolo 2 della l. n. 241/1990, il riferimento è anche al successivo articolo 2 *bis*, ai sensi del quale “le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, co 1 ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”.

nismi assimilabili agli istituti del silenzio assenso o del silenzio devolutivo. È però anche vero che, a fronte di un valore primario come il paesaggio, il principio di semplificazione procedimentale deve ritenersi recessivo rispetto alla garanzia di un compiuto quanto espresso apprezzamento dell'interesse tutelato. Con ciò non si vuole certo affermare che la semplificazione procedimentale non debba caratterizzare e permeare di sé anche il procedimento di autorizzazione paesaggistica, peraltro troppo spesso rallentato proprio a causa dell'inerzia nel rilascio del parere. È però auspicabile che le esigenze di semplificazione siano perseguite con strumenti tali da scongiurare che la scelta finale sia adottata senza il supporto di un'esplicita valutazione da parte dell'organo tecnicamente e adeguatamente qualificato, quale che esso sia e non necessariamente identificabile nella Soprintendenza<sup>41</sup>.

#### THE LANDSCAPE AUTHORIZATION REGULATION BETWEEN SIMPLIFICATION NEEDS AND CONSTITUCIONAL GUARANTEES

by Enrico Zampetti

The article is focused on the actual regulation foreseen in the landscape authorization field, in order to assess how – and to which extent – said regulation complies with the protection granted by the Constitution in favour of the environment–landscape.

In particular, the analysis focuses on the provisions of said regulation that let the Proceeding Administration decide on regards to the request of authorization, even in the absence of the landscape compatibility evaluation – which competes to the Authority (Soprintendenza) – when said Authority has not issued the requested advice within the due deadline.

Although the above indicated provisions are unquestionably explained by the need to simplify, as much as possible, the actual proceeding, said provisions are not in full compliance with the constitutional regulation that – particularly the proceedings characterized by a certain degree of complexity – such as the ones pertaining to environmental–landscapes issues – should always involve a clear and exhaustive evaluation of the protected right by the technically qualified and competent Authority.

---

<sup>41</sup> Non sembra vada esattamente in questa direzione l'articolo 3 del più volte citato disegno di legge (Atto Senato n. 1577) attualmente in discussione nella parte in cui estende e generalizza l'istituto del silenzio assenso anche alla materia ambientale e paesaggistica.

## Brevi note sull'abilitazione scientifica nazionale al vaglio del giudice amministrativo

di Valeria Aveta

SOMMARIO: 1. Premessa. Brevi cenni al quadro normativo di riferimento. – 2. I profili di criticità emersi in sede giurisdizionale. – 2.1. La maggioranza qualificata. – 2.2. La parzialità dell'istruttoria. – 2.3. Le mediane. – 2.4. La disparità di trattamento. – 3. L'Ordinanza n. 1469/2014 del Consiglio di Stato e i dubbi di legittimità del DM 76/2012. – 4. Le prime sentenze del T.A.R. Lazio in materia di ASN. – 5. Conclusioni.

### 1. *Premessa. Brevi cenni al quadro normativo di riferimento*

Si è da poco conclusa<sup>1</sup> la prima tornata delle abilitazioni scientifiche nazionali ed è possibile prospettare alcune prime considerazioni sulla parte del processo di riforma del sistema universitario, introdotto dalla L. n. 240 del 2010 (c.d. legge Gelmini), che riguarda il reclutamento del personale docente.

Obiettivo dichiarato della riforma è responsabilizzare gli attori del sistema universitario, “colpevoli” di aver fatto uso improprio<sup>2</sup> dell'autonomia riconosciuta alle Università dall'art. 33, co. 6, Cost., attuando in maniera distorta il precedente sistema di reclutamento, con conseguente emersione del fenomeno del c.d. “localismo”, una sorta di corsia preferenziale per i candidati interni agli Atenei.

Come è noto, per correggere tale prassi, la riforma introduce, tra l'altro, un nuovo sistema di reclutamento articolato in due fasi.

La prima, costituita dall'Abilitazione Scientifica Nazionale, nella quale il candidato è giudicato da una Commissione unica a livello nazionale che verifica il possesso della maturità scientifica richiesta per svolgere le funzioni di professore di prima e di seconda fascia, senza limite al numero dei candidati abilitabili.

---

<sup>1</sup> Sebbene si stiano ormai avviando alla conclusione anche i lavori della seconda tornata, non tutte le commissioni hanno terminato i lavori della tornata 2012.

<sup>2</sup> C. PINELLI, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell'attività scientifica*, in *Munus*, 2011, 567 ss; G. M. ESPOSITO, *Riforma dell'università e governance della conoscenza*, in *Competizione e governance del sistema universitario*, a cura di E. PICCOZZA e A. POLICE, Torino, 2013.

La seconda, come dispone l'art. 18 della legge n. 240/2010, si svolge presso le università attraverso un duplice percorso alternativo: o mediante una procedura di valutazione comparativa (definita dalla legge "*chiamata dei professori*" o "*procedimento di chiamata*") bandita dai singoli Atenei in relazione ai posti da coprire per i diversi settori concorsuali e scientifico–disciplinari, alla quale possono prender parte solo i candidati in possesso dell'abilitazione; oppure mediante il meccanismo c.d. di valutazione di cui all'art. 24 della stessa legge, con una valutazione del curriculum da parte di una commissione nominata dallo stesso ateneo, procedura alla quale è chiamato a prender parte il solo candidato interno abilitato.

Da ultimo, nell'ottica di una maggiore semplificazione procedimentale, l'art. 14 della l. n. 114/2014 ha apportato delle modifiche in ordine alle modalità di presentazione delle domande di partecipazione, che potranno essere presentate senza scadenze prefissate<sup>3</sup>.

Il nuovo sistema di reclutamento, così come concepito, dovrebbe porre rimedio alle patologie della disciplina precedente, basata sul sistema di idoneità (non abilitazione) gestita in sede locale<sup>4</sup>, ancorché con una commissione sorteggiata dal Ministero; procedura che notoriamente ha finito sovente per riservare un trattamento privilegiato a favore dei candidati interni agli atenei<sup>5</sup>.

Lo scopo del nuovo istituto dell'Abilitazione Scientifica Nazionale è garantire a monte la qualificazione minima dei candidati su scala nazionale, lasciando fermo il successivo momento di selezione decentrata operato dalle Università, sulla base dei posti disponibili presso gli Atenei.

Il Ministero ha emanato diversi Decreti volti a regolare nel dettaglio lo svolgimento della procedura relativa alla prima fase, spesso interpretando in modo invero creativo il lacunoso dettato legislativo fornito dalla legge Gelmini. Quest'ultima

---

<sup>3</sup> È la cd. procedura "a sportello", disciplinata dall'art. 16, comma 3 lett. d) della legge 30 dicembre 2010, n. 240/2010, in G.U. n. 10 del 14 gennaio 2011.

<sup>4</sup> In base alla disciplina dettata dal DPR 23 marzo 2000, n. 117, infatti, la gestione delle procedure di reclutamento del personale docente universitario e di formazione delle commissioni giudicatrici era interamente affidata alle singole università, mediante una procedura di valutazione comparativa distinta per settore scientifico disciplinare e per fasce, indetta dal Rettore con proprio Decreto, previa deliberazione degli organi competenti.

<sup>5</sup> Tuttavia, il fenomeno del localismo è spesso espressione dell'esigenza dei docenti di far proseguire i propri allievi, sottolineando il ruolo di primaria responsabilità dell'Università per il reclutamento. Pratica diffusa presso gli Atenei è la cooptazione personale, dove è il maestro a scegliere, spesso sin dalla tesi di laurea, il giovane studioso ed a coltivarne la formazione. Ma non solo. Il fenomeno del localismo è causato anche da ragioni di ordine economico. Infatti le scelte delle commissioni nei concorsi banditi dagli Atenei sono spesso condizionate dalle limitate disponibilità di bilancio della facoltà, poiché questa, chiamando nei ruoli di ordinario un interno con qualifica di associato dovrebbe corrispondergli solo la differenza tra il trattamento economico dell'ordinario e quello dell'associato. In questo senso, F. DENOZZA, *La ricerca scientifica e le tecniche di valutazione*, in *Munus*, 2011, 590 ss.

si limita, infatti, ad affidare ad uno o più regolamenti di cui all'art. 17 comma 2 l. 23 agosto 1988, n. 400 (quindi a regolamenti governativi) il compito di provvedere all'emanazione di norme attuative circa le modalità di espletamento della procedura, prevedendo – tra l'altro – (art. 16) *“l'attribuzione dell'abilitazione con motivato giudizio fondato sulla valutazione analitica dei titoli e delle pubblicazioni scientifiche, previa sintetica descrizione del contributo individuale alle attività di ricerca e sviluppo svolte, ed espresso sulla base di criteri e parametri differenziati per funzioni e per area disciplinare, definiti con decreto del Ministro”*.

Il conseguimento dell'abilitazione, naturalmente, non costituisce titolo di idoneità, né da diritto al reclutamento in ruolo, limitandosi a garantire la facoltà di partecipazione alle procedure previste dai successivi artt. 18 e 24.

La produzione normativa a cascata, programmata dal legislatore, ha effettivamente avuto luogo. Il 14 settembre 2011 è stato infatti emanato il regolamento n. 222, che detta le linee guida per la procedura volta al conseguimento dell'Abilitazione Scientifica Nazionale. Ad esso ha fatto seguito il decreto ministeriale 7 giugno 2012, n. 76, provvedimento attuativo di dettaglio. Si è, infine, avvicinata a tali atti la successiva elaborazione normativa *de facto* operata dall'Anvur (l'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca) alla quale il ministero ha sostanzialmente delegato la messa in atto del sistema dell'abilitazione scientifica nazionale.

Il D.M. n. 76/2012, in particolare, stabilisce in modo dettagliato per ciascuna fascia e settore concorsuale i criteri e i parametri di valutazione che le Commissioni sono tenute osservare, salva la possibilità per le stesse di modificarne o integrarne i contenuti in relazione alle peculiarità di ciascuna disciplina.

Lo stesso Decreto ha delegato all'Anvur il compito di individuare appositi indicatori (bibliometrici e non, differenziati per funzioni e per area disciplinare) della produzione scientifica dei docenti universitari di ruolo e di definire, sulla base di questi, delle *“mediane”*, definite dallo stesso D.M. n. 76 (art. 1 lettera p) come *“il valore di un indicatore o altra modalità prescelta per ordinare una lista di soggetti, che divide la lista medesima in due parti uguali”*.

In linea di massima, il candidato all'abilitazione alle funzioni di professore associato o ordinario viene giudicato positivamente dalla commissione nazionale se i suoi indicatori di attività scientifica gli permettono di collocarsi nel gruppo più produttivo della lista dei professori associati o ordinari in servizio.

L'abilitazione viene attribuita, infine, ai candidati che, una volta misurata la rispettiva produzione scientifica, raggiungano i valori soglia per fascia e ruolo ed abbiano ricevuto una valutazione di merito positiva sulla qualità della ricerca.

Il Ministero, attraverso il D.M. n. 76/2012, si è prefissato un obiettivo non semplice: forte della scarsa fiducia riposta dal legislatore nelle procedure di selezione locali, ha inteso individuare criteri razionali e, per quanto possibile, obiettivi in grado di vincolare le commissioni; ciò, a garanzia di *standard* di qualificazione

minimi degli abilitati, anche per evitare il rischio che l'assenza di un numero chiuso potesse portare con sé un generale riconoscimento dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni di professore, vanificando del tutto il sistema delle Abilitazioni.

In altri termini, il dubbio sul rispetto della trasparenza nelle procedure di selezione dei singoli atenei si è tradotto nel tentativo di limitare l'ampia discrezionalità tecnica da sempre riconosciuta alle commissioni in questione, parametrando le scelte degli organi di valutazione ad indici statistici predeterminati dall'Anvur, Agenzia del Ministero i cui membri sono nominati da quest'ultimo e che opera secondo il modello dell'*executive agency*,<sup>6</sup> piuttosto che come autorità indipendente.

Invero, l'istituzione dell'abilitazione e la procedura volta ad ottenerne il conseguimento sono state sin da subito oggetto di critica e sono attualmente al vaglio degli organi della giustizia amministrativa.

## 2. *I profili di criticità emersi in sede giurisdizionale*

Molteplici ordinanze del giudice amministrativo di prime cure hanno avuto modo, da subito, di vagliare le modalità operative della riforma – sebbene allo stato nei limiti del sommario esame sulle istanze cautelari presentate dai ricorrenti (ma v. il successivo par. 4) – rilevando talvolta macroscopici errori valutativi.

È evidente che le numerose commissioni hanno operato, sul piano metodologico e anche interpretativo della disciplina vigente, in modo piuttosto differenziato, conducendo, come noto, a risultati che in termini di macro analisi, presentano profonde difformità.

Il T.A.R. Lazio, chiamato a pronunciarsi a seguito della formulazione di ricorsi, ha accolto un considerevole numero di istanze cautelari presentate da candidati risultati non idonei all'esito di procedure ritenute illegittime in quanto prive di trasparenza o di motivazione, frutto di una valutazione tutt'altro che analitica della produzione scientifica, svincolate dai parametri e dalle mediane di riferimento, e anche sperequate, ancorché i giudizi abilitativi non avessero caratterizzazione di tipo comparativo.

### 2.1. *La maggioranza qualificata*

Una frequente censura sollevata nei numerosi ricorsi proposti dai candidati riguarda la maggioranza dei voti richiesti per la deliberazione da parte delle commissioni.

L'art. 4 comma 5 del Decreto Direttoriale n. 222 del 2011 stabilisce infatti che *“la Commissione delibera a maggioranza dei quattro quinti dei componenti.”*

---

<sup>6</sup> L'Agenzia è un soggetto tecnico molto vicino all'esecutivo, stante le modalità di selezione dei suoi membri, di spettanza ministeriale (art. 8 d.P.R. n. 76/2010). Ha il compito di verificare l'attuazione degli obiettivi e indirizzi ministeriali strategici per il sistema universitario (art. 1, co 4, l. n. 240/2010).

Alle commissioni preposte all'ASN si applica il principio generale proprio delle procedure concorsuali, secondo cui la Commissione è un collegio perfetto, tenuto pertanto ad operare nel *plenum* dei suoi componenti.

Tale principio, come noto e secondo quanto ribadito dalla giurisprudenza<sup>7</sup>, trova l'unica deroga nei casi in cui la Commissione sia chiamata a svolgere attività di preparazione o istruttorie, del tutto prive di carattere discrezionale, dovendo, di contro, necessariamente operare come collegio perfetto quando essa è chiamata ad approvare scelte di natura discrezionale in ordine alle quali c'è l'esigenza che tutti i componenti offrano il loro contributo ai fini della corretta formazione della volontà dell'organo collegiale.

Il Tar Lazio ha posto l'accento su tale principio specificando altresì che sussistono i necessari profili di fondatezza ai fini della sospensione cautelare del provvedimento con cui viene negata l'abilitazione quando “*il contrasto tra tre giudizi individuali di idoneità e due giudizi individuali di non idoneità in seno alla Commissione non sembra raggiungere un adeguato grado di sintesi nel giudizio finale complessivo di non idoneità*”<sup>8</sup>. In tal modo, il Giudice ha evidenziato la necessità per la Commissione non solo di deliberare e valutare in composizione integrale, ma altresì di motivare adeguatamente le scelte effettuate nel momento in cui la stessa si discosti dalla prescrizione normativa che prevede la deliberazione a maggioranza qualificata dei quattro quinti.

In altri termini, dalla sintetica motivazione delle ordinanze, si evince che ai fini di una deliberazione legittima è necessaria la maggioranza qualificata prevista dalla norma; in difetto della stessa, la Commissione deve enunciare dettagliatamente circa le motivazioni di una deliberazione con maggioranze diverse.

## 2.2. La parzialità dell'istruttoria

Ancora, il TAR Lazio ha accolto le censure dei ricorrenti che lamentavano l'omessa valutazione dei titoli o delle pubblicazioni, dichiarando che il ricorso appare sostenuto dal *fumus boni iuris* riguardo la limitatezza della valutazione, qualora risulti che questa sia stata effettuata esclusivamente con riguardo alle pubblicazioni scientifiche e senza che emerga dal giudizio collegiale una considerazione anche dei titoli e del curriculum del candidato<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Si vedano Cons. Stato, 3 marzo 2011, n. 1368, in *Foro amm. CDS* 2011, 3, 828; T.A.R. Firenze, 22 aprile 2013, n. 688, in *Foro amm. TAR* 2013, 4, 1160; T.A.R. Lazio, Roma, 1 aprile 2011 n. 2868, in *Foro amm. TAR* 2011, 4, 1269; Id. 27 dicembre 2010, n. 38724, in *Ragiusan* 2011, 331–332, 90.

<sup>8</sup> TAR Lazio, Sez. III, ord. 23 maggio 2014, n. 2810, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>9</sup> TAR Lazio, Sez. III, ord. 21 marzo 2014, n. 1347, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Il giudice ha rilevato al riguardo che “*l'incongruità dei giudizi dei singoli commissari, che appaiono estremamente stringati, induce a ritenere fondata la censura riguardante la valutazione non approfondita dei titoli.*”<sup>10</sup>

Anche in questo caso, il Giudice ha delineato le modalità di esecuzione dei lavori per una deliberazione legittima, censurando, anche se solo in sede cautelare, quelle decisioni assunte a seguito di istruttorie parziali o incomplete, in violazione del richiamato dettato normativo.

### 2.3. *Le mediane*

I maggiori dubbi di legittimità sul sistema delle ASN, tuttavia, sono stati sollevati in relazione alle modalità applicative e all'effettiva portata vincolante delle *mediane*, che costituiscono senza dubbio l'elemento di maggiore novità introdotto dalla riforma.

In particolare, non risulta chiaro se tali indicatori costituiscano un pre-requisito in assenza del quale deve essere esclusa a monte l'abilitazione, ovvero se siano dei valori puramente indicativi, che la Commissione può discrezionalmente ponderare con gli altri criteri e parametri stabiliti dalla legge.

Le Commissioni hanno interpretato tale dato nei modi più disparati.

Alcune hanno escluso *in toto* la valutazione di merito in caso di mancato superamento degli indicatori; altre, viceversa, ne hanno del tutto ignorato l'applicazione, senza nulla asserire circa la portata e il peso degli indici ai fini della valutazione finale: e ciò anche in settori bibliometrici<sup>11</sup>.

La scarsa chiarezza normativa circa le modalità applicative della riforma ha generato il caos: è accaduto infatti che alcuni candidati che non raggiungevano le soglie previste dall'Anvur per il settore e per la fascia di appartenenza sono risultati idonei all'abilitazione; altri candidati che invece superavano ampiamente le mediane sono risultati non idonei, senza che dalle motivazioni emergesse alcun criterio discrezionale.

Il M.I.U.R., nell'incertezza del dato normativo, ha tentato di chiarire gli aspetti applicativi maggiormente problematici della nuova disciplina.

Con nota circolare prot. n. 754 dell'11 gennaio 2013, il Ministero ha fornito un'interpretazione volta a valorizzare l'autonomia decisionale delle Commissioni, precisando che il giudizio finale “*deve essere basato sulla valutazione analitica*

<sup>10</sup> TAR Lazio, sez. III, ord. 5 giugno 2014, n. 2523, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>11</sup> I settori bibliometrici comprendono gran parte delle scienze cd. esatte. A queste discipline si applica una tipologia di analisi bibliometrica per la misurazione delle pubblicazioni scientifiche fondata sull'indicatore citazionale quale “unità bibliografica”; di contro, i settori non bibliometrici comprendono le scienze umane e sociali e considerano parametri di valutazione diversi, quali il numero e la qualità di articoli pubblicati su riviste e opere collettanee, nonché il numero di monografie pubblicate.

*dei titoli e delle pubblicazioni presentate, tenendo ben presenti la qualità della produzione scientifica e il conseguimento di risultati scientifici significativi anche con riferimento alla rilevanza internazionale degli stessi”.*

Nella nota ministeriale si specificava altresì che il superamento degli indicatori numerici specifici non costituisce fattore di per sé sufficiente ai fini del conseguimento dell'abilitazione, poiché *“le commissioni possono non attribuire l'abilitazione a candidati che superano le mediane prescritte per il settore di appartenenza, ma con un giudizio di merito negativo della commissione, ovvero possono attribuire l'abilitazione a candidati che, pur non avendo superato le mediane prescritte, siano valutati con un giudizio di merito positivo”.*

Insomma, la Commissione, pur avvalendosi dei valori delle mediane indicati dall'ANVUR ai fini della valutazione dei candidati per l'abilitazione scientifica nazionale, avrebbe potuto valutare il profilo di ciascun candidato sulla base dei suddetti parametri e sulla qualità delle pubblicazioni scientifiche.

La circolare interpretativa del M.I.U.R. evidenziava, pertanto, la necessità di considerare le mediane solo come uno dei punti di riferimento, confermando il *favor* per la valutazione dei candidati in relazione al merito effettivo della produzione scientifica.

L'atteggiamento del giudice amministrativo è stato, viceversa, più severo.

A fronte delle censure sollevate dai candidati, infatti, il TAR Lazio ha giudicato, sempre in sede cautelare, *“irragionevole il giudizio di non idoneità reso nei confronti del candidato che ha superato i tre indicatori bibliometrici e la cui produzione scientifica è stata giudicata coerente con il settore di riferimento.”*<sup>12</sup>

Il giudice ha stabilito, pur sinteticamente, che le Commissioni ASN hanno effettivamente un margine di discrezionalità tecnica minore rispetto alle commissioni concorsuali e che, laddove avessero voluto utilizzare tale margine discostandosi dagli indicatori ministeriali, avrebbero dovuto adeguatamente e analiticamente motivare il provvedimento alla luce di considerazioni di merito sulla qualità della produzione scientifica del candidato. Ove tali motivazioni siano risultate carenti o del tutto omesse, il provvedimento, ad un primo sommario esame, risulta illegittimo.

#### 2.4. La disparità di trattamento

In tale contesto si inseriscono anche le ultime pronunce del TAR Lazio.

Nelle recentissime ordinanze in tema di ASN, il Giudice ha infatti evidenziato un ulteriore motivo di illegittimità delle valutazioni finali: la disparità di trattamento, metro di giudizio che potrebbe rivelarsi decisivo anche per chiarire la portata più o meno vincolante delle mediane.

---

<sup>12</sup> TAR Lazio, Sez. III ord. 21 marzo 2014, n. 1305, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Il Giudice ha infatti precisato che *“il ricorso appare assistito da sufficiente fumus boni iuris quando i giudizi elaborati dalla commissione non sembrano ragionevoli nella misura in cui il ricorrente, pur avendo superato due mediane sulle tre di riferimento ed ottenuto un giudizio nel complesso non negativo (e comunque non peggiore di altri candidati giudicati idonei), è stato giudicato non idoneo alla richiesta abilitazione”*; e che *“il giudizio finale di non idoneità, seppure assunto all’unanimità dei membri della commissione, non sembra coerente con la stessa motivazione contenuta nelle premesse del giudizio collegiale, soprattutto se rapportato a quanto espresso con riferimento ad altri candidati giudicati idonei”*; *“Considerato, ad un sommario esame, che il ricorso appare assistito da sufficiente fumus boni iuris posto che i giudizi elaborati dalla commissione non sembrano ragionevoli nella misura in cui il ricorrente, pur avendo superato le tre mediane di riferimento ed ottenuto un giudizio nel complesso non negativo, è stato giudicato non idoneo alla richiesta abilitazione”*.

Sebbene, infatti, secondo quanto già rilevato, l’abilitazione non fosse strutturata come procedura comparativa, va da sé che alla Commissione erano nondimeno richieste omogeneità di trattamento dei candidati e coerenza nell’applicazione dei criteri valutativi: appare irragionevole, pertanto, che candidati muniti di *curricula* sostanzialmente equivalenti, con conseguente raggiungimento dei medesimi indicatori, potessero ricevere valutazioni opposte, senza che dal giudizio collegiale emergesse alcuna motivazione al riguardo.

Proprio la motivazione costituisce il momento centrale dell’*iter* valutativo e deve dar conto delle ragioni del decidere, tanto più che i giudizi in questione rappresentano espressione di un sapere tecnico e connotato da forti tratti di soggettività. È attraverso l’obbligo di motivazione che si realizza la trasparenza dell’agire amministrativo ed è possibile il controllo sulla legittimità delle scelte compiute<sup>13</sup>.

A ben vedere, dunque, la disparità di trattamento – che si manifesta spesso attraverso una carente o del tutto omessa motivazione – si traduce nella violazione del principio di ragionevolezza, che può costituire il solo sbocco possibile per dipanare la matassa delle Abilitazioni Scientifiche e fare chiarezza sulle modalità operative delle commissioni.

Il giudice quindi, attraverso il richiamo ai principi cardine dell’ordinamento, opera una opportuna mediazione tra la volontà del legislatore di ancorare le commissioni a criteri valutativi oggettivi e la necessità per le commissioni di esprimere valutazioni di merito, nell’esercizio dell’insopprimibile discrezionalità tecnica<sup>14</sup>.

La mediazione, dunque, si realizza proprio nel richiamo al principio di ragionevolezza e si estrinseca, evidentemente, nel dovere di motivazione degli atti.

<sup>13</sup> M. R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell’azione amministrativa*, in *Nuove Autonomie*, 2005, fasc. 6, 945 ss.

<sup>14</sup> C. VIDETTA, *L’amministrazione della tecnica*, Napoli, 2008.

Appare evidente come il TAR Lazio stia sopperendo, attraverso il profilo della ragionevolezza, sia all'atteggiamento invero superficiale seguito da talune commissioni, sia alla tendenza normativa di sostituire la valutazione con la misurazione.

Pertanto, già alla luce dell'esame in sede cautelare, la fisionomia dell'istituto introdotto dalla Riforma Gelmini appare meglio delineata. Per il giudice amministrativo, l'Abilitazione Scientifica Nazionale è una procedura volta all'accertamento del possesso di requisiti *minimi* da parte dei candidati (la famosa "patente di guida" di cui tanto si è parlato nella fase attuativa della riforma).

L'esito dei ricorsi cautelari si configura, dunque, come una "correzione" del basso tasso di abilitazioni dell'ASN 2012. Si pensi infatti che solo il 40% dei candidati italiani ha ottenuto l'Abilitazione, laddove, ad esempio, nella procedura di qualificazione francese (modello ispiratore di riferimento) del 2012 il tasso medio di abilitati è risultato del 61,2% per la seconda fascia e del 67,3% per la prima<sup>15</sup>.

### 3. *L'Ordinanza n. 1469/2014 del Consiglio di Stato e i dubbi di legittimità del DM 76/2012*

Se il Giudice di prime cure ha tentato di fornire chiarimenti interpretativi sulla nuova disciplina, dubbi relativi alla legittimità dell'intero impianto della riforma sono stati sollevati dal Consiglio di Stato, in sede di appello cautelare.

In un'ordinanza depositata lo scorso 9 aprile infatti l'organo di vertice della giustizia amministrativa ha accolto la richiesta di sospensiva del provvedimento che negava l'abilitazione ad un candidato per il settore concorsuale 12/A1 (diritto privato), rovesciando l'esito di una precedente ordinanza del TAR Lazio.

Nel merito il ricorrente lamentava di essere stato giudicato da una commissione di cui uno dei cinque componenti, il commissario straniero, risultava non conoscere la lingua italiana. Un requisito di per sé non richiesto dalla nuova normativa, che si limita a prevedere la presenza di un docente proveniente da un paese Ocse, ma considerato evidentemente indispensabile al Consiglio di Stato, in particolar modo riguardo alla specificità della materia.

Invero, dal testo dell'ordinanza non si evince appieno la gravità della stessa in relazione al dubbio sollevato in ordine alle modalità esplicative dell'intero sistema di abilitazione, che – qualora la decisione fosse confermata nel merito – potrebbe determinare un "effetto a cascata" con la possibile invalidazione degli esiti della prima tornata.

I giudici di Palazzo Spada si sono limitati infatti ad asserire che *"contrariamente a quanto ritenuto dal T.a.r., le esigenze cautelari del ricorrente appaiono apprezzabili favorevolmente in punto di fumus boni iuris (con particolare ri-*

<sup>15</sup> Dati reperibili sul sito <http://tinyurl.com/pt7rld8>

*guardo al secondo, terzo, sesto, settimo e ottavo motivo del ricorso di primo grado) e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio di merito”.*

Tra i motivi di ricorso richiamati se ne individua uno che, come rilevato, rischia di coinvolgere il sistema nel suo complesso. Nel ricorso veniva contestata la legittimità dell'attribuzione di ampi poteri discrezionali alle commissioni in ordine ai criteri di valutazione come determinata dal regolamento emanato dal Ministero (D.M. n. 76 del 07.06.2012): poteri, si lamenta, più ampi rispetto a quelli stabiliti dalla legge Gelmini, e quindi illegittimi.

Invero, sotto il medesimo profilo, sono stati sollevati dubbi anche relativamente alla competenza del Ministro ad intervenire su materie che il legislatore aveva affidato al regolamento governativo.

L'art. 16 della l. 30 dicembre 2010, n. 240, infatti, nell'istituire l'abilitazione scientifica nazionale e nell'imporla come presupposto per l'accesso alle funzioni di professore di I e II fascia, si limita ad attribuire a tale valutazione un'efficacia quadriennale e a richiedere requisiti minimi distinti per fascia e settore. Per quanto attiene alle procedure preordinate al rilascio dell'abilitazione e ai criteri da seguire, affida i relativi compiti, come già rilevato in *Premessa*, ad uno o più regolamenti emanati ai sensi dell'art. 17 comma 2 l. 23 agosto 1988, n. 400, ossia a regolamenti governativi cd. delegati o di delegificazione, emanazione del Consiglio dei Ministri. Tali regolamenti sono i soli cui la legge primaria ha conferito il potere di completare la riforma sul reclutamento universitario.

Nel caso in esame a siffatto onere l'esecutivo ha provveduto con il d.P.R. 14 settembre 2011, n. 222. L'art. 2 definisce l'oggetto dell'intervento nella disciplina delle procedure per il conseguimento dell'abilitazione attestante la qualificazione scientifica che costituisce il requisito necessario per l'accesso alla docenza universitaria. Negli artt. 4 e 6 affida invece al Ministero il compito di fissare con proprio decreto i criteri di valutazione dei candidati all'abilitazione e dei commissari.

In questa prospettiva, la disposizione avrebbe trasferito illegittimamente un compito proprio dell'organo esecutivo al Ministero, che con il decreto 76/2012, ha individuato in concreto i criteri e parametri valutativi ed ha conferito alle commissioni la possibilità di adottare criteri ulteriori e più restrittivi di quelli fissati nello stesso DM.

In altri termini, mediante l'intervento ministeriale si sarebbe in sostanza permesso ai commissari di riprendersi quei poteri discrezionali che si voleva invece limitare.

#### *4. Le prime sentenze del T.A.R. Lazio in materia di ASN*

Il TAR Lazio ha di recente pubblicato le prime sentenze definitive in materia di abilitazioni scientifiche.

L'orientamento del giudice si pone in linea con la consolidata giurisprudenza amministrativa in tema di procedure concorsuali.

È stato infatti ribadito che *“la valutazione della Commissione esaminatrice è espressione della discrezionalità tecnica di tale organo, le cui valutazioni, riflettendo specifiche competenze solo da esso possedute, possono essere sindacate dal giudice della legittimità solo se manifestamente illogiche o irragionevoli”*<sup>16</sup>. Pertanto, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. deve svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, *“bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo”*<sup>17</sup>.

Il giudice, nelle recentissime pronunce, ha altresì chiarito il valore e la portata delle mediane di misurazione della produttività scientifica, esplicitando che le stesse sono state individuate affinché le commissioni selezionino docenti al di sopra della media nazionale degli insegnanti del settore di riferimento; ciò *“al fine di evitare un appiattimento nella selezione dei professori di prima e di seconda fascia e del ruolo peculiare che i candidati andranno a rivestire”*<sup>18</sup>. Nella medesima pronuncia il Tribunale Amministrativo asserisce altresì che *“la valutazione dei singoli candidati non può risolversi nella mera verifica del superamento dei parametri bibliometrici. Le commissioni chiamate a valutare l'idoneità dei candidati all'abilitazione scientifica non possono pertanto limitarsi a verificare se le pubblicazioni presentate superino le mediane calcolate dall'Anvur: sia in senso negativo, per cui al mancato superamento delle mediane debba seguire necessariamente il diniego dell'abilitazione, sia in senso positivo, per cui viene riconosciuta l'abilitazione a coloro che abbiano integrato le mediane, senza esaminare gli altri titoli espressamente previsti nel D.M. 76/2012.”* L'Abilitazione deve piuttosto essere riconosciuta al termine di un'istruttoria completa sul curriculum e sui titoli presentati dai candidati, attraverso la valutazione di merito e una congrua motivazione delle scelte operate.

<sup>16</sup> T.A.R. Lazio, Sez. III, 4 settembre 2014, n. 9403, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In tale pronuncia, il giudice non ha ravvisato elementi di illogicità o manifesta irragionevolezza ed ha rigettato il ricorso proposto da un candidato per il settore concorsuale 06/E1 – Chirurgia cardio-toraco-vascolare.

<sup>17</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2001, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>18</sup> T.A.R. Lazio, Sez. III, 4 settembre 2014, n. 9416, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In questa pronuncia, il giudice ravvisa carenza di istruttoria (in quanto la commissione non aveva valutato il curriculum del candidato né i titoli vantati, ma aveva attestato il mancato superamento delle mediane e negato l'abilitazione senza fornire ulteriori motivazioni) e difetto di motivazione. Per l'effetto, accoglie il ricorso, annulla il provvedimento e dispone la rivalutazione della posizione del candidato ad opera di una commissione in diversa composizione.

## 5. Conclusioni

Da quanto osservato emerge che le scelte del sistema di reclutamento si sono dimostrate quantomeno lacunose e solo parzialmente coerenti rispetto agli obiettivi auspicati dal legislatore, generando disorientamento, come dimostra anche il cospicuo contenzioso proposto al giudice amministrativo.

Il dato che emerge chiaramente è la contraddizione del legislatore, che ha optato per un modello di valutazione di tipo centralizzato con ridotti margini di autonomia universitaria<sup>19</sup> (invero sancita costituzionalmente dall'art. 33, ult. Comma, Cost.), e i successivi interventi ministeriali. Proprio il dicastero che ha promosso e attuato il principio della misurazione della produttività dei candidati come momento centrale della valutazione, ha poi affermato che le Commissioni possono discostarsi dai parametri di misurazione nell'esercizio della propria discrezionalità<sup>20</sup>.

Il Ministero è forse tornato sui suoi passi perché – alla prova attuativa ed al vaglio del giudice – il tentativo di sostituire la valutazione analitica operata da commissioni di tecnici con la misurazione della produttività dei candidati, che rende superflua l'indagine sul merito, si è dimostrato inefficace, soprattutto per i c.d. settori non bibliometrici.

In tale contesto il giudice amministrativo sta tentando di conciliare la normativa di dettaglio emanata dal ministero con gli obiettivi che il legislatore si era in origine prefissato e secondo siffatta prospettiva, che si sta ormai consolidando attraverso molteplici pronunce, l'Abilitazione Scientifica si rivela nulla più che una valutazione del superamento, da parte dei candidati, di alcuni requisiti minimi.

I dati relativi alla bassa percentuale degli abilitati – in alcuni casi pari ad appena il 20% dei candidati<sup>21</sup> – evidenziano infatti un equivoco di fondo tra i protagonisti della fase operativa della riforma.

Le Commissioni hanno sovente interpretato il proprio ruolo alla stregua di una valutazione comparativa, operando una drastica selezione dei candidati non solo con compromissione dell'autonomia funzionale degli Atenei, ma anche con l'evidente disconoscimento della sussistenza di un successivo procedimento di natura concorsuale atto, quello sì (almeno in astratto), a selezionare i migliori candidati.

Le commissioni di abilitazione, alla luce del dettato normativo originario, avrebbero dovuto verificare ed attestare l'attitudine dei singoli candidati ad assumere il ruolo di docente di prima o di seconda fascia, così come è proprio di una

---

<sup>19</sup> F. MIDIRI, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, Torino, 2004.

<sup>20</sup> Nota Circolare prot. n. 754 dell'11 gennaio 2013, già richiamata.

<sup>21</sup> È il caso del settore concorsuale 08/D1 – Progettazione Architettonica

procedura, appunto, abilitativa, e come accade in altri Paesi ove tale meccanismo è invalso. E quella attitudine non poteva che fondarsi sulla dimostrata capacità di svolgere ricerca scientifica con sufficiente rigore e originalità e sulla dimostrata capacità di svolgere attività didattica: il tutto con il sostanziale supporto dei riconosciuti parametri internazionali.

Gli esiti della prima tornata hanno dimostrato che da un'espressione legislativa poco chiara possono derivare tensioni di vario grado e natura, anche quando la norma è portavoce di giuste esigenze di principio, tanto da far ricordare le parole di V.E. Orlando: “*il sistema di istruzione è un organismo delicato cui il medico può fare più male che bene, si che qualche volta l'astenersi è prudenza*”<sup>22</sup>.

## BRIEF NOTES ON ENABLING THE NATIONAL SCIENTIFIC SCRUTINY OF THE ADMINISTRATIVE JUDGE

by Valeria Aveta

The academic recruitment system has been amended by law n. 240/2010 (called Gelmini reform), through the introduction of the National Academic Qualification procedure.

The results of the first application of the new system have allowed the judge to rule – by now only in interlocutory proceedings – about some problems concerning the procedure and the evaluation committees role. In particular, doubts have been raised about the legitimacy of preliminary procedures, about the parameters binding nature and about unequal treatment of candidates.

The present work aims to examine – in the light of the main judicial decisions – the most relevant critical issues that characterize the current discipline, mainly related to the selective procedures uncertain nature, in tension between mere ratifications and actual competitions, as well as to the degree of discretion which has to be recognized on the evaluation committees.

---

<sup>22</sup> V. E. ORLANDO, discorso tenuto al senato del Regno il 4 dicembre 1903, *Atti parlamentari*. L'espressione è citata da F. Grassi Orsini, *Orlando, profilo dell'uomo politico e dello statista: la fortuna e la virtù*, in V.E. Orlando, *Discorsi parlamentari*, Bologna, 2002, pp. 44–45



# Sulla legittimità dell'amministrazione statale a chiedere la trasposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato

di Andrea Milone

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L'intervento della Corte Costituzionale apre la strada per le amministrazioni diverse dallo Stato. 3. Le novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 e dal Codice del processo amministrativo. 4. Conclusioni.

## 1. Premessa.

Il tema in esame, ossia la legittimazione della facoltà di chiedere la trasposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato da parte anche dell'Amministrazione statale resistente rappresenta un profilo ampiamente discusso negli ultimi tempi sia in dottrina che in giurisprudenza, alla luce delle riforme introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 e dal Codice del processo amministrativo.

Come noto, il ricorso al Capo dello Stato è un rimedio da un lato straordinario<sup>1</sup>, in quanto presuppone esaurita la possibilità di esperire altri rimedi amministrativi e dall'altro alternativo al ricorso giurisdizionale per cui *electa una via, non datur recursus ad alteram*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Per un approfondimento generale sul ricorso straordinario al Capo dello Stato si rinvia, tra gli altri, a: V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1959, 811; C. E. GALLO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra presente e futuro*, in *Foro it.*, 1987, I, p. 674 ss; G. MATUCCI, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: natura giuridica e profili di legittimità costituzionale*, in *Giur. It.*, 2002, 1, p. 231 ss; E. D'ARPE, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un antico istituto destinato ad un rapido tramonto*, in *Foro amm.-Tar.*, 2004, 3, pp. 3224 ss; L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 691; M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giustizia amministrativa*, F. G. Scoca (a cura di), Torino, 2011, 619 ss.

<sup>2</sup> M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 1/2002, pp. 61 ss; T. ANCORA, *Riconsiderazione dell'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, nella sua natura giuridica e nel suo funzionamento*, in *Cons. Stato*, 1986, 1387 ss.

Tale alternatività è la conseguenza, tra l'altro, dell'esigenza di evitare una duplice pronuncia da parte della medesima istituzione, il Consiglio di Stato in sede consultiva ed in sede giurisdizionale<sup>3</sup>.

La facoltà delle amministrazioni pubbliche di opporsi alla trattazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato è stata al centro di un lungo percorso normativo e giurisprudenziale.

La *ratio* riposa nella considerazione che la tutela in sede giurisdizionale è sia la tutela dell'azione, sia la tutela del diritto di difesa: così come deve essere riconosciuta la possibilità per il ricorrente di scegliere la via giurisdizionale o la via amministrativa, nel ricorso, così deve essere riconosciuta la possibilità anche per il contro interessato e il resistente di scegliere la via giurisdizionale o la via amministrativa nel controricorso<sup>4</sup>.

La possibilità di trasposizione si giustifica, peraltro, anche perché la scelta del ricorso straordinario, anche se più rapida, offre un solo grado di giudizio; pertanto tale scelta non può essere imposta, ma solo liberamente perseguita<sup>5</sup>.

L'articolo 10 del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, come noto, prevede la facoltà dei controinteressati di opporsi alla decisione della controversia in sede straordinaria e chiedere la sua trasposizione in sede giurisdizionale<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, rileva che l'esigenza indicata "riflette anche il fatto che i pareri del Consiglio di Stato sui ricorsi straordinari hanno sì carattere formale di pareri, ossia atti "consultivi", ma dal punto di vista sostanziale presentano gli stessi contenuti di una decisione: con maggior evidenza oggi che sono vincolanti, essi si risolvono nell'affermazione della fondatezza o meno del ricorso"; G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2011, evidenzia che "fermo restando la natura di rimedio amministrativo e giustiziale del ricorso straordinario, stante l'autorevolezza dell'organo che sostanzialmente decide il ricorso (Consiglio di Stato) e la forza giuridica del provvedimento (di accoglimento) del ricorso e di annullamento del provvedimento impugnato, unite alla possibilità di rimettere le questioni di legittimità costituzionale e comunitaria rispettivamente alla Corte Costituzionale ed alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, l'equiparazione al processo amministrativo è persa ai più presso che totale. A ciò aggiungasi anche la possibilità da parte del presidente del Consiglio di Stato di attribuire annualmente ad una sezione consultiva – I, II e III – la competenza giurisdizionale per la risoluzione delle controversie".

<sup>4</sup> Sul punto C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2010.

<sup>5</sup> P. TANDA, *Elementi di giustizia amministrativa*, Milano, 2011, p. 422. Sul punto, Cons. Stato, sez. I, 17 febbraio 1999, n. 2532 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>6</sup> L'articolo 10, come noto, stabilisce che "I controinteressati, entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso, possono richiedere, con atto notificato al ricorrente e all'organo che ha emanato – l'atto impugnato, che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale. In tal caso, il ricorrente, qualora intenda insistere nel ricorso, deve depositare nella segreteria del giudice amministrativo competente, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione, l'atto di costituzione in giudizio, dandone avviso mediante notificazione all'organo che ha emanato l'atto impugnato ed ai controinteressati e il giudizio segue in sede giurisdizionale secondo le norme del titolo III del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, e del regolamento di procedura, approvato con regio decreto 17 agosto 1907, n. 642".

Tale facoltà, a seguito della sentenza 29 luglio 1982, n. 148 della Corte Costituzionale, è stata estesa anche alle amministrazioni non statali resistenti; successivamente a seguito delle riforme introdotte dalla legge n. 69/2009, dal Codice del processo amministrativo e da una casistica giurisprudenziale le ragioni poste dalla Corte Costituzionale alla base della esclusione della facoltà di opposizione alla trattazione del ricorso in sede straordinaria da parte anche delle amministrazioni statali resistenti sembrerebbero venute meno.

## 2. *L'intervento della Corte Costituzionale apre la strada per le amministrazioni diverse dallo Stato.*

La Corte Costituzionale con la sentenza 29 luglio 1982 n. 148<sup>7</sup> aveva affermato l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'articolo 10 del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 nella parte in cui, ai fini dell'esercizio della facoltà di scelta ivi prevista, non equiparava ai controinteressati l'ente pubblico, diverso dallo Stato, che avesse emanato l'atto impugnato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

La scelta della Corte si basava sull'osservazione secondo cui, nel procedimento decisorio del ricorso straordinario, gli enti pubblici non statali non godevano di una posizione di preminenza rispetto al ricorrente principale, tale da giustificare (al pari di quelli statali) l'esclusione della facoltà di richiedere la trattazione del ricorso in sede giurisdizionale.

Appare evidente, nelle parole della Corte, che a rilevare, ai fini della esclusione della facoltà di opporsi alla trattazione del ricorso in sede straordinaria, era l'appartenenza dell'amministrazione resistente all'apparato statale, ai cui vertici competeva il potere decisorio del ricorso straordinario<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> La sentenza della Corte Costituzionale, 29 luglio 1982, n. 148 in *www.cortecostituzionale.it* ha stabilito che "Nel procedimento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, la posizione dell'autorità resistente è diversa a seconda che l'atto, contro il quale è rivolto il ricorso, provenga da un organo dello Stato o di altro ente pubblico. Infatti, mentre l'autorità statale, per i poteri istruttori e decisionali ad essa riconosciuti, si pone in posizione di preminenza di fronte al ricorrente ed ai controinteressati, l'ente pubblico, invece, assume la veste di mera controparte rispetto al ricorrente, senza alcun potere di decidere, né di influire, più di quanto sia dato alle altre parti, sulla decisione. È pertanto, costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 Cost., l'art. 10 del D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, nella parte in cui, ai fini dell'esercizio della facoltà di chiedere la trasposizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica in sede giurisdizionale, non equipara ai controinteressati l'ente pubblico, diverso dallo Stato, che ha emanato l'atto impugnato".

<sup>8</sup> In un primo commento alla decisione della Corte costituzionale n. 148/1982, affermava G. GRECO, *Ricorso straordinario e potere di scelta giurisdizionale dell'amministrazione resistente*, in *Le Regioni*, 1982, pp. 1156 ss., 1157, che anche l'amministrazione resistente «con ogni buon titolo

In ciò – secondo la Corte costituzionale – era da rinvenirsi la posizione di sostanziale preminenza delle amministrazioni statali, ricostruita come una sorta di “preminenza di apparato” piuttosto che della singola amministrazione intimata. D'altronde, inequivoco sembra in tal senso il riferimento all'ambito organizzativo unitario contenuto nella decisione<sup>9</sup>.

L'attribuzione del potere istruttorio e decisorio ai vertici dell'amministrazione statale (Ministro competente *ratione materiae* e Governo) giustificava solo per quest'ultima l'esclusione della facoltà in parola, e ciò in quanto – secondo la Consulta – sia pur in un ambito organizzativo unitario è pur sempre la stessa amministrazione che decide sull'impugnativa dell'atto da essa emanato<sup>10</sup>.

Di qui la necessità di assicurare anche alle amministrazioni non statali, in quanto non titolari della posizione privilegiata di cui godono quelle statali, lo stesso trattamento riservato ai controinteressati, in ragione delle maggiori garanzie che il ricorso giurisdizionale è in grado di offrire<sup>11</sup>.

---

deve essere qualificata come “parte” nel ricorso straordinario, almeno tutte le volte che si tratti di amministrazione diversa dallo Stato e, così, diversa dall'autorità decidente». Dalla titolarità del potere decisorio sembrerebbe discendere, secondo l'Autore, l'esclusione della qualità di parte in capo alle amministrazioni statali.

<sup>9</sup> Si segnala una parte minoritaria della dottrina che era di parere contrario. G. LANDI, *Corte costituzionale e ricorso straordinario*, in *Foro amm.*, 1983, I, pp. 281 ss., il quale sosteneva che “l'amministrazione centrale dello Stato, tanto se il provvedimento impugnato è d'organo statale (molto spesso, dello stesso ministero) quanto se d'altro ente pubblico, non ha mai “potere di decidere”, ha soltanto una facoltà di scelta, tra proporre al Presidente della Repubblica un provvedimento conforme al parere del Consiglio di Stato, o proporre al Consiglio dei Ministri una decisione difforme”.

<sup>10</sup> Sul punto la Corte Costituzionale ha affermato, infatti, che “non si può non convenire sulla diversità della posizione dell'autorità resistente, a seconda che l'atto, contro il quale è rivolto il ricorso, provenga da un organo dello Stato o di altro ente pubblico. Nel primo caso, infatti, è pur sempre la stessa amministrazione, in un ambito organizzativo unitario, che decide sull'impugnativa avverso l'atto che da essa emana, collocandosi perciò nel procedimento, come rilevano le ordinanze di rimessione, su un piano di sostanziale preminenza di fronte al ricorrente ed ai controinteressati. Diversa nel procedimento in parola è la posizione dell'autorità non statale, la quale vi assume la veste di mera controparte rispetto al ricorrente, senza alcun potere di decidere, e neppure di influire, più di quanto non sia dato alle altre parti, sulla decisione”.

<sup>11</sup> V. ANGIOLINI, *Ricorso straordinario, uguaglianza delle parti nel giudizio amministrativo e autonomie locali*, in *Le Regioni*, 1982, 233; F. BLANDO, *Opposizione in sede di ricorso straordinario al Presidente della repubblica e Authorities: il Tar lombardia si Eesercita” sulla natura giuridica delle autorità indipendenti*, in *www.giustamm.it*; G. MIGNEMI, *Ricorso straordinario al Capo dello stato e Autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm.*, 1995, 2460 ss. In giurisprudenza, sul punto, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 10 aprile 2010, n. 3239, in *www.giurisprudenza-amministrativa.it*, ha affermato che “sulla base dell'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971, così come integrato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 148/1982, l'esercizio della facoltà di trasporre il ricorso straordinario in ricorso giurisdizionale compete ai controinteressati e agli enti pubblici non statali ai quali sono equiparate le autorità amministrative indipendenti che abbiano

3. *Le novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 e dal Codice del processo amministrativo.*

La disciplina tradizionale del ricorso straordinario, come noto, prevedeva che il Ministro competente, se avesse ritenuto di non aderire al parere del Consiglio di Stato, avrebbe potuto proporre al Consiglio dei Ministri una decisione difforme<sup>12</sup>.

Questa possibilità era stata ammessa per il carattere amministrativo del rimedio ed in considerazione della sua natura *extra ordinem*.

L'effetto della scelta ministeriale era infatti quello di trasporre il ricorso dalla sfera amministrativa alla sfera degli atti di alta amministrazione, rispetto ai quali non è possibile un sindacato in sede giurisdizionale, trattandosi di una scelta di carattere politico. In questo caso, il decreto del Presidente della Repubblica doveva essere conforme alla deliberazione del Consiglio dei Ministri.

Il parere del Consiglio di Stato non era, dunque, almeno formalmente vincolante. Qualora, infatti, il Ministro avesse inteso discostarsene, (nel caso in cui fosse stata prospettata una decisione ritenuta suscettibile di pregiudicare il buon andamento amministrativo o l'indirizzo politico del Governo) avrebbe dovuto sottoporre, pena l'illegittimità della decisione stessa<sup>13</sup>, la questione al Consiglio dei Ministri.

Tale possibilità è stata eliminata dall'intervento del legislatore che all'articolo 69, comma 2, della legge n. 69/2009,<sup>14</sup> (*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile*) ha espressamente previsto, al fine di rafforzare la natura giustiziale del rimedio<sup>15</sup>, che la decisione del ricorso straordinario debba essere conforme al parere del Consiglio di Stato<sup>16</sup>.

---

emanato l'atto impugnato con il ricorso straordinario"; Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603, in [www.giurisprudenza-amministrativa.it](http://www.giurisprudenza-amministrativa.it), ha affermato che gli organismi di diritto pubblico, come le società a capitale misto pubblico e privato, sono legittimati ad operare la trasposizione ex art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971.

<sup>12</sup> L'articolo 14 del D.P.R. n. 1199/1971 prevedeva che "La decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente. Questi, ove intenda proporre una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei Ministri".

<sup>13</sup> Cons. Stato, sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1814, in *Foro amm.*, 2000, 858.

<sup>14</sup> A. AULETTA, *Il legislatore "muove un passo" verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm.*, Tar, 2009, 1619 ss.

<sup>15</sup> Sulla natura giustiziale dei ricorsi amministrativi si veda: F. TRIMARCHI BANFI, *Modalità giustiziale nei ricorsi amministrativi*, in *Le Regioni*, 1985, 897 ss.

<sup>16</sup> L'articolo 14 del D.P.R. n. 1199/1971 novellato dalla legge n. 69 del 2009 afferma ora 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".

Il parere che il Consiglio di Stato è chiamato ad esprimere sul ricorso straordinario se nella forma si configura come atto consultivo, nella sostanza si risolve, quindi, in un vero e proprio giudizio sulla fondatezza o meno del ricorso stesso<sup>17</sup>.

Di ciò si trova conferma oltre che nell'articolo 69, comma 2, della già ricordata legge n. 69/2009<sup>18</sup>, dove il parere ha assunto natura vincolante, anche nell'affermazione della sentenza della Corte di giustizia comunitaria<sup>19</sup>, per la quale tale parere costituisce "il progetto della decisione" sul ricorso straordinario che solo formalmente verrà emanata dal Presidente della Repubblica.

Il parere si configura, in sintesi, come una decisione finale, anche se formalmente endoprocedimentale.

La sussistenza del potere governativo di disattendere il parere del Consiglio di Stato rappresentava l'argomento principale per escludere la natura giurisdizionale del ricorso straordinario.

La circostanza, infatti, che il Consiglio di Stato esprimesse un semplice parere dal quale il Ministero si poteva comunque discostare, induceva a ritenere che la decisione sul ricorso straordinario non fosse del tutto improntata sulla risoluzione della controversia attraverso l'oggettiva applicazione del diritto, bensì contenesse una parte di scelta che si poteva definire "politica"<sup>20</sup>.

Una volta venuto meno questo potere si è ritenuto che il legislatore avrebbe conferito a tale istituto natura giurisdizionale e non amministrativa<sup>21</sup>.

Il tema della natura del ricorso straordinario, tuttavia, è molto incerto e discusso in dottrina e giurisprudenza, sia in passato che anche successivamente alla legge n. 69/2009<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> M. GOLA, *Nuovi sviluppi per le funzioni consultive del Consiglio di Stato: il «caso» del parere per la decisione dei ricorso straordinari al Presidente della Repubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 151.

<sup>18</sup> G. MARTINI, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la L. 69/2009*, in *www.giustamm.it*.

<sup>19</sup> Corte di Giustizia Ce, sez. V, sentenza 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96 in *curia.europa.eu*.

<sup>20</sup> M. CALABRÒ, *La presunta natura giuridica ibrida del ricorso straordinario al Capo dello stato: tra amministrazione e giurisdizione*, in *Nuove Autonomie*, n. 1, 2009, p. 113.

<sup>21</sup> Sul punto, N. PIGNATELLI, *Sulla «natura» del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009)* in *www.giustizia-amministrativa.it*. L'Autore, pur riconoscendo che "potrebbero essere (ancora) rilevati alcuni elementi qualificabili come dissonanti rispetto alla natura giurisdizionale", nondimeno sostiene che "Il manifesto intento del legislatore ordinario, dinanzi all'istituto bicefalo, [sia stato quello] di tagliare la testa e l'anima amministrativa, per affermare una volta per tutte la natura giurisdizionale"; L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>22</sup> I dubbi circa la reale natura giuridica da riconoscere al ricorso straordinario affondano le proprie radici nell'inquadramento storico dell'Istituto: mentre una parte della dottrina, infatti, lo

Anteriormente alla riforma del 2009, l'opinione prevalente sosteneva che l'istituto avesse natura amministrativa in quanto il ricorso in esame veniva configurato quale esercizio di potere amministrativo<sup>23</sup>.

A seguito dell'intervento del legislatore del 2009, la tesi che sosteneva la natura giurisdizionale del ricorso straordinario ha trovato, come già anticipato, nuovo vigore, anche e soprattutto dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 6 maggio 2013, n. 9 che ha espressamente qualificato decisione di giustizia avente natura sostanzialmente giurisdizionale il decreto decisorio che definisce la procedura iniziata con la proposizione di un ricorso straordinario<sup>24</sup>.

Tuttavia, anche dopo la pronuncia del Consiglio di Stato sembrano permanere dubbi sull'avvenuto mutamento o meno della natura giuridica di questo isti-

---

riconduce ai c.d. rimedi di "giustizia" ritenuta, quali poteri di carattere puramente giurisdizionale attribuiti direttamente al Sovrano. Sul punto vedi: F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, 624; T. ANCORA, *Riconsiderazione dell'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, nella sua natura giuridica e nel suo funzionamento*, in *Cons. Stato*, 1986, 1387 ss. Altri autori ritengono al contrario di poter riconoscere nel ricorso un'evoluzione dei c.d. rimedi in via "graziosa", di cui era sempre titolare il Re, ma che avevano natura di atti amministrativi. Sul punto si veda, V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, "cit".

<sup>23</sup> Le ragioni a fondamento di tale tesi si riferivano alla segretezza dell'attività istruttoria, all'assenza di una discussione orale e soprattutto alla circostanza che la decisione finale spettasse al Ministro, organo di vertice della pubblica amministrazione, privo del carattere della terzietà, cui era concessa la facoltà di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato. Sul punto, M. CALABRÒ, *Modelli di tutela non giurisdizionale: i ricorsi amministrativi*, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com); In giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. IV, 4 giugno 2009, n. 3463, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, Sez. IV, 11 maggio 2007, n. 2322 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cass. Civ. Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Riv. Amm. It.*, 2002, 229; Cons. Stato, Sez. I, 11 novembre 1998, n. 688, in *Cons. Stato*, 1999, 1801, dove si chiarisce che "il ricorso straordinario, in virtù del principio di alternatività, e dunque di fungibilità rispetto al rimedio giurisdizionale, deve tendere ad assicurare il massimo grado di tutela dal ricorrente, pur nel rispetto del diverso schema legale disegnato dal legislatore, al fine di rendere effettiva la funzione giustiziale, seppur non giurisdizionale, del procedimento".

<sup>24</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ha affermato che "Il decreto decisorio che definisce la procedura innescata dalla proposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato, reso in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, va qualificato come decisione di giustizia avente natura sostanzialmente giurisdizionale, con il duplice corollario dell'ammissibilità del ricorso per ottemperanza al fine di assicurare l'esecuzione del decreto presidenziale e del radicamento della competenza in unico grado del Consiglio di Stato (nel quale si identifica il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta) alla stregua del combinato disposto dell'art. 112, comma 2, lett. b), e 113, comma 1, c. proc. amm. Ne deriva il superamento della linea interpretativa tradizionalmente orientata nel senso della natura amministrativa del decreto presidenziale, seppure contrassegnata da profili di specialità tali da segnalare la contiguità alle pronunce del giudice amministrativo"; Sul punto vedi anche Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro amm.* CDS, 2012, 3126; P. QUINTO, *Le Sezioni Unite certificano la "funzione giurisdizionale" del ricorso straordinario*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

tuto in quanto se così fosse bisognerebbe chiedersi il motivo del perché avere due tipi di tutele, quella innanzi al giudice amministrativo ed il ricorso straordinario al Capo dello Stato, entrambe di natura giurisdizionale, con la seconda però priva di tutta una serie di garanzie<sup>25</sup>.

È stato, peraltro, rimarcato che l'art. 10 del d.P.R. n. 1199/1971, lasciato inalterato dalle ultime riforme, prevede che i controinteressati possano richiedere, con atto notificato al ricorrente e all'organo che ha emanato l'atto impugnato, che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale, postulando quindi che quella del ricorso straordinario non sia essa stessa una sede giurisdizionale<sup>26</sup>.

Non sono mancate pronunce giurisprudenziali che hanno messo in dubbio la tesi della natura giurisdizionale del ricorso straordinario evidenziando, tra l'altro, come tale istituto manchi completamente di un contraddittorio orale, che l'attribuzione della competenza istruttoria sia demandata al solo Ministro, e comunque sia privo del doppio grado di giudizio<sup>27</sup>.

Ad ogni modo, il legislatore con la legge n. 69/2009 è intervenuto prevedendo, per un verso, la possibilità, per il Consiglio di Stato, prima di esprimere il proprio parere sul ricorso straordinario, di sollevare la cd. questione pregiudiziale di costituzionalità, per altro verso, come già rilevato, l'impossibilità per l'organo politico (segnatamente il Consiglio dei Ministri) di disattendere il parere reso<sup>28</sup>.

Ebbene, il venir meno del potere di influire sulla decisione del ricorso straordinario sembra comportare, quale inevitabile conseguenza, la perdita della posizione di sostanziale preminenza, nei confronti del ricorrente e degli altri con-

---

<sup>25</sup> T.A.R. Veneto, Sez. II, 11 ottobre 2011, n. 1538, in *Giur. merito*, 2011, 3197, ove afferma che “sebbene a seguito delle scelte operate con il codice del processo amministrativo (tra le quali, in particolare, l'espressa ammissibilità del ricorso per ottemperanza anche per le decisioni rese in sede di ricorso straordinario) l'istituto abbia visto sbiadire talune di quelle caratteristiche che hanno indotto a quantificarlo quale un ibrido – “icocervo” giuridico, nella terminologia usata dalla Corte Costituzionale, nella sentenza n. 298/1986 in ragione della formale veste di atto amministrativo ma della sostanziale indole giurisdizionale, la facoltà esercitata dal soggetto legittimato attraverso l'atto di opposizione, diretta ad ottenere una decisione in sede giurisdizionale, mantiene la sua ragion d'essere, trovando la propria radice nel diritto di difesa di cui agli artt. 24 e 113 della Costituzione. Ciò in considerazione delle maggiori garanzie che, nonostante le importanti innovazioni introdotte, la tutela giurisdizionale assicura (doppio grado di giudizio, perfezione del contraddittorio, pubblicità delle udienze, discussione orale, termine per la pubblicazione delle pronunce, possibilità di ricorrere in Cassazione per motivi di giurisdizione ai sensi dell'art. 111 Cost.)”.

<sup>26</sup> Sul punto, si veda: T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 16 marzo, 2010, n. 4104, in *Foro amm.* – Tar, 2010, 2818; In dottrina, M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, p. 98 ss.

<sup>27</sup> Sul punto, si veda: Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 673, in *www.lexitalia.it*; Cons. Stato, Sez. I, 7 maggio 2012, n. 2131, in *Foro it.*, 2012, III, 525.

<sup>28</sup> L. BERTONAZZI, *Recenti novità normative in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Urb. App.*, 2009, 11, p. 1285 ss.

trointeressati, che la Corte costituzionale riconosceva all'apparato amministrativo statale resistente considerato nella sua interezza<sup>29</sup>.

Si tratta allora di comprendere se, a seguito della riforma legislativa, sia ancora costituzionalmente legittimo escludere le amministrazioni statali dalla facoltà di domandare la trasposizione del ricorso straordinario alla sede giurisdizionale.

Laddove, infatti, si ritenesse venuta meno ogni forma di preminenza delle amministrazioni statali nell'ambito del procedimento su ricorso straordinario al Capo dello Stato, si potrebbe rappresentare una disparità di trattamento e dunque la violazione degli artt. 3 e 113 della Costituzione rispetto alle amministrazioni non statali.

In tal caso la stessa *ratio* sottesa alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 148/1982 dovrebbe portare a ritenere necessario che anche le amministrazioni statali siano legittimate a chiedere la trasposizione del ricorso nella sede giurisdizionale.

Tutte le garanzie previste per i controinteressati, come già osservato, ivi compresa la facoltà di chiedere la trasposizione del ricorso straordinario alla sede giurisdizionale, non valevano per le amministrazioni statali, in quanto avevano la possibilità di incidere nella decisione del ricorso<sup>30</sup>.

Se, dunque, il ruolo determinante dell'apparato statale derivava dalla capacità di decidere il ricorso straordinario, capovolgendo il parere decisorio del Consiglio di Stato, non possono sorgere dubbi sul fatto che, venuto meno il potere in parola a seguito della novella legislativa, non sia più configurabile alcuna posizione di primazia in grado di giustificare l'esclusione della facoltà di chiedere la trasposizione del ricorso alla sede giurisdizionale.

---

<sup>29</sup> G. MARTINI, *L'opposizione delle amministrazioni al ricorso straordinario al capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la L. n. 69/2009 (nota a tar Lazio, Roma, Sez. III, 19 novembre 2009, n. 11363)* in *www.giustamm.it*; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008, pp. 307 ss.

<sup>30</sup> A. TRAVI, *Lezioni di Giustizia amministrativa*, Torino, 2002, p. 156 rilevava che "Il fatto che il ricorso sia deciso da un organo statale (il Ministro competente per materia o il Consiglio dei Ministri) esclude la necessità di tali garanzie rispetto all'autorità 'statale' che abbia emanato il provvedimento impugnato, perché essa fa capo alla medesima Amministrazione cui appartiene l'autorità che decide il ricorso"; In maniera del tutto identica si v. v. A. CALEGARI, voce *Ricorsi amministrativi*, in M. Clarich e G. Fonderico (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, pp. 643 ss.; M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, p. 516; L. MAZZAROLLI, *La tutela del cittadino nell'amministrazione: i ricorsi amministrativi*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, p. 439; F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, pp. 83-84; G. LANDI e G. POTENZA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano, 1997, p. 634; A. TRAVI, voce *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1997, vol. XIII, pp. 421 ss., 426; G. PALEOLOGO, voce *Ricorso straordinario*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, vol. XXVII, p. 3; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pp. 1270-1271.

Conseguenza possibile, pertanto, è che oggi questa facoltà si possa riconoscere anche alle amministrazioni statali.

In tal senso, peraltro, milita anche la disposizione di cui all'articolo 48 del Codice del processo amministrativo<sup>31</sup>, che disciplina la trasposizione del ricorso straordinario, riconoscendo, in generale alla "parte" tale facoltà, senza, quindi, limitare la legittimazione all'amministrazione non statale<sup>32</sup>.

L'articolo 48 del Codice, pertanto, rispetto a quanto originariamente disposto dall'art. 10 del D.P.R. n. 1199/1971, sembra aver esteso la facoltà di richiedere la trasposizione della controversia non solo ai controinteressati, bensì a qualsiasi "parte" nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario comprendendo sia amministrazioni diverse dallo stato che quelle statali.

Il Codice appare aver attuato, quindi, il principio della parità delle parti, ammettendo l'opposizione ai fini della trasposizione del ricorso straordinario, anche da parte dell'amministrazione statale resistente.

Questa si rivela una necessaria conseguenza, nella logica della parità delle parti, del ridimensionamento dei poteri dell'Amministrazione, privata come visto con l'art. 69 della legge del 2009 della potestà di chiedere modifiche della decisione del Consiglio di Stato.

#### 4. Conclusioni.

Alla luce delle considerazioni svolte si può affermare che la facoltà di richiedere la trasposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato, a seguito della riforma della legge n. 69/2009 (che ha eliminato ogni forma di supremazia dell'apparato statale non avendo quest'ultimo più alcun potere di modificare la decisione del ricorso dal momento che il parere del Consiglio di Stato è diventato vincolante, e successivamente come si evince anche dalla lettura dell'articolo 48 del Codice del processo amministrativo), sia ammessa a favore di tutte le parti resistenti senza distinzioni e/o limitazioni tra amministrazioni statali e quelle diverse dallo Stato.

Se l'amministrazione statale, già privata del potere di influire sulla decisione del ricorso, venisse anche privata, infatti, del potere di proporre opposizione a favore

---

<sup>31</sup> L'articolo 48 del Codice del processo amministrativo. Giudizio conseguente alla trasposizione del ricorso straordinario: 1. "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".

<sup>32</sup> F. FRENI, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Storia, natura e disciplina positiva dopo la legge 18 giugno 2009, n. 69 ed il D.lgs 2 luglio 2010, n. 104*, Roma, 2010; F. TUCCARI, *Ricorso straordinario al presidente della repubblica alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.* 2012, 84 ss.

della sede giurisdizionale ci sarebbe una chiara disparità di trattamento con conseguente violazione del principio di uguaglianza rispetto alle altre amministrazioni.

D'altronde, anche la giurisprudenza del giudice amministrativo va in questa direzione. Il Consiglio di Stato, infatti, ha confermato che l'articolo 48 del Codice del processo amministrativo consente ad ogni parte, anche all'amministrazione statale, di chiedere la trasposizione<sup>33</sup>.

L'articolo 48 c.p.a., disciplinando l'opposizione parla genericamente di parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario, sicché il Codice vorrebbe far intendere che l'opposizione medesima possa essere proposta anche dall'amministrazione resistente sia statale che non statale.

In realtà, l'articolo 48 del Codice parla di "parte" nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario ai sensi degli articoli 8 e seguenti del decreto del d.P.R. n. 1199/1971, facendo in tal modo riferimento e richiamo all'articolo 10 che come abbiamo rilevato prevede che siano i controinteressati privati, e poi a seguito della sentenza della Corte n. 148/1982 anche gli enti pubblici diversi dallo Stato, ad avere la facoltà di poter chiedere la trasposizione del ricorso straordinario.

Ebbene, la sola disposizione del Codice del processo amministrativo, quindi, non si rivela del tutto risolutiva.

L'elemento determinante che è in grado di estendere la facoltà di chiedere la trasposizione del ricorso straordinario anche alle Amministrazioni statali è anzitutto dalla circostanza che il parere del Consiglio di Stato è diventato vincolante.

Come rilevato, il venir meno, infatti, del potere di influire sulla decisione del ricorso straordinario, con la possibilità di fornire una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato attraverso una deliberazione del Consiglio dei Ministri, sembra comportare, quale conseguenza, la perdita della posizione di sostanziale preminenza dell'amministrazione statale nei confronti del ricorrente e degli altri controinteressati e, quindi, estendere la facoltà in esame anche allo Stato.

Solo in questo modo la disciplina del ricorso straordinario, può dirsi compatibile con il dettato costituzionale, assicurando la libera scelta tra le due forme di tutela sia al ricorrente, sia alle altre parti che potrebbero essere pregiudicate dalla scelta del ricorrente di utilizzare il rimedio del ricorso straordinario<sup>34</sup>.

Con la scelta prospettata il diritto di difesa di cui agli artt. 24 e 113 Cost. risulta, irrobustito, dal momento che valorizza la facoltà di scelta da parte del ricorrente,

<sup>33</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 18 settembre 2013, 4650 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>34</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2011, 1015; L. MARUOTTI, *Codice del processo amministrativo*, (a cura di) G. Leone, L. Maruotti, C. Saltelli, Verona, 2010, 38 ss; G. PELLEGRINO, *Il processo amministrativo*, (a cura di) A. Quaranta – V. Lolipato, Milano, 2011, 463 ss; M. DE PAOLIS, *Il processo amministrativo*, Padova, 2012, 513 ss.

del resistente e del controinteressato, del rimedio giudiziario più appropriato a tutela della propria situazione giuridica soggettiva.

La generalizzazione della facoltà di opposizione, oltre alle altre pubbliche amministrazioni, ai controinteressati e ai cointeressati, garantisce il pieno rispetto del contraddittorio e, soprattutto, assicura la compatibilità del nuovo assetto con la garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e con il principio del doppio grado di giudizio (art. 125 Cost.).

Ed è in questa logica che nel recente passato si era comunque sostenuta la necessità di una rivitalizzazione del ricorso straordinario, collocandolo però sempre nell'ambito di quel sistema di rimedi alternativi alla giurisdizione, ossia di tecniche stragiudiziali, finalizzate ad alleggerire il contenzioso giudiziario<sup>35</sup>.

## THE LEGITIMATION TO ASK THE TRANSPOSITION OF THE EXTRAORDINARY APPEAL TO PRESIDENT OF THE REPUBLIC BY THE STATE ADMINISTRATION

by Andrea Milone

The legitimation to ask the transposition of the extraordinary appeal to President of the Republic also by the State Administration (as defendant) is a profile recently widely discussed both in doctrine and in jurisprudence.

In accordance with the article 10 of D.P.R. n. 1199/1971, as is well known, the counterparties can object to decide the dispute in the extraordinary branch and ask the transposition in judicial branch.

This option, following the judgment 29 July 1982, n. 148 of Constitutional Court, has been extended also to non-government administrations as defendants; subsequently, as a result of several reforms – introduced by law n. 69/2009, which provided that the Council of State advice is binding, by the article 48 of the Administrative procedure code and by case-law – the former reasons behind the exclusion of the opposition to the discussion of the appeal in the extraordinary branch also by the State Administration seems failed.

<sup>35</sup> P. QUINTO, *Il Codice e la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), osserva che “questo tentativo si è dimostrato incongruo e contraddittorio, perché utilizzato al più per eludere il termine decadenziale breve, e trasferire comunque la decisione della controversia nella sede giurisdizionale sua propria. L'avvenuto superamento di una cristallizzata ed anacronistica interpretazione riduttiva del ricorso straordinario e la ridefinizione normativa degli elementi strutturali dell'istituto hanno consentito di ampliare gli strumenti di tutela giurisdizionale offerti al cittadino, attuando in concreto l'enunciazione dell'art. 1 del Codice secondo cui la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”.

*Giurisprudenza*



TRIBUNALE PENALE DI TRAPANI – Sez. penale – Pres. ANGELO PELLINO, Est. CATERINA BRIGNONE, 11 marzo–10 giugno 2013, n. 340.

**Abuso in atti di ufficio e falso ideologico – Nomina esperti e consulenti ai sensi dell’art. 14 della legge regionale siciliana n. 7 del 1992 e s.m.i. – Violazione delle disposizioni di cui ai commi 6 e 6 bis dell’art. 7 del d.lgs. n. 165 del 2001 e s.m.i.**

*Il potere del Sindaco di nominare esperti secondo le previsioni dall’art. 14 della legge regionale siciliana n. 7 del 1992 deve essere considerato assoggettato immancabilmente anche al rispetto delle disposizioni di cui ai commi 6 e 6 bis dell’art. 7 del d.lgs. n. 165 del 2001 e s.m.i. – che assumono natura di norme fondamentali di riforma economico–sociale, perché posti a garanzia del preminente interesse alla corretta ed oculata allocazione delle risorse, nonché a presidio degli equilibri di finanza pubblica – e, conseguentemente, alla verifica della disponibilità di professionalità adeguate nei ranghi dell’amministrazione ed all’attivazione di procedure comparative di selezione.*

*Incorrono nei reati di abuso in atti d’ufficio e falso ideologico il Sindaco ed il Segretario generale che, rispettivamente, conferiscano e sottoscrivano il contratto di prestazione professionale ad esperto esterno.*



## La nomina degli esperti e dei consulenti da parte del sindaco e l'abuso in atti di ufficio

di Gaetano Armao<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La competenza amministrativa del Sindaco di nominare “esperti” – 3. La ‘ratio’ della previsione della peculiare figura dell’“esperto” del vertice istituzionale nell’ordinamento regionale siciliano degli enti locali. – 4. La figura dell’“esperto” e la distinzione da quella del “consulente” e del “collaboratore esterno ad alto contenuto di professionalità”. – 5. Della pertinenza alla sfera delle funzioni di competenza sindacale degli incarichi di “esperto”. – 6. Sull’inapplicabilità dell’ordinamento dell’impiego presso le pubbliche amministrazioni alla disciplina giuridica alla nomina degli “esperti”.

### 1. Premessa

Il Tribunale penale di Trapani, con la sentenza n. 340/2013 dell’11 marzo 2013, che si annota, commina una condanna per abuso in atti di ufficio nei confronti di un Sindaco, in concorso con il Segretario comunale, radicando il proprio convincimento sulla sostanziale commistione tra la disciplina degli “esperti” e quella dei “consulenti” delle amministrazioni comunali, oggetto di specifica regolazione, nell’ordinamento degli enti locali della Regione siciliana (l.r. 26 agosto 1992, n. 7).

Più specificatamente, ritenendo che le nomine degli “esperti” fossero l’effetto diretto di “*inadempimenti procedurali*”, il Tribunale sostiene che: “*il potere del Sindaco di nominare degli esperti – previsto dall’art. 14 della legge regionale n. 7/1992 – sia assoggettato immancabilmente anche al rispetto delle disposizioni di cui ai commi 6 e 6 bis dell’art. 7 del d.lgs. n. 165/2001 e s.m.i.*” e che, conseguentemente, essendo stati conferiti gli incarichi di esperti oggetto dell’accertamento penale “*senza previa verifica della disponibilità di professionalità adeguate nei ranghi dell’amministrazione*” e “*senza attivazione di procedure comparative di selezione*”, tale condotta divenga sussumibile nel reato di abuso di cui all’art. 323 c.p.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Docente di diritto Amministrativo e contabilità pubblica. Dipartimento Dems – Università di Palermo

<sup>2</sup> Sull’articolata fattispecie criminosa si vedano, tra gli altri, A. M. STILE, C. CUPELLI, *Abuso d’ufficio*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico Cassese*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, 36 ss.; D. MANZIONE, *Abuso d’ufficio, ad vocem*, in *Digesto disc. pen.* aggiornamento I, Torino, Utet,

Giova in merito ricordare che l'architettura regolativa che presiede alle due diverse fattispecie di affidamento professionale esterno risulta invece non solo chiara, ma anche, e come si avrà modo di precisare, da oltre un decennio chiaramente declinata dalla giurisprudenza contabile che, sul punto, ha offerto diversi arresti giurisprudenziali ai quali ha ritenuto di non attenersi il Tribunale di Trapani il quale, contestando il quadro di riferimento entro cui si è mossa l'Amministrazione comunale, ha ritenuto di offrire una diversa lettura del complesso ed articolato quadro normativo.

Il Tribunale si è poi spinto ad una valutazione di "merito" delle scelte del legislatore, contestandole espressamente, laddove è giunto ad affermare che l'incremento delle competenze attribuite al sindaco "di per sé solo non può di certo essere ritenuto sufficiente a giustificare un diverso trattamento riservatogli dall'art. 14 della l.r. 7(2) del 1992(7) rispetto agli altri organi di vertice dell'Amministrazione comunale (consiglio e giunta) che pure svolgono compiti con non minore impegno e rilevanza", salvo poi a rinvenire il fondamento di tale potere nell'elezione diretta dell'organo sindacale.

Diversamente, invece, il Sindaco sottoposto ad accertamento penale con l'ausilio dei vertici burocratici dell'Amministrazione comunale, avrebbe nominato gli "esperti" secondo le previsioni di legge al fine di "predisporre uno staff di collaboratori che lo coadiuvasse nel perseguire l'obiettivo di realizzare il programma elettorale".

E così provvedendo – secondo il quadro normativo di seguito ricostruito – non avrebbe svolto la preventiva verifica della sussistenza di professionalità interne e la prescritta procedura comparativa ad evidenza pubblica, presupposti che – come si avrà modo di verificare – risultano necessari soltanto per la nomina dei "consulenti" e non degli "esperti".

## 2. *La competenza amministrativa del Sindaco di nominare "esperti" nell'ordinamento regionale siciliano delle autonomie locali.*

Al fine di meglio ricostruire il presupposto che ha dato l'avvio all'azione penale sulla quale si è pronunciato il Giudice, giova ricordare che il Sindaco sottoposto a procedimento penale ha conferito – ai sensi dell'art. 14 della l.r. n. 7 del 1992 e successive modifiche ed integrazioni<sup>3</sup> – tre incarichi di esperto, avvalendosi della specifica disciplina regionale sull'elezione diretta del sindaco.

2010; G. COCCO, E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI (a cura di), *I reati contro i beni pubblici*, Padova, Cedam, 2010, 248 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, Torino, Zanichelli, Vol. I, 2012, 244 ss., al quale si rinvia per la più recente dottrina e giurisprudenza in merito, e da ultimo, C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, I, Padova, Cedam 2013, 911 ss.

<sup>3</sup> Al fine di inquadrare correttamente la fattispecie appare utile in questa sede ricordare che la succitata normativa regionale che conferisce una peculiare prerogativa al sindaco, prevede che:

1. *Il sindaco, per l'espletamento di attività connesse con le materie di sua competenza, può conferire incarichi a tempo determinato, che non costituiscono rapporto di pubblico impiego, ad esperti estranei all'Amministrazione;*

Il Tribunale di Trapani ha ritenuto tale conferimento di incarichi non solo non conforme a legge, ma, addirittura, illecito poiché in violazione “*delle previsioni di cui ai commi 6 e 6 bis dell’art. 7 del d.lgs. 165/2001 nonché dell’art. 81 del regolamento degli Uffici e dei servizi del Comune di Alcamo*”.

E ciò, come già ricordato, richiamando solo in parte la copiosa giurisprudenza della Corte dei conti sviluppatasi in materia o riferendosi a statuizioni poi superate in grado di appello<sup>4</sup> e disattendendo, così, l’orientamento consolidato della giurisprudenza contabile di seguito illustrato e radicato sulle considerazioni svolte dal Giudice delle leggi già con la sentenza n. 189 del 2007<sup>5</sup>.

La disposizione normativa richiamata per il conferimento dell’incarico di esperto prescrive che:

- il conferimento dell’incarico sia finalizzato al miglior espletamento di attività di vario genere (e, quindi, non solo di natura prettamente amministrativa, ma, anche d’indirizzo politico e finanziario, di programmazione, di coordinamento generale ecc.) che siano, però, connesse con le materie di competenza del Sindaco;
- l’incarico sia a tempo determinato e non dia luogo all’instaurarsi di un rapporto di pubblico impiego;
- non possano essere conferiti dal Sindaco incarichi in numero superiore a quello stabilito in rapporto alla dimensione demografica del Comune;
- l’esperto nominato sia dotato di documentata professionalità in rapporto ai compiti assegnatigli (professionalità che può, evidentemente, consistere non soltanto nel possesso di titoli di studio ma può anche essere frutto di una particolare esperienza maturata in un determinato settore amministrativo, sociale, economico ecc.);
- in ipotesi di incarico conferito ad un soggetto non laureato, il Sindaco debba fornirne ampia motivazione;
- il Sindaco debba annualmente trasmettere al Consiglio comunale una dettagliata relazione sull’attività svolta dagli esperti da lui nominati (ciò al fine

---

2. Il numero degli incarichi di cui al comma 1° non può essere superiore a:

- a) 2 nei comuni fino a 30.000 abitanti;
- b) 3 nei comuni da 30.000 a 250.000 abitanti;
- c) 4 nei comuni con oltre 250.000 abitanti.

3. Gli esperti debbono essere dotati di documentata professionalità; in caso di nomina di soggetto non provvisto di laurea, il provvedimento deve essere ampiamente motivato;

4. Il Sindaco annualmente trasmette al Consiglio comunale una dettagliata relazione sull’attività svolta dagli esperti da lui nominati;

5. Agli esperti è corrisposto un compenso pari a quello globale previsto per i dipendenti in possesso della seconda qualifica dirigenziale.

<sup>4</sup> È il caso della sentenza Corte dei Conti reg. Sicilia, sez. giurisd., 4 maggio 2010, n. 899, <https://servizi.corteconti.it/bds>.

<sup>5</sup> Corte Cost. 14 giugno 2007, n. 189, in *le Regioni*, 6/2007, 1044 ss. e in *Giur. cost.*, 2007, 3.

di consentire all'assemblea, composta da esponenti delle forze politiche di maggioranza e d'opposizione, di esercitare un controllo democratico sul corretto utilizzo da parte di quest'ultimo della prerogativa riservatagli, sulla proficuità dell'attività svolta dai soggetti incaricati, sulla rispondenza della loro azione a finalità d'interesse pubblico).

Come meglio si avrà modo di dimostrare, alla stregua della speciale disciplina regionale, l'ordinamento delle autonomie locali in Sicilia conferisce al Sindaco precipui compiti, oltre a quelli che per legge e statuto non siano specificatamente attribuiti alla competenza del Consiglio comunale, della Giunta municipale, degli organi di decentramento, del segretario e dei dirigenti; tra questi, gli è attribuita la facoltà – per l'attuazione del proprio programma di governo, di cui risponde direttamente nei confronti dei cittadini – di nominare esperti di specifica competenza, indipendentemente dal fatto che sussista apposita struttura amministrativo–burocratica di supporto<sup>6</sup>.

E ciò diversamente da quanto avviene per gli incarichi di consulenza, i quali, se non sono espressamente soggetti ad una restrizione numerica, sono pienamente sottoposti al regime sancito dalla disciplina statale del pubblico impiego (anche nella Regione siciliana).

### 3. *La 'ratio' della previsione della peculiare figura dell'"esperto" del vertice istituzionale nell'ordinamento regionale degli enti locali.*

Com'è noto, la Regione siciliana, giusta l'art. 14 lett. "o" dello Statuto, ha competenza legislativa esclusiva, o primaria, in materia di "*regime degli enti locali e delle circoscrizioni relative*"<sup>7</sup>. In tal guisa, la legge n. 142 del 1990, oggi d.lgs. n. 267 del 2000 e s.m.i., ha trovato ingresso nell'ordinamento regionale solo a seguito di apposito recepimento avvenuto con la legge n. 48 del 1991<sup>8</sup>.

Nell'esercizio di tale prerogativa la Regione ha emanato la legge n. 7 del 1992 e s.m.i., riguardante "*norme per l'elezione con suffragio popolare del Sindaco; nuove norme per l'elezione dei Consigli comunali, per la composizione degli organi collegiali dei Comuni, per il funzionamento degli organi provinciali e comunali e per l'introduzione della preferenza unica*".

Tale normativa – inserendosi nel processo di complessiva riforma dell'ordinamento degli enti locali, inaugurato dalla L. 8 giugno 1990, n. 142<sup>9</sup> (i cui principi

<sup>6</sup>Corte dei Conti reg. Sicilia, sez. giurisd., 19 novembre 2004, n. 3555, [www.respamm.it](http://www.respamm.it).

<sup>7</sup> Per un'analisi dell'esercizio delle potestà legislative esclusiva della Regione in materia, anche con riguardo alla materia delle autonomie locali, v. G. SCALA, *Le potestà legislative*, in A. RUGGERI, G. VERDE, *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Sicilia*, Torino, Giappichelli, 2012, 145 ss.

<sup>8</sup> Così P. VIRGA, *L'amministrazione locale in Sicilia*, Milano, Giuffrè, 1998, 98 ss., G. ARMAO, P.L. MATTA, *Governo locale in Sicilia*, Palermo, 1997, 13 ss., M. GRIMAUDO, *L'organizzazione di governo*, in A. PIRAINO, *Le istituzioni locali in Sicilia*, Roma, CEL, 2006, 207 ss.

<sup>9</sup> In generale sulla riforma del 1990 v. per tutti, L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, Mulino, 2007, 99 ss.

basilari hanno avuto attuazione nell'ambito della Regione siciliana con leggi regionali, tra le quali la n. 48 del 1991, l. r. n. 26 del 1993, l. r. n. 38 del 1994, l.r. n. 41 del 1996, l. r. n. 7 del 1997, l. r. n. 39 del 1997 sino alla l.r. n. 30 del 2000<sup>10</sup>) – ha contribuito a ridisegnare il ruolo del Sindaco<sup>11</sup>, configurandolo come organo eletto direttamente dai cittadini, sulla base del programma politico–amministrativo che egli si è impegnato a realizzare personalmente e con l'ausilio di una Giunta sostanzialmente designata già all'epoca della sua candidatura, senza che sussista più necessariamente un rapporto fiduciario con il Consiglio comunale.

In tale prospettiva, l'attuale sistema elettorale ha posto il Sindaco in una posizione di diretta responsabilità politica verso i cittadini e, quindi, lo induce ad assumere un ruolo più attivo e funzionalmente autonomo nell'ambito della gestione politico–amministrativa dell'Ente locale, ruolo che si esplica non solo mediante lo svolgimento dei compiti specificamente assegnatigli dall'ordinamento giuridico ma anche con l'esercizio di funzioni generali d'indirizzo, d'impulso, di proposta, di direzione, di coordinamento e di controllo nei confronti sia degli organi collegiali che degli uffici burocratici, al fine del miglior perseguimento delle finalità indicate nel programma elettorale e, più in generale, della tutela degli interessi pubblici dell'ente–comunità.

Nel contesto di siffatta cornice istituzionale (che, ovviamente, comporta che il Sindaco debba sovente occuparsi di problematiche ad alto contenuto tecnico e specialistico, tenuto anche conto dei sempre maggiori e complessi poteri e funzioni assegnati dall'ordinamento della Repubblica all'ente locale) deve essere inquadrata la previsione normativa sancita dall'art. 14 della l.r. n. 7 del 1992, come modificato dall'art. 41 della legge n. 26 del 1993, dall'art. 4 della legge n. 38 del 1994, dall'art. 6 della legge n. 41 del 1996 e, in ultimo, dall'art. 48 della legge n. 6 del 1997, che attribuisce al Sindaco, per l'espletamento di attività connesse con le materie di sua competenza, la possibilità di conferire incarichi a tempo determinato ad “esperti” (come si avrà modo di verificare ben altra cosa dai “consulenti”, sia del sindaco che dell'apparato amministrativo) estranei all'amministrazione, senza l'instaurazione di alcun rapporto di pubblico impiego<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> I testi integrati delle disposizioni normative in esame si rinvencono in G. BARTOLONE, D. BARTOLONE, *Il nuovo sistema degli enti locali in Sicilia* – app. 2001, Palermo, Flaccovio ed., 2001, 168 ss.

<sup>11</sup> Sulla figura del sindaco nell'ordinamento regionale degli enti locali in Sicilia, oltre agli autori di cui alla precedente nota 5, vedi, cfr. S. CASSESE, *Modelli di poteri pubblici e riforma elettorale (con particolare attenzione per l'elezione del sindaco)*, in *le Regioni*, 1992, 1681 ss.; A. CARIOLA, *Legge siciliana sull'elezione diretta del sindaco e principi generali dell'ordinamento statale*, in *Dir. soc.*, 1994, 55 ss.; M. MIDIRI, *Forma di governo regionale e sistemi elettorali: le prospettive di revisione costituzionale e il caso siciliano*, in *le Regioni*, 1998, 107 ss.

<sup>12</sup> Per un'analisi della disciplina dei conferimenti degli incarichi esterni degli enti locali in Sicilia, vedi G. LA GRECA, *Dirigenza e incarichi*, in A. RICCARDO, G. LA GRECA, *Testo Unico degli enti locali in Sicilia*, Palermo, Quattrosoli, 2003, 359 ss.

A riguardo pare opportuno nuovamente ricordare che:

a) il numero degli incarichi da conferire è rapportato alla popolazione residente nel territorio comunale, contrariamente a quanto avviene per gli altri incarichi di consulenza che non sono soggetti a parametrizzazione numerica;

b) gli esperti nominati devono essere in possesso di documentata attività professionale, con obbligo di ampia motivazione nel caso in cui manchi il requisito culturale della laurea<sup>13</sup>.

Sotto il primo profilo va evidenziato che la previsione della possibilità per il sindaco eletto direttamente di avvalersi di esperti discende espressamente dalla normativa siciliana che, per la prima volta, ha introdotto nell'ordinamento italiano l'elezione diretta del vertice dell'esecutivo comunale (la legislazione statale che seguirà tale percorso, dopo tempo, non contiene analoga previsione) offrendogli un peculiare supporto tecnico, accanto a quello politico-amministrativo della giunta comunale<sup>14</sup>. Tale possibilità è stata poi estesa nell'ordinamento regionale degli enti locali (l.r. 1 settembre 1993 n. 26) al Presidente della Provincia regionale<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Sul punto vedi Corte dei Conti reg. Sicilia, sez. giurisd. 3 marzo 1999, n. 85, in *Rassegna amm. siciliana*, 1/1999, 160–161, la quale precisa “*la professionalità deve essere verificata in concreto attraverso il possesso di titoli di studio, culturali o di servizio che facciano ritenere un determinato soggetto particolarmente perito in un determinato settore: in tutti quei casi, poi, nei quali tale valutazione non sia di agevole effettuazione, il giudice non potrà sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Amministrazione ma dovrà solo verificare che la scelta effettuata risponda a criteri di ragionevolezza. Posto che è principio generale dell'ordinamento pubblicistico, desumibile dall'art. 97 della Costituzione, che i beni e servizi acquistati dalla P.A. debbono essere oggettivamente documentati e le relative spese adeguatamente e dimostrate, non può revocarsi in dubbio che, a prescindere dalla lettera della norma, il sindaco abbia comunque l'obbligo di documentare l'attività svolta dagli esperti da lui nominati, anche quando tale attività sia svolta oralmente o attraverso comportamenti materiali*”.

<sup>14</sup> Su tale punto si rinvia a P. VIRGA, *op. ult. cit.*, 91 ss., mentre per una analisi comparativa rispetto alle competenze del sindaco nell'ordinamento statale degli enti locali del Maestro si veda, *L'amministrazione locale*, Milano, Giuffrè, 2003, 113 ss., nonché sia consentito rinviare per ulteriori considerazioni a G. ARMAO, *Governo metropolitano e riforma elettorale nell'ordinamento regionale degli enti locali in Sicilia*, in G. ARMAO, P.L. MATTÀ, G. VERDE, *Studi sull'ordinamento degli enti locali in Sicilia*, Palermo, Quattrosoli, 1994, 171 ss.

<sup>15</sup> Giova ricordare che nell'ordinamento regionale, giusta la controversa l.r. 24 marzo 2014, n. 8, gli organi politici delle province regionali siciliane sono stati soppressi e sostituiti da commissari, mentre il riordino organizzativo in consorzi di comuni e città metropolitane, attuazione dell'art. 15 dello Statuto speciale, soltanto abbozzato dalla norma in questione e rinviato a successive discipline, resta vago ed in attesa di definizione, a partire dai complessi problemi di ordine finanziario determinati dalla soppressione prospettica degli enti provinciali. La norma ha fatto seguito alla legge regionale 27 marzo 2013 n. 7, recante “*Norme transitorie per l'istituzione dei liberi Consorzi comunali*”, che aveva disposto che la Regione siciliana, entro il 31 dicembre 2013, con proprio provvedimento legislativo, avrebbe dovuto disciplinare l'istituzione dei liberi Consorzi comunali in sostituzione delle province regionali. Sul tema v., tra gli altri, A. SAITTA, *Sostituzione delle province con i liberi consorzi comunali in Sicilia e l'impossibile attuazione dell'art. 15 dello Statuto*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); R. DI

Da qui la precisa scelta del legislatore di parametrare il numero degli esperti a quello della popolazione, analogamente a quanto avviene per la composizione della giunta, con il fine di compendiare la “squadra” del sindaco con uno staff tecnico che lo supporti per il conseguimento degli obiettivi programmatici sui quali ha conseguito l'elezione da parte dei cittadini ed ai quali risponde direttamente.

La citata disposizione prevede, tra l'altro, che il Sindaco è tenuto a trasmettere annualmente al consiglio comunale una dettagliata relazione sull'attività degli esperti nominati<sup>16</sup> e che agli stessi, cui è fatto divieto di ricevere più di due incarichi contemporaneamente, è corrisposto un compenso pari a quello globale previsto per i dipendenti in possesso della seconda qualifica dirigenziale.

Tale possibilità va differenziata dalla generale previsione di acquisizione di consulenze da parte delle amministrazioni pubbliche (e quindi anche dei comuni), che costituisce comunque un'opzione del tutto residuale e straordinaria, percorribile solo in presenza di speciali condizioni legittimanti e che non trova a livello comunale alcuna deroga specifica, dovendosi ritenere applicabili a questa diversa fattispecie le previsioni scaturenti dalla normativa statale in materia<sup>17</sup>.

Giova richiamare in questa sede, quale piattaforma abbia offerto il conforto interpretativo della giurisprudenza della Corte dei conti sull'applicazione della norma in esame sul quale si è orientata l'azione amministrativa degli enti locali nella nomina degli esperti: “L'art. 14 della l.r. n.7 del 1992 della Regione siciliana, per consentire al sindaco la possibilità di espletare al meglio tutti i molteplici e complessi compiti assegnatigli dall'ordinamento e che egli nel suo programma si è personalmente impegnato a realizzare, gli ha attribuito di avvalersi in via generale – e non soltanto per specifiche esigenze – dell'apporto di estranei all'am-

MARIA, *La Sicilia è o non è un ente costitutivo della Repubblica? Prime osservazioni su Tar-Palermo sent. 17/2014*, in [www.dirittiregionali.org](http://www.dirittiregionali.org); M. GRECO, *Anche la Sicilia avvia il riordino delle proprie "Province Regionali"*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); R. URSI, *L'abolizione delle Province in Sicilia: resoconto semiserio di una rivoluzione in progress*, in *Istituzioni del Fed.*, 2/2014 319 e ss.

<sup>16</sup> Sul punto giova ricordare, quanto statuito dalla Corte dei Conti reg. Sicilia, sez. giurisd., 31 agosto 1999, n. 196, in *Rassegna amm. siciliana*, 2/1999, 483–484 secondo la quale, “il sindaco prima di procedere alla liquidazione del compenso dovuto ha il dovere di verificare e certificare l'attività svolta dall'esperto, la quale può essere esplicitata solo oralmente o attraverso comportamenti materiali, certificazione che potrà avvenire attraverso la prescritta relazione al consiglio comunale avente oggettivo valore certificatorio fino a prova contraria. Nel caso in cui, invece, la liquidazione sia avvenuta senza alcun accertamento, in ordine all'attività svolta, il sindaco ne risponderà a titolo di responsabilità amministrativa”.

<sup>17</sup> Principio che, come si avrà modo di dimostrare, è stato più volte affermato dalla Corte dei Conti reg. Sicilia, sez. giurisd., da ultimo con la sentenza 9 luglio 2013, n. 2656, <https://servizi.corte-conti.it/bds>; in generale sugli incarichi esterni nelle amministrazioni comunali, vedi G. BERTAGNA, A. RINALDI, *Gli incarichi esterni nell'ente locale*, San Miniato, Ed. Centro Studi enti locali, 2009.

*ministrazione comunale, indipendentemente dal fatto che determinati compiti possano essere e svolti anche da altri organi o uffici comunali, attraverso il conferimento di incarichi anche continuativi, subordinando tale potere all'esistenza di due soli presupposti: la professionalità del nominato e la finalizzazione dell'incarico all'espletamento di attività connesse con le materie rientranti nella sfera delle attribuzioni sindacali*<sup>18</sup>.

L'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 14 della l.r. n. 7 del 1992 e s.m.i., quindi, consente di configurare la nomina dell'esperto da parte del Sindaco come una prerogativa speciale a lui riservata, caratterizzata dall'instaurarsi di un immediato e pregnante rapporto di natura fiduciaria tra lo stesso ed il soggetto incaricato, subordinata soltanto alle specifiche condizioni indicate dalla medesima legge e, comunque, diversa dalla comune potestà di avvalersi di consulenti<sup>19</sup>.

Appare altresì utile rilevare che, anche quando la Corte dei Conti<sup>20</sup> ha ritenuto *“che anche i compensi degli esperti del sindaco (previsti dal citato art. 14) debbono essere ricompresi nell'obiettivo di riduzione e nel limite massimo consentito per la tipologia di spesa di cui all'art. 6, comma 7, del D.L. n. 78 del 2010 convertito in legge n. 122 del 2010”*, ha comunque sottolineato che tale conclusione – salva ed impregiudicata restando la riconducibilità della disciplina sugli *“esperti”* allo speciale ordinamento delle autonomie locali in Sicilia – si giustifica esclusivamente sulla scorta delle *“caratteristiche necessarie delle leggi statali che fissano limiti alla spesa pubblica affinché possano applicarsi anche alle autonomie speciali, in considerazione dell'obbligo generale di tutte le componenti della Repubblica di contribuire all'azione di risanamento della finanza pubblica”*<sup>21</sup>.

Tale più recente orientamento appare quindi, a partire dalla ritenuta opportunità di pronunciare con specifico riferimento agli *“esperti”* nominati dal sindaco ai sensi della citata normativa regionale in materia, rafforzativo della prospettiva ermeneutica che consente di procedere alla nomina degli esperti, seppur nell'alveo delle richiamate previsioni normative regionali.

<sup>18</sup> Corte dei Conti reg. Sicilia, sez. giurisd., 12 marzo 2001, n. 27, in *Riv. Corte Conti*, 2001, 2, 220.

<sup>19</sup> In tal senso v. P. VIRGA, *L'amministrazione locale in Sicilia*, cit. 100 ss., il quale precisa che non possono essere incaricati di consulenze esterne i professionisti che si trovano in una situazione di incompatibilità nei confronti del comune, come avviene nei confronti del consigliere comunale il quale, per la qualità rivestita, *“non potrebbe esercitare con indipendenza e serenità, la funzione di controllo sull'operato dell'esecutivo”*.

<sup>20</sup> Sezioni riunite per la Regione siciliana in sede consultiva, con del. 4 marzo 2013, n. 19, <https://servizi.corteconti.it/bdc>, in conformità alle considerazioni già espresse nei propri pareri del 13 novembre 2012, n. 95, <https://servizi.corteconti.it/bdc> e del 13 ottobre 2011, n. 72, <https://servizi.corteconti.it/bdc>.

<sup>21</sup> Sul punto, si vedano, da ultimo, C. Cost., 15 febbraio 2012, in *Foro It.*, 2012, 10, I, 2571 e in *Giur. cost.*, 2012, 1, 341 e C. Cost. 19 luglio 2011, n. 229, in *Riv. Corte Conti* 2011, 3–4, 368.

Ne discende, conclusivamente, che il Sindaco ha la facoltà, per l'attuazione del proprio programma di governo, di nominare esperti di specifica competenza, indipendentemente dal fatto che sussista apposita struttura amministrativo-burocratica di supporto: nella fattispecie in esame, -sembra opportuno sottolinearlo alla stregua di quanto emerge dagli atti processuali- il Sindaco sottoposto a procedimento penale ha nominato gli esperti, peraltro con compensi inferiori a quelli stabiliti per legge, in guisa da realizzare un apporto di risorse umane esterne a sostegno e compendio dell'attività amministrativa.

4. *La figura dell' "esperto" e la distinzione da quella del "consulente" e del "collaboratore esterno ad alto contenuto di professionalità"*.

Come osservato in punto di diritto dalla giurisprudenza contabile diversamente opinando non vi sarebbe alcuna differenza ontologica tra le "collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità" (disciplinate da apposito regolamento comunale, previste dall'art. 51 comma 7 della legge n. 142 del 1990, oggi art. 110 comma 6 del decreto legislativo n. 267 del 2000 e s.m.i. – TUEL, che trova applicazione nell'ordinamento regionale giusta il recepimento fattone dalla legge regionale n. 48 del 1991 e s.m.i.) e gli incarichi di cui all'art. 14 della legge regionale n. 7 del 1992 e s.m.i., ai quali si può ricorrere anche in assenza di apposita norma regolamentare.

Aggiungasi che la legge regionale n. 7 del 1992 e s.m.i. è successiva alla legge regionale n. 48 del 1991, che ha recepito nell'ordinamento giuridico siciliano la legge statale n. 142 del 1990, "con la conseguenza che quest'ultima non può avere abrogato, neanche implicitamente, le disposizioni con essa incompatibili, né si può ritenere che ne abbia, in qualche modo, integrato il contenuto"<sup>22</sup>.

Trova quindi conferma la prospettata tesi in base alla quale le figure del consulente e dell'esperto hanno diverse discipline giuridiche, già nella stessa normativa regionale sull'elezione del sindaco<sup>23</sup>.

Infatti, mentre alla figura dell'esperto si applica la ricordata previsione dell'art. 14, per quella consulente il fondamento giuridico va rinvenuto nell'art. 13 della citata l.r. 26 agosto 1992, n. 7, a norma del quale "Il Sindaco (...) attribuisce e definisce gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna, secondo le modalità ed i criteri dell'articolo 51 della legge 8 giugno 1990, n. 142 e successive modifiche, come recepito dall'articolo 1, comma 1, lettera h), della legge regionale 11 dicembre 1991, n. 48, nonché dello statuto e dei regolamenti afferenti del comune".

<sup>22</sup> Corte dei Conti reg. Sicilia, sez. giurisd., 25 giugno 2007, n. 1649, in *Riv. Corte Conti*, 2007, 3, 204.

<sup>23</sup> In merito v. L. SCURTO, P. L. MATTA, C. BEVILACQUA, *Diritto degli enti locali*, Palermo, Quattrosoli, 2001, 266 ss.

È quindi lo stesso legislatore regionale del 1992 che ha provveduto a differenziare le fattispecie, e tale differenziazione non può essere annullata in via interpretativa in modo unilaterale dal giudice ordinario, come fa il Tribunale di Trapani, accedendo ad un'interpretazione conformante ed adeguatrice.

Al limite, laddove lo stesso giudice penale avesse nutrito perplessità sulla compatibilità costituzionale tra la disposizione regionale – espressione della potestà legislativa primaria della Regione siciliana sugli esperti e l'Ordinamento del pubblico impiego, pacificamente applicabile ai dipendenti degli enti locali in Sicilia, anche per espresso rinvio della legislazione regionale in materia – avrebbe potuto ritualmente sollevare la questione di legittimità costituzionale sulla disposizione, ma non certamente coartarne l'interpretazione secondo quanto sin qui rappresentato, peraltro, ricavandone addirittura la conclusione circa la sussistenza di una condotta criminosa in capo al Sindaco ed al Segretario comunale.

Conseguentemente alle “consulenze” – quindi non agli esperti – si applica poi l'art.1 comma 42 della legge 30 dicembre 2004 n. 311 (l. finanziaria 2005) che, dopo aver previsto, fra l'altro, che «*L'affidamento da parte degli enti locali di incarichi di studio o di ricerca, ovvero di consulenze a soggetti estranei all'amministrazione, deve essere adeguatamente motivato con specifico riferimento all'assenza di strutture organizzative o professionalità interne all'ente in grado di assicurare i medesimi servizi, ad esclusione degli incarichi conferiti ai sensi della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni*», ha disposto che «*l'affidamento di incarichi in difformità dalle previsioni di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano agli enti con popolazione superiore a 5.000 abitanti*».

Come sin qui precisato alla stregua del richiamato e consolidato approccio ermeneutico il legislatore regionale – nell'ambito della propria discrezionalità, che non può essere in alcun modo sindacata dal giudice se non nelle forme della proposizione della questione incidentale di legittimità costituzionale al Giudice delle leggi<sup>24</sup> – ha consentito al vertice politico dell'amministrazione comunale di avvalersi di esperti, legati da stretto rapporto fiduciario, per supportarlo nell'esercizio delle proprie funzioni di organo di vertice e legale rappresentante dell'amministrazione comunale<sup>25</sup>.

Ed in senso analogo, con puntuale precisazione sulla chiara distinzione sin qui tratteggiata, si colloca anche la giurisprudenza consultiva della Corte dei con-

<sup>24</sup> Sulla complessa questione sia consentito rinviare al mio contributo *Pronunce di inammissibilità della Corte costituzionale e disapplicazione di disposizioni legislative da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 675 ss.

<sup>25</sup> Così Corte dei Conti sez. giurisd. d'appello per la Sicilia 2 aprile 2008, n. 122, in *Riv. Corte Conti*, 2008, 2, 165 ss.

ti, Sezioni Riunite per la Regione siciliana<sup>26</sup>, che, pronunciandosi sulla più volte richiamata previsione del citato art. 14 della legge regionale, ha statuito che “*gli affidamenti sindacali degli incarichi di esperto a soggetti estranei all'amministrazione non siano assimilabili a quelli di studio o di ricerca ovvero di consulenza indicati dall'art. 3, comma 55, della legge n. 244 del 2007, con conseguente inapplicabilità di tale normativa restrittiva alle previsioni in esame*”.

In altri termini, la norma, a cagione del rapporto strettamente fiduciario tra il Sindaco e gli esperti, non prevede alcun obbligo di verificare, preventivamente, la sussistenza o meno, all'interno dell'organizzazione burocratica amministrativa, di soggetti che posseggano i requisiti professionali per assolvere ai compiti oggetto dell'incarico esterno in questione.

Orbene, la circostanza che l'incarico di esperto debba essere conferito esclusivamente per fini istituzionali, unitamente al rispetto del limite numerico, dell'importo massimo del compenso, dell'effettività della prestazione svolta, nonché della specifica professionalità richiesta, costituiscono limiti stringenti che evitano il trasmodare in esercizio arbitrario di una facoltà concessa all'organo politico dell'ente locale.

Ne discende che la copiosa giurisprudenza citata dal Tribunale, ed ancor prima dall'Ufficio della Procura della Repubblica, non si attaglia al caso specifico, ove trova applicazione la normativa regionale, espressione dell'autonomia legislativa primaria e differente da quella statale.

Conclusivamente, non può essere revocata in dubbio la differenza tra le due figure in parola (esperto e consulente), che emerge con estremo nitore, soprattutto per la circostanza che il legislatore regionale ha conferito ai sindaci ed ai presidenti di Provincia una prerogativa – a differenza dell'incarico di consulenza – prescindendo:

1) dall'effettivo fabbisogno manifestato in procedimenti o fattispecie particolarmente complesse, essendo finalizzato tale tipo di apporto professionale all'espletamento delle attività connesse al mandato elettivo del vertice politico;

2) dalla sussistenza di analoghe professionalità in seno all'amministrazione locale (basti pensare che la norma contempla la possibilità che l'esperto possa anche essere privo di laurea);

3) dalla peculiare motivazione in ordine alla specificità della scelta, ad eccezione del caso di esperto privo di laurea per il quale, in modo esplicito, il legislatore ha prescritto che l'atto di nomina sia assistito da ampia motivazione;

4) dalla corrispondenza tra il tipo di apporto professionale e la remunerazione predeterminata.

La normativa regionale ha, quindi, attribuito al Sindaco il potere di avvalersi discrezionalmente ed in via generale, e non solo per specifiche esigenze, dell'apporto personale e diretto di esperti estranei all'amministrazione, al fine di

<sup>26</sup> Corte dei Conti, sez. riunite per la reg. siciliana, del. 19 novembre 2008, n. 29, [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

espletare al meglio tutti i molteplici e complessi compiti assegnatigli e di rispondere alle aspettative della comunità, com'è dimostrato dal fatto che il numero degli esperti è commisurato al numero di abitanti, e ciò indipendentemente dal fatto che determinati compiti possano essere svolti anche da altri organi o uffici comunali<sup>27</sup>.

In altre parole, la norma regionale in esame non prevede – soprattutto a motivo del carattere strettamente fiduciario del rapporto professionale intercorrente tra “esperto” e Sindaco (eletto direttamente dai cittadini ed impegnato nel perseguimento degli obiettivi delineati nel programma elettorale, del conseguimento o meno dei quali egli sarà chiamato a rispondere politicamente innanzi all'elettorato) – alcun obbligo per il Sindaco di verificare preventivamente la sussistenza o meno, all'interno dell'apparato burocratico comunale, di soggetti dotati di requisiti professionali idonei per l'eventuale assolvimento dei compiti oggetto dell'incarico esterno.

D'altro canto, come opportunamente evidenziato in termini di stretta qualificazione giuridica della fattispecie dal giudice della responsabilità amministrativa: *“nulla avrebbe impedito al legislatore regionale di dettare disposizioni specifiche in tal senso; ciò non è avvenuto e, pertanto, l'interprete, constatata la coerenza logica e sistematica del quadro normativo e di quello istituzionale (sopra sinteticamente delineati), relativi alla figura ed alle funzioni del Sindaco nel nuovo contesto dell'Ente locale, deve correttamente applicare il classico canone ermeneutico: “ubi lex voluit, dixit; ubi non voluit, non dixit”*<sup>28</sup>.

Più recentemente, la prospettiva che differenzia radicalmente gli incarichi ad ‘esperti’ da quelli ai “consulenti” (come ricordato espressione peculiare dell'ordinamento regionale degli enti locali) ha trovato conferma nell'importante arresto giurisprudenziale della Sezione Giurisdizionale d'appello per la Regione siciliana della Corte dei Conti n. 249 del 13 settembre 2011<sup>29</sup> (che ha superato la pronuncia del giudice contabile di primo grado n. 899/2010 alla quale invece sembra affidarsi la sentenza del Tribunale di Trapani).

Alla stregua di tale ultima statuizione può quindi affermarsi che la disciplina normativa delle consulenze sia *“affine, ma sostanzialmente diversa”* da quella relativa agli esperti nominati dai vertici delle amministrazioni locali nell'ordinamento regionale siciliano<sup>30</sup>.

E ciò in quanto proprio il legislatore regionale siciliano ha inteso riservare una sostanziale diversità di trattamento ai sindaci dei Comuni ed ai Presidenti

<sup>27</sup> *Ex multis*, Corte dei Conti, reg. Sicilia, sez. giurisd., n. 27/200,1 cit.

<sup>28</sup> Così ancora, Corte dei Conti reg. Sicilia, sez. giurisd., n. 3555/2004, cit.

<sup>29</sup> Corte dei Conti sez. giurisd. d'appello per la Sicilia, 13 settembre 2011 n. 249, <https://servizi.corteconti.it/bds>.

<sup>30</sup> Nella fattispecie si trattava di esperti del Presidente della Provincia regionale ex art. 35, l.r. n. 9/1986, come modificato dall'art. 25 l.r. n. 26/1993 e s.m.i.

delle Province regionali rispetto agli altri organi di vertice delle amministrazioni locali (consigli e giunte) – circostanza questa che invece appare contestata in via di principio nella sentenza che si annota – nonché degli stessi apparati amministrativi, che pure svolgono compiti di non minore impegno e rilevanza: questi ultimi non hanno la possibilità di ricorrere agli esperti esterni, se non nei limiti dei presupposti e delle condizioni delineate in linea generale per la nomina di consulenti esterni.

Ciò posto, occorre ulteriormente precisare che le norme che assegnano ai vertici politici di Comuni e Province di nominare esperti sono preordinate alla possibilità di consentire loro *“di espletare al meglio tutti i molteplici e complessi compiti assegnatigli dall’ordinamento, gli ha attribuito il potere di avvalersi, in via generale e non soltanto per specifiche esigenze come è dimostrato dal fatto che il numero degli esperti è commisurato al numero di abitanti, dell’apporto, personale e diretto, di esperti estranei all’amministrazione comunale, attraverso il conferimento di incarichi temporanei, anche continuativi, ma che comunque non possono eccedere la durata del mandato”*<sup>31</sup>.

#### *5. Della pertinenza alla sfera delle funzioni di competenza sindacale degli incarichi di “esperto”.*

La sentenza in esame del Tribunale di Trapani non coglie nel segno, sotto altro profilo, laddove ritiene che il conferimento degli incarichi di esperto sarebbe avvenuto da parte del Sindaco per compiti che avrebbero esulato dalla sua sfera di competenza e, quindi, in violazione della normativa di settore.

Appare pacifico, sia in giurisprudenza che in dottrina<sup>32</sup>, che, alla stregua di quanto previsto dall’art. 13 l.r. n. 7 del 1992 e s.m.i., come integrato dall’art. 41 l.r. n. 26 del 1993, il sindaco compia tutti gli atti di amministrazione che dalla legge o dallo statuto non siano specificamente attribuiti alla competenza di altri organi del comune, degli organi di decentramento, del segretario e dei dirigenti. Pertanto la competenza c.d. residuale – che nell’ordinamento nazionale è attribuita alla giunta comunale dall’art. 48 T.U. n. 267 del 2000 – spetta in Sicilia al sindaco.

Inoltre, sul piano delle fonti, è ormai assodato che l’art. 1 della l.r. n. 48 del 1991, nel richiamare le norme della legge nazionale n. 142 del 1990, ha operato un rinvio recettizio e statico e non già formale e dinamico<sup>33</sup>, in guisa che l’ordinamento regionale non subisce automatiche modifiche per l’intervento (o, spe-

<sup>31</sup> Così ancora, Corte dei Conti, reg. Sicilia, sez. giurisd. n. 27/2001cit.

<sup>32</sup> Si veda per tutti A. PIRAINO, *Le istituzioni locali in Sicilia*, Palermo, 2006, 244 ss.

<sup>33</sup> In merito sia consentito rinviare a G. ARMAO, A. PIRAINO, *Il nuovo ordinamento delle autonomie locali*, Bergamo, CEL, 1992, 4 ss.

cularmente, per l'eliminazione) di norme statali<sup>34</sup>. Il che comporta, *“in concreto, l'inapplicabilità diretta in Sicilia delle norme generali del T.U.E.L. di cui al citato D. l.vo n. 267 del 2000”*<sup>35</sup>.

Ebbene come riconosce esplicitamente la sentenza che si commenta la nomina degli esperti del Sindaco può pacificamente ricondursi alla sfera di applicazione del più volte richiamato art. 14 della l.r. n. 7 del 1992 e s.m.i. e dunque, alla stregua del presupposto legittimante, sarebbe conforme alle prescrizioni normative.

Mentre lo stesso Giudice, recependo la prospettazione accusatoria – sebbene in contrasto con il delineato orientamento della giurisprudenza amministrativo-contabile sin qui richiamato –, ritiene che gli incarichi si porrebbero in conflitto con le previsioni del d.lgs. n. 165 del 2001 e s.m.i., che, come si è cercato di evidenziare, risulta invece inapplicabile alla figura dell'esperto del sindaco.

Giova tuttavia ricordare in merito che, secondo il chiaro orientamento della giurisprudenza amministrativo-contabile, *“la nomina, in via temporanea, dell'esperto deve tradursi nell'acquisizione di cognizioni tecnico-scientifiche specialistiche, finalizzate al miglior perseguimento di specifici obiettivi di notevole interesse pubblico, rientranti nella competenza istituzionale del Sindaco come capo dell'Ente-Comunità, obiettivi che, per le loro peculiarità, non potrebbero essere agevolmente conseguiti con l'ausilio dell'ordinaria struttura burocratica dell'Ente Locale. Proprio per tali ragioni, come ribadito dalla consolidata giurisprudenza di questa Corte, la figura di “esperto del sindaco” non può assolutamente essere confusa con quella di un semplice amministratore o funzionario comunale”*<sup>36</sup>.

La commistione sembra invece pervadere l'intero iter motivazionale della sentenza consentendo al Giudice di giungere alla pronuncia di condanna, mentre lo stesso, al contrario, benché avrebbe potuto rilevare uno scostamento delle condotte amministrative dalla peculiare disciplina di settore (anche in questo caso nel solco della richiamata giurisprudenza contabile), ne ha invece ravvisato la conformità ritenendo le funzioni assegnate agli esperti non solo effettivamente svolte, ma anche riconducibili al complessivo spettro di competenze come puntualmente delineato dal legislatore, anche in termini residuali con le cennate norme di chiusura.

Ma come può evincersi dal tenore della sentenza le funzioni conferite agli esperti rientrano nelle competenze assegnate al sindaco e del loro contributo egli si è avvalso nello svolgimento dei propri compiti istituzionali. Mentre la corri-

<sup>34</sup> Cfr. C.G.A. sez. giurisd., 19 marzo 2010, n. 403, in *Rass. amm. siciliana*, 2–2010, 521 ss.

<sup>35</sup> Così, da ultimo, C.G.A. sez. giurisd., 27 novembre 2012, n. 1046, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>36</sup> In questo senso stensoriamente, Corte dei Conti reg. Sicilia, sez. giurisd., 19 dicembre 2008, n. 3338, <https://servizi.corteconti.it/bds>.

spondenza tra gli incarichi affidati agli esperti e le attività effettivamente svolte può rinvenirsi nelle relazioni presentate dagli stessi nel rispetto delle richiamate previsioni di legge che il Tribunale non sembra contestare, limitandosi ad asserire la “*sovrapposizione*” degli incarichi conferiti con le funzioni degli uffici.

6. *Sull'inapplicabilità dell'ordinamento dell'impiego presso le pubbliche amministrazioni alla disciplina giuridica alla nomina degli “esperti”.*

Come si è avuto modo di illustrare le due fattispecie di incarichi (esperto e consulente) sono sottoposte ad un regime giuridico profondamente differenziato nell'ordinamento regionale siciliano delle autonomie locali che la sentenza in commento riconduce invece ad unità, nel presupposto giuridico che l'evoluzione normativa abbia (implicitamente) determinato l'estensione dell'ambito di applicazione delle norme sul pubblico impiego sopravvenute anche alla disciplina – specifica dell'ordinamento regionale siciliano – degli esperti dei vertici degli enti locali.

Tale differenziazione di regime, come ricordato acclarata invece da oltre un decennio dal giudice della responsabilità amministrativa, determina la sostanziale inapplicabilità non solo delle norme statali relative alle “consulenze”, ma, ovviamente, anche di quelle locali.

Non trovano, infatti, applicazione nella fattispecie *de qua* le disposizioni di cui all'art. 7, comma 6 e 6 bis, del d.lgs. 165 del 2001 e s.m.i.

Appare poi non conducente, ai fini della completa ricostruzione della fattispecie relativa agli esperti, il riferimento al regolamento comunale degli uffici e dei servizi che, con riguardo invece ai ‘consulenti’ (come peraltro riferisce la stessa sentenza a pag. 3, e non potrebbe riferirsi ad altro essendo la disciplina degli esperti integralmente contenuta nella richiamata normativa regionale), all'art. 81 si limita a declinare quanto previsto dalla normativa e dalle circolari ministeriali in materia<sup>37</sup>.

Ne discende che la fattispecie di cui all'art. 81 del regolamento in argomento attiene a tutt'altra tipologia rispetto agli incarichi di cui all'art. 14 della l.r. n. 7 del 1992, e si riferisce esclusivamente agli incarichi esterni che possono essere conferiti dall'Amministrazione. A conferma di ciò ricorre la considerazione che il regolamento degli uffici e dei servizi del comune interessato (il Comune di

---

<sup>37</sup> L'art. 81 del citato regolamento, rubricato “*Collaborazioni esterne*”, attiene, infatti, a fattispecie del tutto differente tant'è che diversamente dell'articolo di poco precedente, che fa espressamente riferimento al conferimento d'incarico da parte del sindaco (art. 79, che concerne gli incarichi dei responsabili dei servizi o degli uffici, delle qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, normati dall'art. 110 del TUEL), esso espressamente prevede che “*L'Ente (e non il sindaco, quindi) può conferire, per esigenze cui non può fare fronte con il personale in servizio, incarichi individuali ad esperti di provata competenza, ai sensi di quanto previsto dall'art.7, sesto comma, del D. Lgs. 165/2001*”.

Alcamo), dove ha voluto riferire la competenza al conferimento dell'incarico da parte del sindaco, lo ha fatto espressamente (art. 79)<sup>38</sup>.

E ciò anche in virtù del principio di gerarchia delle fonti, che la disciplina del conferimento degli incarichi di esperto di cui all'art. 14 della l.r. n. 7 del 1992 e s.m.i. va rinvenuta, oltre che dalla richiamata normativa regionale, dell'art. 17 dello Statuto comunale che ne richiama i contenuti.

Conseguentemente, sulla base di pacifici criteri di interpretazione letterale e sistematica, non può condividersi l'affermazione contenuta nella sentenza del Tribunale di Trapani laddove precisa che *“l'art. 17 dello Statuto e l'art. 81 del Regolamento fanno, comunque, entrambi riferimento all'amministrazione comunale, della quale il sindaco è legale rappresentante”*, e che *“la differenza tra la norma statutaria e quella regolamentare è solo formale e non certo sostanziale”*.

Va poi ricordato che l'esercizio della disciplina regolamentare in materia di consulenze è richiesto dalla stessa normativa statale (che quindi non poteva considerare la fattispecie degli esperti, peculiare dell'ordinamento regionale) laddove prevede all'art. 110, comma 6, del d.lgs. 267 del 2000 e s.m.i. – Tuel che *“per obiettivi determinati e con convenzioni a termine, il regolamento può prevedere collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità”* mentre l'art. 46, commi 2 e 3, del decreto legge 112/2008, come convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, dispone che *“gli enti locali possono stipulare contratti di collaborazione autonoma, indipendentemente dall'oggetto della prestazione, solo con riferimento alle attività istituzionali stabilite dalla legge o previste nel programma approvato dal Consiglio ai sensi dell'art. 42, comma 2, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267”*<sup>39</sup>.

Invero, sul punto, la sentenza sembra affidarsi ad una ricostruzione della gerarchia delle fonti dell'autonomia locale direttamente riconducibile ad un contributo della dottrina<sup>40</sup>.

Ebbene, proprio tale dottrina giunge a conclusioni – invero ormai ampiamente consolidate – circa *“l'evidente divaricazione tra esiti teorici e risultanze applicative in ordine all'autonomia normativa degli Enti locali: come constatato, infatti, a dispetto delle robuste teorizzazioni dottrinali successive alla riforma del Titolo V,*

<sup>38</sup> Sui rapporti di lavoro non subordinato e le collaborazioni coordinate e continuative nelle amministrazioni locali v. ult., A. BOSCATI, T. GRANDI, R. RUFFINI, M. ZAMBERLAN, *Personale 2014*, Milano, Wolters Kluwer, 2014, 1048 ss.; in generale sull'evoluzione normativa del sistema di lavoro alla dipendenze delle pubbliche amministrazioni locali v. G. ZILIO GRANDI, A. BALDAN, *Il lavoro pubblico nelle Regioni e negli enti locali*, in AA. VV., *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2013, 25 ss.

<sup>39</sup> Sugli ulteriori limiti di tipo finanziario che riguardano tale tipo di incarichi si veda da ultimo Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, Del., 12 giugno 2012, n. 12, [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

<sup>40</sup> C. MAINARDIS, *Le fonti degli enti locali tra dottrina e giurisprudenza a quasi un decennio della riforma del Titolo V*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

*statuti e regolamenti locali vengono tendenzialmente relegati ai margini del sistema delle fonti tanto dalla giurisprudenza civile che da quella amministrativa*" (pag. 16).

Ma senza indugiare tra i diversi e spesso contraddittori orientamenti della giurisprudenza in materia può affermarsi, nel quadro della potestà normativa locale scaturente dalla riforma del Titolo V della Costituzione, che se il potere statutario è garantito direttamente dalla Carta fondamentale, la fonte regolamentare non è più subordinata al mero rispetto della legge, ma solo ai principi fissati dalla legge statale, come di quella regionale avuto riguardo alle speciali prerogative delle Regioni ad autonomia differenziata e dallo Statuto<sup>41</sup>.

Sul punto l'art. 4, terzo comma, della legge n. 131 del 2003 stabilisce poi che l'organizzazione in generale degli enti locali "*disciplinata dai regolamenti nel rispetto delle norme statutarie*". La disposizione richiamata riconosce che il potere regolamentare degli enti locali non ha per oggetto soltanto la "*disciplina dell'organizzazione e delle funzioni loro attribuite*", ma concerne anche l'organizzazione in senso stretto dell'ente locale<sup>42</sup>.

Una lettura armonica del pur complesso quadro normativo (statale e regionale), che in questa sede si è tentato di ricostruire, seppur sinteticamente, non può che condurre a riconoscere nella normazione secondaria del Comune di Alcamo (Statuto e regolamento di organizzazione e dei servizi) un chiaro e differenziato regime applicativo per la disciplina degli incarichi:

A) agli esperti (art.14 della più volte citata legge regionale n. 7 del 1992 e s.m.i. ed art. 17 dello Statuto);

B) ai consulenti e/o dirigenti esterni (art. 7 e 19 del d.lgs. n. 165 del 2001 e s.m.i., art. 110 TUEL, ed art. 79 e ss. del Regolamento di organizzazione e dei servizi).

A compendio delle argomentazioni sin qui svolte sembra opportuno sottolineare la circostanza che nella fattispecie in esame l'adozione dell'atto regolamentare – che in nessun caso avrebbe potuto precludere la nomina di esperti ai sensi dell'art. 14 della normativa regionale richiamata e dell'art. 17 dello Statuto comunale – è avvenuta ad iniziativa della giunta comunale, presieduta dallo stesso sindaco, proprio in contemporanea – il 31 agosto 2007 – con l'assunzione dei provvedimenti di conferimento dell'incarico di esperto.

Sicché, seguendo la non condivisibile tesi accolta nella sentenza, quest'ultimo avrebbe preconstituito il fondamento per l'illegittimità degli atti attribuiti alla propria competenza, attraverso l'assunzione anche dell'atto deliberativo.

In tal senso appare, peraltro, certamente forzata l'interpretazione proposta della sentenza in commento dalla Corte costituzionale n. 189 del 2007.

<sup>41</sup> Si veda al riguardo Corte cost., 28 giugno 2006, n. 246, in *Le Regioni*, 1–2007, 167 ss., in merito v. per tutti, F. MERLONI, *Riflessioni sull'autonomia normativa degli enti locali*, in *le Regioni*, 1–2008, 91 ss.

<sup>42</sup> In merito v. L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, Mulino, 2004, 89–90.

La sentenza del Tribunale di Trapani, infatti, aderendo alla prospettazione del quadro normativo di riferimento proposta da parte del Pubblico Ministero, offre una lettura della pronuncia della Corte costituzionale<sup>43</sup> che sembra travalicare gli stessi intendimenti del Giudice delle leggi, giungendo ad un'interpretazione conformante non delle statuizioni della Corte, ma degli *obiter dicta*<sup>44</sup>.

In particolare, la Corte costituzionale con la richiamata sentenza ha inteso precisare che il rapporto di impiego alle dipendenze di Regioni ed enti locali, "privatizzato" in virtù dell'art. 2 della legge n. 421 del 1992, dell'art. 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59 (*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*), e dei decreti legislativi emanati in attuazione di quelle leggi delega, "è retto dalla disciplina generale dei rapporti di lavoro tra privati ed è, perciò, soggetto alle regole che garantiscono l'uniformità di tale tipo di rapporti"<sup>45</sup>.

Conseguentemente, i principi fissati dalla legge statale in materia costituiscono: "tipici limiti di diritto privato, fondati sull'esigenza, connessa al precetto costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti fra privati e, come tali, si impongono anche alle Regioni a statuto speciale"<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Così ancora, Corte cost. n. 189/2007 cit.

<sup>44</sup> La pronuncia non solo attiene a diversa fattispecie (la qualifica ed il trattamento contrattuale dei componenti degli uffici stampa degli enti locali) e dispiega effetti in materia di impiego presso le pubbliche amministrazioni regionali, ma non ne appare condivisibile il richiamo per l'uso che ne emerge quale 'univoco' canone ermeneutico che opererebbe indistintamente sia per la competenza regionale in materia di impiego pubblico (art. 14 lett. dello Statuto) che per quella in materia di ordinamento delle autonomie locali (art. 14 lett. o dello Statuto). L'argomento non solo prova troppo, soprattutto quando viene ricondotto all'imprescindibile azione di risanamento della finanza pubblica che si fonda su diversi riferimenti normativi, ma giungerebbe ad effetti di abrogazione implicita di una norma regionale, senza che sulla stessa sia stata mai posta alcuna questione di legittimità costituzionale di fronte al Giudice delle leggi. Non si comprende, pertanto, cosa ciò abbia a che fare con la possibilità offerta dall'ordinamento delle autonomie locali in Sicilia a Sindaci (e Presidenti di Province regionali) di avvalersi di esperti nel rispetto delle ampiamente citate previsioni di legge regionale che, come precisato dalla giurisprudenza amministrativo-contabile ampiamente richiamata, trovano fondamento nella competenza legislativa esclusiva in materia di organizzazione delle autonomie locali. Né come si possa desumere, insistendo nella confusionaria ricostruzione giuridica, che le regole per i dipendenti ed i consulenti si applichino *tout court* agli "esperti" di cui si è richiamata la disciplina e l'interpretazione, anche recente, che ne da la Corte dei conti.

<sup>45</sup> Corte cost. sent. 21 marzo 2007, n. 95, in *le Regioni*, 5/2007, 833. In merito, nell'ampia dottrina sul tema, v. R. URSI, *La dirigenza regionale: il caso della Regione siciliana*, e M. IMMORDINO e M. RAGUSA, *La dirigenza negli enti locali*, entrambi in M.P. CHITI, R. URSI (a cura di), *La dirigenza pubblica: analisi e prospettive*, Torino, 2007, rispettivamente 191 e ss. e 218 e ss.

<sup>46</sup> Corte cost. 16 giugno 2005, n. 234, in *Giur. Cost.*, 2005, 3; Corte cost. 18 marzo 2005, n. 106, in *Il Foro it.*, 2005, I, 2959 e ss.; Corte cost. 28 luglio 2004, n. 282, in *le Regioni*, 1/2005, 296.

## THE APPOINTMENT OF EXPERTS AND CONSULTANTS BY THE MAYOR AND THE ABUSE OF DISCRETION

by Gaetano Armao

This work, by commenting the judgment n. 340/2013, given by the criminal division of the Court of Trapani, is focused on analyzing – with an original and new perspective – administrative jurisdiction of the Mayor in appointing “experts” in the Sicilian Regional System of local autonomy (art. 14 of Sicilian Regional law n. 7/1992 and integrations) and the influence/application of disposition on the paragraphs 6 and 6 *bis* of art. 7 of Legislative Decree n. 165/2001 and integrations, focusing on difference between the charges of expert and consultant.

In this way, the Sicilian system of local autonomies, by giving to the Mayor specific charges, in addition to the ones given by the law and by the Statute to the City Council, to the Municipal Government, to the Devolution Organs, to the Secretary and to the executives, assigns to the Mayor the faculty of appointing experts in specific fields, regardless to the pre-existence of a special Administrative and Bureaucracy structure, other than the one which is provided for the appointment of consultants, the whose, if aren't numerically restricted, are fully ruled by National law in the field of Public employment (also in Sicily).

In this sense, the interpretation of the art. 14 of the Sicilian Regional Law n. 7/1992 and integrations, allows to consider the appointment of an expert, by the Mayor, as a special prerogative of his functions, characterized by a link of trust between the public administrator and the appointed professional, but still under the terms and conditions provided by the foresaid law which is, in any case, different from the common power of appointing simple consultants.



*Hanno collaborato a questo numero:*

Filippo Salvia  
*Professore ordinario di Istituzioni di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Palermo*

Silvia Tuccillo  
*Ricercatrice di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Napoli Federico II*

Fortunato Gambardella  
*Ricercatore di Diritto amministrativo nella Seconda Università degli Studi di Napoli*

Enrico Zampetti  
*Avvocato in Roma – Abilitato a professore associato di Diritto amministrativo*

Valeria Aveta  
*Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Napoli Federico II*

Andrea Milone  
*Dottore di ricerca in Rappresentazione, tutela e sicurezza dell'ambiente e delle strutture e governo del territorio nella Seconda Università degli Studi di Napoli*

Gaetano Armao  
*Avvocato in Palermo – Docente di Diritto amministrativo e contabilità pubblica nell'Università degli Studi di Palermo*

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI GENNAIO 2015  
DA LA BUONA STAMPA SRL (CASERTA)